

**UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

RHAQUEL TESSELE

**O DIREITO DA PERSONALIDADE DO BEBÊ MEDICAMENTO, O ACESSO E
SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

**MARINGÁ
2022**

RHAQUEL TESSELE

**O DIREITO DA PERSONALIDADE DO BEBÊ MEDICAMENTO, O ACESSO E
SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Dissertação apresentada à Universidade Cesumar (UNICESUMAR), como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas em Direito.

Área de Concentração: Direitos da Personalidade.

Linha de pesquisa: Direitos da personalidade e o seu alcance na contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin
Teixeira

MARINGÁ
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T338d Tessele, Rhaquel

O direito da personalidade do bebê medicamento, o acesso e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. / Rhaquel Tessele. – Maringá-PR: UNICESUMAR, 2022.

143 f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2022.

1. Direito da Personalidade. 2. Bebê Medicamento. 3. Teoria Concepcionista. 4. Teoria Natalista. 5. Teoria da Personalidade Condicionada. I. Título.

CDD – 341.481

Leila Nascimento – Bibliotecária – CRB 9/1722
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

RHAQUEL TESSELE

**O DIREITO DA PERSONALIDADE DO BEBÊ MEDICAMENTO, O ACESSO E
SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Dissertação apresentada à Universidade Cesumar (UNICESUMAR), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Valente Giublin Teixeira
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Examinador 1: Prof. Marcelo Negri Soares
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Examinador 2: Prof. Adriano Fernandes Ferreira
Universidade Federal do Amazonas (UFAM)

MARINGÁ
2022

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, sem ele eu não teria capacidade para desenvolvê-lo, pois só ele sabe verdadeiramente todas minhas dúvidas e angústias.

Agradeço aos meus pais pelo apoio incondicional em todos os momentos difíceis da minha trajetória acadêmica e por me apoiarem em todos os momentos em que pensei em desistir, em especial a minha mãe, que me acompanhou em todas as viagens semanais para estar presente em Maringá e ser a pessoa que sempre me incentivou aos estudos.

Ao meu irmão, por ser minha inspiração pessoal e profissional, sendo o meu exemplo de integridade e conduta.

Ao meu orientador, por ter aceito me acompanhar neste projeto, além de todo o incentivo e motivação, sempre com uma presença cheia de otimismo.

Ao meu esposo, meus amigos e minha família, por compreenderem minha ausência nesses últimos meses.

*Assim como você não conhece o caminho do vento,
nem como o corpo é formado no ventre de uma
mulher, também não pode compreender as obras
de Deus, o Criador de todas as coisas.*

Eclesiastes 11:5

RESUMO

A técnica de reprodução humana assistida do “bebê medicamento” é um procedimento onde um embrião é previamente selecionado através do diagnóstico genético pré-implantacional, cuja características genéticas servem exclusivamente para doar órgãos ou tecidos a um irmão doente. Em suma, são bebês gerados com a única finalidade de serem salvadores ou auxiliarem no tratamento de um irmão enfermo. Diante dessa perspectiva é possível averiguar a possibilidade de existir uma violação de direitos da personalidade, tais como o direito ao próprio corpo, a liberdade, a autonomia privada, persistindo na questão principal: quando se inicia a vida? Não há como negar que certos avanços da medicina refletem positivamente na sociedade, todavia, no Brasil a falta de legislação específica acerca do tema é um problema, pois causa instabilidade jurídica e permite a existência de precedentes de práticas eugênicas. A presente pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, o qual propõe o estudo de um problema ou lacuna no conhecimento científico. A abordagem inicia-se com a formulação de um problema e sua descrição precisa e clara, com o escopo de facilitar a obtenção de um modelo e a identificação de outros conhecimentos e instrumentos, relevantes à questão, que auxiliarão na elucidação da situação problema.

Palavras-chave: Direito da Personalidade. Bebê Medicamento. Teoria Conceptionista. Teoria Natalista. Teoria da Personalidade Condicionada.

ABSTRACT

The assisted human reproduction technique of the “medication baby” is a procedure where an embryo is previously selected through pre-implantation genetic diagnosis, whose genetic characteristics serve exclusively to donate organs or tissues to a sick child. In short, they are babies generated with the sole purpose of being saviors or helping in the treatment of a sick sibling. Given this perspective, it is possible to verify the possibility of a violation of personality rights, such as the right to one's own body, freedom, private autonomy, persisting in the main question: when does life begin? There is no denying that certain advances in medicine reflect positively on society, however, in Brazil the lack of specific legislation on the subject is a problem because it causes legal instability and allows the existence of prescriptions for eugenic practices. This research uses the hypothetical-deductive method, which proposes the study of a problem or gap in scientific knowledge. The approach begins with the formulation of a problem and its precise and clear description, with the aim of facilitating the obtaining of a model and the identification of other knowledge and instruments, relevant to the question, that help in the elucidation of the problem situation.

Key-word: Personality Right. Baby Medicine. Conceptionist Theory. Natalist Theory. Conditioned Personality Theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADPF	Arguição de Cumprimento de Preceito Fundamental
APL	Apelação
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
BCTG	Bancos de Células e Tecidos Germinativos
BENFAM	Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar no Brasil
CF	Constituição Federal
CR	Constituição da República
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CCP	Coordenação de Comissões Permanentes
CCB	Código Civil Brasileiro
CTA	Células Tronco Adultas
CTE	Células Tronco Embrionárias
CPAIME	Assistência Integrada à Mulher e à Criança
CORE	Comment on Reproductive Ethics
CIDADANIA	Partido Cidadania
DGPI	Diagnostico Genetico Pré-Implantacional
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
DPVAT	Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Authority
HLA	Antígenos Leucocitários Humanos
PL	Projeto de Lei
PAISM	Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher
PDS	Partido Democrático Social
PT	Partido dos Trabalhadores
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSL	Partido Social Liberal
PODE	Partido Trabalhista Nacional

PRB	Partido Republicano Brasileiro
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PR	Partido Republicano
PROS	Partido Republicano da Ordem Social
PSC	Partido Social Cristão
PPGAR	Programa de Prevenção da Gravidez de Alto Risco
PL	Partido Liberal
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
REPUBLIC	Partido Republicano Brasileiro
SPM	Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	DOS CRITÉRIOS ÉTICOS E JURÍDICOS DETERMINANTES DA VIDA HUMANA.....	16
2.1	Do início da vida	16
2.2	Da (in)disponibilidade do direito à vida.....	34
2.3	Do nascituro, do embrião e da personalidade jurídica.....	45
2.4	Da vulnerabilidade jurídica do embrião	62
3	DO DIREITO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	70
3.1	Do princípio da dignidade humana e seus reflexos na liberdade reprodutiva	70
3.2	O que é bebê medicamento?	74
3.3	Das limitações jurídicas da técnica do bebê medicamento	86
3.4	Dos limites antropológicos na realização do bebê medicamento	100
4	PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO	106
4.1	Situações jurídicas subjetivas existenciais	110
4.2	Atuação Jurisdicional	113
5	CONCLUSÃO	129
	REFERÊNCIAS	135

1 INTRODUÇÃO

Ainda hoje se discute sobre o marco jurídico do início da vida, pois dentro do ordenamento jurídico brasileiro não se pode precisar em que momento pode-se considerar que a vida humana deverá ser tutelada.

Desde a Antiguidade, o início da vida humana tem sido objeto de discussões religiosas e científicas, nas quais ora se considera a tutela antes do nascimento, sem conseguir delimitar o momento em comum, ora se considera o nascimento com vida o marco inicial para a proteção jurídica.

Diante de todas as evoluções científicas, não só a ciência e a religião têm se preocupado em definir, principalmente, o marco inicial da vida, mas também o Direito tem buscado essa resposta, no intuito de uma tutela jurídica adequada.

A bioética é uma das ciências que tenta dimensionar o início da vida, pois tal área é uma vertente da ética e não se espera dela uma padronização de valores, mas se exige uma reflexão sobre tais valores, implicando uma opção.

As novas tecnologias tornam disponível aquilo que, até então, era indisponível e deixado a cargo da natureza e do acaso, o que a princípio não é maléfico, todavia necessita de equilíbrio e cautela.

No intuito de delimitar ou ao menos chegar a um conceito do início da vida em comum a todos, a doutrina tem apresentado algumas teorias científicas e religiosas, e essas teorias tomam como ponto de partida os diferentes estágios de desenvolvimento embrionário e condicionam o momento de início da vida e sua proteção à verificação de determinados fatores fisiológicos.

Portanto, a esse respeito é clara a pluralidade de posicionamentos no intuito de delimitar o marco inicial da vida, trazendo algumas ambiguidades aos âmbitos ético, religioso, científico e jurídico, na medida em que a proteção jurídica do embrião acaba se tornando uma árdua tarefa.

O direito à vida é o direito pertencente a toda pessoa, configurando em pressuposto para a existência de demais direitos, pois é inerente ao ser humano. Logo, o direito à vida torna-se o mais fundamental de todos os direitos, constituindo em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, bem como um fundamento para a efetivação de todos os demais.

Paralelamente à essa discussão, outro ponto merece atenção: a possibilidade de manipulação genética na hora de gerar uma nova vida, nas quais essas novas tecnologias tornam disponível aquilo que, até então, era indisponível e deixado a cargo da natureza e do acaso, o que a princípio não é maléfico, todavia necessita de equilíbrio e cautela.

A possibilidade de realização da reprodução humana assistida trouxe a preocupação com a situação extracorpórea do embrião. Essa reflexão em torno da proteção se dá por conta da sua ligação com o entendimento do conceito de pessoa. A maioria das discussões em torno da origem da vida são relacionadas com os fundamentos que concorreram para o reconhecimento da personificação do ser humano, tornando-o como pessoa. Neste sentido, ter a personalidade jurídica é dar a esses entes a característica de serem sujeitos de direitos e obrigações.

Entretanto, tais avanços devem ser feitos com responsabilidade, respeitando a vida e a integridade psicofísica das gerações presentes e futuras. Ao se questionar o tema central do presente estudo do bebê medicamento pela perspectiva do biodireito, tem-se o fato de que em um determinado contexto fático é possível que um dador compatível de órgãos ou tecidos seja a única possibilidade de cura para um filho enfermo, mas não sejam encontrados doadores compatíveis entre os seus familiares, ou em listas de transplantes.

Como forma de salvar esse o filho doente, os pais podem decidir por utilizar técnicas de reprodução assistida, concebendo um irmão plenamente compatível e salvador do primeiro filho. Porém essa espécie de eugenia fraternal não ocorre sem efeitos colaterais, pois todos os participantes do processo passam a estar sujeitos a problemas físicos e psicológicos, muitos deles ainda nem conhecidos pelo atual estágio do conhecimento científico.

A técnica de reprodução humana assistida do bebê medicamento é um procedimento onde um embrião é previamente selecionado através do diagnóstico genético pré-implantacional, cuja características genéticas servem exclusivamente para doar órgãos ou tecidos a um irmão doente. Em suma, são bebês gerados com a única finalidade de serem salvadores ou auxiliarem no tratamento de um irmão enfermo.

A questão principal, no entanto, persiste: a possibilidade de salvar um irmão seria um bom motivo para justificar uma imersão nos dados genéticos da criança a ser concebida?

Não há como negar que certos avanços da medicina refletem positivamente na sociedade, e que também possa existir a possibilidade de um irmão ter vontade própria de salvar a vida do outro.

Todavia, no Brasil, a falta de legislação específica acerca do tema é um problema, pois causa instabilidade jurídica e permite a existência de precedentes de práticas eugênicas.

Na verdade, o tema é de uma total insegurança, pois ao tentar delimitar o início da vida, que estimularia ou obstruiria esses avanços desenfreados da medicina, o Código Civil adota a Teoria Natalista; o Supremo Tribunal Federal (STF), não tem uma opinião certa, divergindo entre a Teoria Natalista e Concepcionista; e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o único que tem sedimentado o uso da Teoria Concepcionista.

Posto isso, a presente pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, o qual propõe o estudo de um problema ou lacuna no conhecimento científico. A abordagem inicia-se com a formulação de um problema e sua descrição precisa e clara, com o escopo de facilitar a obtenção de um modelo e a identificação de outros conhecimentos e instrumentos, relevantes à questão, que auxiliarão na elucidação da situação problema.

2 DOS CRITÉRIOS ÉTICOS E JURÍDICOS DETERMINANTES DA VIDA HUMANA

2.1 Do início da vida

Ainda hoje se discute sobre o marco jurídico do início da vida, pois dentro do ordenamento jurídico brasileiro não se pode precisar em que momento pode-se considerar que a vida humana deverá ser tutelada.

É certo que, por mais de 2 mil anos, houve uma indefinição do conceito de vida, sendo este um motivo de inquietação só para poucos filósofos, pois, em regra, sempre houve um contentamento em falar que vida é vida e pronto. No entanto, atualmente a ciência tem se aprofundado nesse conceito.¹ Diante de todas as evoluções científicas, não só a ciência e a religião têm se preocupado em definir, principalmente, o marco inicial da vida, como também o Direito tem buscado essa resposta, no intuito de uma tutela jurídica adequada.

A possibilidade de embriões congelados em laboratórios é algo relativamente novo para a humanidade. Não há ainda um amadurecimento que possa trazer respostas unânimes do que este embrião é para o Direito, justamente porque não se sabe ao certo quando se inicia a vida humana.

Torna-se de extrema dificuldade encontrar um significado para a vida, sendo que o ordenamento jurídico ainda não expressou qual seria o seu conceito, bem como não especificou a partir de qual momento se possa considerar presente a vida humana ou demandar uma proteção jurídica.

Nesse sentido, sabe-se que a vida é mais do que um processo vital que se instaura desde a concepção. Ela deve necessariamente ser delimitada juridicamente, no caso em que envolvam situações nunca antes imaginadas, como, por exemplo, a manipulação genética do ser humano, dando origem à eugenia, à sexagem, à redução embrionária e a demais procedimentos que podem ocorrer na aplicação de um simples diagnóstico genético pré-implantatório.

Verificando-se a amplitude de significados da palavra vida, é fácil observar que até mesmo o Dicionário Aurélio² os engloba, inclusive determinando que vida é

¹ MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Quando a vida começa? Aborto é assassinato? Pesquisar células-tronco é brincar com pequenos seres humanos? Manipular embriões é crime? *Revista Super Interessante*. Publicado em 31 out. 2005. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>. Acesso em: 14 out. 2019.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 782.

“o espaço de tempo que vai do nascimento à morte”.³ Tal conceito traz em si o sentido da conhecida teoria natalista, tal como o adotado pelo atual Código Civil brasileiro, porém não apresenta uma tutela jurídica adequada diante das evoluções científicas da medicina atual.

Sobre o assunto, é importante destacar que as discussões mais exaltadas referentes ao conceito de início de vida humana se dão por conta dos conceitos estabelecidos pela religião, pela ciência e pela biologia.⁴

O Direito, no entanto, tem sido chamado a dar uma resposta acerca do início da vida diante de todas essas situações que envolvem os embriões humanos. Por mais que a Medicina tenha uma perspectiva, assim como responde quando se dá a morte, o Direito, deveria também se preocupar em definir o início da proteção da vida humana, visto que é um direito indubitavelmente já resguardado.

A bioética contribuiu para estabelecer a distinção entre moral e ética. Quando se refere à moral, tem-se valores consagrados pelos usos e costumes de uma determinada sociedade. Esses valores morais são valores eleitos pela sociedade, os quais cada pessoa recebe e respeita. Já a ética é um juízo de valor, é um processo ativo que vem individualmente de dentro para fora, totalmente ao contrário de valores morais, que vêm de fora para dentro. Assim, a ética exige um juízo de valor do sujeito. Nesse juízo de valor – um processo de reflexão crítica –, cada indivíduo põe em jogo seu patrimônio genético, sua racionalidade, suas emoções e seus valores morais.⁵

Desta forma, a bioética também é uma das ciências que tenta dimensionar o início da vida, pois tal área é uma vertente da ética. Não se espera dela uma padronização de valores, mas se exige uma reflexão sobre tais valores, implicando uma opção.

³ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O início da vida, interrupção da gravidez e direitos do embrião: uma visão jurídica. In: GUIMARÃES, Hélio Pena; BUCHPIGUEL, Carlos Alberto; ROMANO, Edson Renato; ANDRADE, Luiz Carlos Valente de; BERWANGER, Otávio. *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Atheneu, 2015, p. 51. (Série Hospital do Coração-HCor).

⁴ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O início da vida, interrupção da gravidez e direitos do embrião: uma visão jurídica. In: GUIMARÃES, Hélio Pena; BUCHPIGUEL, Carlos Alberto; ROMANO, Edson Renato; ANDRADE, Luiz Carlos Valente de; BERWANGER, Otávio. *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Atheneu, 2015, p. 51. (Série Hospital do Coração-HCor).

⁵ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. *Revista Pistis Praxis*, Teol. Pastor, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. p. 42.

Na ótica da ética, Hugo Tristram Engelhardt Jr. explica que para ser uma pessoa, de acordo com a moralidade secular, faz-se necessário que esta tenha consciência dos fatos para permitir ou não algo, e somente os agentes morais é que podem ser responsabilizados pelas suas ações.⁶

O mesmo autor afirma ainda que para se ter dimensão da condição moral do início da vida biológica humana, faz-se necessário examinar a importância desta para as pessoas como agentes morais, ou seja, “aqueles que produziram um feto, pelo menos nos parâmetros da moralidade secular geral, têm o direito primordial de determinar efetivamente o seu uso”, ou seja, são eles que determinam o seu valor e sua destinação.⁷

Assim, para se ter uma dimensão ética do início da vida humana, faz-se necessário examinar a importância da vida do embrião para os agentes morais. Portanto, deve-se considerar os pais, aqueles que realizam o projeto parental e o que o ordenamento jurídico preceitua acerca da condição dele.⁸

Com relação a essa dimensão ética sobre o início da vida, Platão, em sua obra *República*, defendeu que a vida se iniciava somente após o nascimento da pessoa, podendo ocorrer a interrupção da gravidez para todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos. Não havia qualquer problema ético sobre esse procedimento, pois acreditava-se que somente ao nascer o sujeito teria alma, uma vez que havia a crença de que a alma só entrava no corpo no momento do nascimento.⁹

O sempre lembrado Platão, ao se referir sobre o tema, tinha a ideia de que os filhos deveriam ser gerados para o Estado somente durante um determinado período. A mulher de idade avançada não teria essa obrigação ou o intuito de regular a população, podendo, assim, realizar o aborto.¹⁰

⁶ ENGELHARDT JR., Hugo. Tristram. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 289.

⁷ ENGELHARDT JR., Hugo. Tristram. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 311.

⁸ CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 12, p. 181-199, 2013, p. 185.

⁹ Sobre o assunto, vide as obras: PLATÃO. *Fédon*: ou da alma. São Paulo: Nova Cultural, 1999; PLATÃO. *A República*. Trad. de Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

¹⁰ Em sua obra *A República*, há um diálogo entre Aristóteles e Gláuco, no qual Platão afirma que: “A mulher parirá para a cidade dos vinte aos quarenta anos; (...) Porém, quando para um e outro sexo houver passado a idade da procriação, deixaremos os homens livres de se ligarem a quem quiserem, exceção feita às filhas, às mães, às netas e às avós. Igual liberdade terão as mulheres em relação aos homens, exceto com seus avós, com seus pais, com seus filhos e com seus netos. Conceder-lhes-emos esta liberdade após haver-lhes recomendado que tomem todas as precauções possíveis para que nenhum filho fruto dessas uniões veja a luz do dia, e, se houver algum que abra

Neste nível, Aristóteles acreditava que o feto só possuía vida quando adquirisse alma, e era somente a partir dos primeiros movimentos no ventre materno que poderia considerar que ele teria alma.¹¹

Grandes teólogos, como São Tomás de Aquino¹² e Santo Agostinho¹³, tiveram a supracitada teoria aceita pela igreja por muito tempo, defendendo que a infusão da alma não ocorria até várias semanas após a concepção (animação tardia ou mediata).

Com efeito, para a teoria da animação mediata, o embrião possui alma vegetativa, porque, embora não se reproduza, cresce e alimenta-se, mas só alcançará o estatuto de ser humano quando os órgãos adequados ao desempenho das funções vitais estiverem perfeitos. Sua alma intelectiva vem de fora e é criada por Deus.

De concepção oposta, Gregório de Nissa, defensor da teoria da animação imediata, afirma que a criação da alma e do corpo são simultâneas no momento da concepção. Assim, o corpo e a alma que se tornam uma coisa só, claro que a alma humana tende a buscar a Deus.¹⁴

Do mesmo modo, muitas teorias abrangiam uma vertente teológica que trazia um elemento de animação como pressuposto da vida. A alma era “colocada” ou “soprada” na vida humana, o que a tornava animada e existente. Tal explicação não se comporta mais como evidência ou como justificação científica, pois, com o passar do tempo, resultou no fato de que a alma deu lugar ao psíquico, ou ao mental, na modernidade. Assim, o que antes era coeficiente espiritual, explicado pela chegada

caminho à força para a vida, que os enjeitem, pois a cidade não se encarregará de alimentá-lo.” (PLATÃO. *A República*. Trad. de Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

¹¹ Sobre o assunto, vide a obra: ARISTÓTELES. *De anima*. Trad. Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Editora 34, 2006.

¹² Sobre o assunto, vide a obra: TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma Teológica*. Disponível em: <https://suma-teologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹³ Sobre o assunto, vide as obras: AGOSTINHO, Santo. *Comentário literal ao Gênesis*. São Paulo: Paulus, 2005; AGOSTINHO, Santo. *A Natureza do Bem*. Rio de Janeiro: Sétimo Selo, 2005; AGOSTINHO, Santo. *Sobre a Potencialidade da Alma*. Petrópolis: Vozes, 2005.

¹⁴ Sobre o assunto, vide a obra: NISSA, Gregório de. *La Création de L'Homme*, Les Éditions du Cerf, Paris 2002. Réimpression de la première édition revue et corrigée (1943), par Jean LaPlace, sj e Jean Daniélou apud CAMPS, Maria da Conceição. O estatuto do embrião humano em Tomás de Aquino e Gregório de Nissa. A relação alma-corpo e o início da vida humana. *MEDIAEVALIA*: Textos e estudos (Revista do Gabinete de Filosofia Medieval da Faculdade de Letras da Universidade do Porto), Porto, n. 25, p. 131-142, 2006, p. 138.

súbita da alma no feto, atualmente, é relacionado ao psiquismo do ser humano, sem o apelo à divindade.¹⁵

Com o Cristianismo, o aborto passou a ser reprovado socialmente. Os imperadores Adriano¹⁶, Constantino¹⁷ e Teodósio¹⁸ realizaram uma reforma no direito antigo, assimilando o aborto ao homicídio, impondo-lhe a pena de *culeus*.¹⁹

Portanto, desde a Antiguidade, o início da vida humana tem sido objeto de discussões religiosas e científicas, nas quais ora se considera a tutela antes do nascimento, sem conseguir delimitar o momento em comum, ora se considera o nascimento com vida o marco inicial para a proteção jurídica.

Elio Sgreccia aponta para dois indicadores metafísicos para explicar a realidade de vida do ser humano: o princípio da criação e o princípio da espiritualidade do homem. Quanto ao primeiro, esculpe a necessidade de uma causa subsistente que explique a passagem do não ser ao ser, ou ainda, o ato de começar a existir a partir da existência de algo. Para o segundo indicador, a espiritualidade do ser humano não deriva da matéria, do não vivo ou do inanimado. Desta forma, não se pode dissociar o humano da dimensão valorativa e filosófica que o torna vivo, que é a sua alma, essência e espírito.²⁰

No intuito de delimitar ou ao menos chegar a um conceito do início da vida em comum a todos, a doutrina tem apresentado algumas teorias científicas²¹ e religiosas²².

¹⁵ BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: Reflexões bioéticas sobre o embrião humana*. Trad. Nicolás Nymí Campanario. São Paulo: Loyola, 2002, p. 109.

¹⁶ Públio Élio Adriano, foi imperador romano de 117 a 138.

¹⁷ Flavius Valerius Aurelius Constantinus, Constantino I, ou Constantino Magno (ou o Grande) foi imperador romano do ano 306 ao ano 337.

¹⁸ Flávio Teodósio, imperador sob regência do prefeito Antêmio, entre 408 e 414

¹⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V, p. 269-270.

²⁰ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 105-106.

²¹ Para a ciência, pode-se resumir principalmente nessas cinco posições: "(...) **1. Visão genética:** A vida humana começa na fertilização, quando espermatozoide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim, é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica. **2. Visão embriológica:** A vida começa na 3.^a semana de gravidez, quando é estabelecida individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação, o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa ideia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez. **3. Visão neurológica:** O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver sinais cerebrais já na 8.^a semana. Outros, na 20.^a **4. Visão ecológica:** A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20.^a e a 24.^a semana de

Essa tarefa preliminar de identificar o momento em que a vida se inicia para determinar em que momento a proteção jurídica deve começar é difícil, pois envolve uma série de critérios. Alguns fenômenos biofísicos que caracterizam o começo da vida humana, quando analisados, podem se confundir com a determinação precisa do conceito de vida dentro de uma perspectiva biológica.²³

Por mais que se queira negar, sob o ponto de vista científico, há a possibilidade de compreender a vida sob uma perspectiva singular. Daniel Koshland Júnior definiu a vida enumerando-a em funções. Tais funções foram sustentadas em sete pilares:

O primeiro pilar trata de um programa organizado que, no planeta, é efetivado pelo ADN que codifica os genes e permite que sejam reproduzidos de geração em geração, com pequenas alterações que não afetam o plano geral.

O segundo pilar é a improvisação, que proporciona um ajustamento a mudanças ambientais às quais o organismo, pequena parcela do universo

gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto. **5. Visão metabólica:** Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoide e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural". (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. *Revista Pistis Praxis*, Teol. Pastor, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. p. 43-44; COSTA, Diego Amaral da. *Humanidades: Mitos, desejos, sonhos e esperança*. Rio de Janeiro: Clube dos Autores, 2013, p. 182)

²² Para as religiões, o tema é ainda mais complexo, pois envolve crenças. No entanto, são cinco importantes ponderações: "(...) **1. Catolicismo:** A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de 'negar o dom da vida, se suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano'. **2. Judaísmo:** 'A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana', diz o rabino Shamaï, de São Paulo. 'Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio'. Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro. **3. Islamismo:** O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática, principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias. **4. Budismo:** A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozoide, mas está presente em tudo o que existe – nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisa com embriões. **5. Hinduísmo:** Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. Como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe." (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. *Revista Pistis Praxis*, Teol. Pastor, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. p. 44-45; COSTA, Diego Amaral da. *Humanidades: Mitos, desejos, sonhos e esperança*. Rio de Janeiro: Clube dos Autores, 2013, p. 182-183)

²³ Sobre o assunto vide: SCHRÖDINGER, Erwin. *O que é vida? O aspecto físico da célula viva. Mente e Matéria. Fragmentos autobiográficos*. Trad. Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

global, será exposto. Esta exposição vai tornar o programa menos eficaz; a improvisação é, portanto, a capacidade de modificação que permite sua sobrevivência.

O enclausuramento pelo qual todos os organismos vivos são confinados em volume limitado e envolvidos por uma superfície que se chama membrana ou pele, que mantém os ingredientes dentro de proporções definidas e impede que sejam atacados por elementos exteriores, constitui o terceiro pilar.

O quarto pilar é a capacidade, enquanto sistema aberto, de receber as energias de fontes exteriores, como o sol, por exemplo, e transformá-la em combustível para o organismo.

O quinto pilar é a regeneração que equilibra os constantes reajustes a que os organismos têm que se submeter, compensando as perdas sofridas. Este é um processo no qual o organismo se vale dele mesmo para se recompor, capacidade que diminui com o passar dos tempos; é o que se chama envelhecimento.

Trata ainda de adaptabilidade, que se faz pela retroação, atributo que impede a repetição de experiências dolorosas.

O sétimo pilar é o isolamento, que se faz necessário para um sistema metabólico, no qual se produzem múltiplas reações ao mesmo tempo, impedindo que os agentes químicos de um processo reativo sejam metabolizados pelos catalisadores de outra reação. Nosso sistema se utiliza, para esse fim, de uma propriedade fundamental da vida, a especificidade das enzimas, que só atuam sobre as moléculas pelas quais elas são reconhecidas e não são perturbadas pelas moléculas das diversas outras reações.²⁴

O mesmo autor ainda conclui que a capacidade de adaptação pode ser melhorada, mas, para isso, precisaria da perda da improvisação, já que a morte e o nascimento permitem a deflagração deste processo por meio de uma mutação do DNA, sendo este um dos pilares da vida.²⁵

Na mesma linha científica, Christian de Paul de Barchifontaine apresenta que o início da vida pode seguir cinco visões diferentes, quais sejam: a *visão genética* que defende o início da vida com fertilização do óvulo pelo espermatozoide; a *visão embriológica*, que entende ser necessário que a gravidez chegue à 3ª semana para que a individualização humana seja alcançada, assim, 12 dias após a fecundação ainda pode haver divisão celular que possibilite a origem de duas ou mais pessoas; a *visão neurológica*, que defende o início da vida no momento em que a atividade cerebral existe; a *visão ecológica*, que se fundamenta no fato de que a vida se inicia quando há capacidade de sobrevivência fora do útero materno; e, por fim, a *visão*

²⁴ KOSHLAND JUNIOR, Daniel. *Les sept piliers de la vie*. Sciences et Médecine, Paris, 22 maio 2002, p. 15.

²⁵ KOSHLAND JUNIOR, Daniel. *Les sept piliers de la vie*. Sciences et Médecine, Paris, 22 maio 2002, p. 15.

metabólica, que afirma não existir um momento único para a vida ter início, de forma que espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto pessoas.²⁶

A respeito da visão neurológica, o problema está no fato de existir divergências em relação ao momento em que a atividade cerebral do feto se inicia. Existe uma visão que defende ser a partir da 8ª semana e outra somente a partir da 20ª semana.²⁷

Com relação às divergências da doutrina religiosa, Christian de Paul de Barchifontaine apresenta as posições do Catolicismo, Judaísmo, Islamismo, Budismo e Hinduísmo no seguinte sentido:

No Catolicismo, nas quais a vida inicia-se com a concepção e são totalmente contrárias ao aborto; para o Judaísmo, a vida se inicia apenas no 40º dia, quando o feto começa a adquirir forma humana, de forma a permitir a pesquisa com células-tronco e o aborto somente quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou decorre de estupro; do Islamismo, o início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, em média 120 dias após a fecundação, porém, há uma corrente que afirme a concepção como o início da vida, com forte tendência dos muçulmanos em condenar o aborto (permitindo somente em caso de risco de vida para a mãe) e apoiar do estudo com células-tronco embrionárias; já no Budismo, a vida é um processo contínuo e ininterrupto, onde os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras e, assim, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões; Por último, para o Hinduísmo, a alma e a matéria se encontram na fecundação, momento em que se inicia a vida. Nessa corrente, o embrião possui uma alma, devendo ser tratado como humano.²⁸

Apesar do atual silêncio do texto constitucional brasileiro, entende-se que a proteção da vida é inviolável, sendo essa mesma proteção despendida aos nascituros e agora também aos embriões *in vitro*. Embora ainda não tenham constituído a personalidade jurídica, passando a tê-la somente com seu nascimento com vida, ainda assim merecem tal proteção jurídica desde a concepção.²⁹

²⁶ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida: Dignidade da vida humana*. São Paulo, LTr, 2010, p.14.

²⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida: Dignidade da vida humana*. São Paulo, LTr, 2010, p.14.

²⁸ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida: Dignidade da vida humana*. São Paulo, LTr, 2010, p.14-15.

²⁹ Está abarcado ao entendimento da Teoria Natalista, defensora de que o art. 2º do Código Civil a adotou quando o legislador afirmou que a personalidade civil começará a partir do nascimento com vida. No entanto, o mesmo também disciplinou que a lei protegerá desde a concepção os direitos do nascituro e, por isso, entende-se que a legislação adotou, na verdade, a teoria concepcionista, trazendo a proteção jurídica desde a concepção.

Em que pese todas essas posições doutrinárias científicas ou religiosas, as principais teorias estudadas são a concepcionista, a natalista e da personalidade condicionada.³⁰

Na ótica dos concepcionistas, que encontram adeptos entre os cientistas e religiosos, a vida começa com a fertilização ou concepção (1º dia do desenvolvimento embrionário), que é o encontro do espermatozoide com o ovócito, no qual formará o zigoto – célula que tem potencial para originar um ser humano. Os partidários desta posição são contra o uso de células-embrionárias.³¹

Opondo-se a essas teorias, alguns cientistas consideram que a vida humana existe somente após o 14º dia da embriogênese, quando ocorre a formação do tubo neural, fundamentando-se no conceito da morte encefálica utilizada pelo Direito por meio da Lei de Transplantes, de forma que faz uma interpretação a *contrario sensu* da mesma.³² Lilian Piñero Marcolin Eça ainda destaca que se trata de uma posição antagônica, visto que as células do tubo neural estão com toda a capacidade para formar o sistema nervoso, ao contrário da morte encefálica, na qual esta capacidade é nula.³³

³⁰ Defensores da corrente natalista: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 144-148; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-37; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, 145-147; MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: LTr, 2008, p. 68-70. Os adeptos da corrente concepcionista são: ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p.182; FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48-51; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195-199. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 16, p. 40-55, jan./mar. 2003; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 121. Já entre os defensores da teoria da personalidade condicionada estão: BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 75-80; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64-66; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 142; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 251-255.

³¹ BOCCATTO, Marlene; Vieira, Tereza Rodrigues. Estudo com células-tronco e seus aspectos bioéticos. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Ensaio de Bioética e Direito*. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 22.

³² EÇA, Lilian Piñero Marcolin. O Diálogo do Feto com o Corpo da Mãe no Início da Vida. In: GUIMARÃES, Hélio Pena; BUCHPIGUEL, Carlos Alberto; ROMANO, Edson Renato; ANDRADE, Luiz Carlos Valente de; BERWANGER, Otávio. *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Atheneu, 2015, p. 43. (Série Hospital do Coração-HCor).

³³ EÇA, Lilian Piñero Marcolin. O Diálogo do Feto com o Corpo da Mãe no Início da Vida. In: GUIMARÃES, Hélio Pena; BUCHPIGUEL, Carlos Alberto; ROMANO, Edson Renato; ANDRADE,

A corrente concepcionista defende que a personalidade jurídica se inicia no momento da concepção. Logo, os direitos personalíssimos estariam garantidos, não dependendo de nenhum evento ulterior, e não estariam condicionados ao nascimento com vida, sendo somente os direitos patrimoniais adstritos a esse evento.³⁴

Nesse sentido, a teoria concepcionista, considera a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entendendo que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana se inicia com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. É a partir desse momento que o embrião tem condição de pessoa, ou seja, possui a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.³⁵

Ainda, Sérgio Abdalla Semião divide a escola concepcionista em duas: a verdadeiramente concepcionista e a concepcionista da personalidade condicional. A primeira sustenta que a personalidade começa da concepção, não no nascimento. Apenas os efeitos de alguns direitos patrimoniais dependem do nascimento com vida. Já a segunda, reconhece a personalidade desde a concepção, sob a condição do *infans conceptus* nascer com vida.³⁶

No entanto, ainda hoje, surgem discussões neste aspecto. Maria Helena Diniz divide a personalidade jurídica entre formal e material, em que a primeira faz relação com os direitos de personalidade, pois já possui uma carga genética desde a concepção, então, o sujeito já teria o resguardo desses direitos. Já na segunda, chamada de personalidade jurídica material, há uma relação aos direitos patrimoniais e obrigacionais, na qual há um estado potencial, somente com o nascimento do nascituro com vida.³⁷

Ao lado deste aspecto, cumpre ainda ressaltar que o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos de personalidade. Dessa forma, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, sendo norma

Luiz Carlos Valente de; BERWANGER, Otávio. *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Atheneu, 2015, p. 43. (Série Hospital do Coração-HCor).

³⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*: São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48-51.

³⁵ ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 75.

³⁶ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2000, p. 37.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222.

de direito natural que abrangerá os direitos de nascer, de continuar vivo e de ter uma subsistência digna.³⁸

Na mesma linha, Diniz ainda afirma que “a vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide”.³⁹ Compreende-se, assim, que:

O embrião, por ter todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade (CF, arts.1º, III, e 5º, III), imagem científica (DNA) sendo inadmissível qualquer investigação experimental, com objetivo alheio à sua própria terapia, no útero ou fora dele.⁴⁰

Não obstante, deve-se considerar que a vida não se restringe apenas a seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, que é inerente às matérias orgânicas, mas é constituída por um processo vital com a concepção, participando de um processo de inúmeras transformações, até sucumbir-se com a morte.⁴¹

De forma inegável pela teoria concepcionista, os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde – espécies do qual o gênero é o direito à integridade física –, independem do nascimento com vida para serem tutelados. Assim, devem ser resguardados desde a concepção, haja vista ser o momento de início da vida humana.

Seguindo essa linha de raciocínio pode-se considerar que a vida humana tem início com a concepção, indo desde o nascimento e terminando somente com a morte.

Ademais, o artigo 1.798 do Código Civil⁴² dispõe ao nascituro a capacidade especial de suceder, legitimando os que, na data da abertura da sucessão, já são nascidos ou que foram concebidos.

Para os adeptos da teoria natalista, a personalidade jurídica se inicia pelo nascimento com vida; assim, o nascituro não seria considerado pessoa, embora receba tutela legal. Ao discorrer sobre o tema, Flavio Tartuce assevera que, na

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.508.

⁴¹ RIBAS, Angela Mara Piekarski. *O direito a vida sob uma ótica contemporânea*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986> Acesso em: 16 jun. 2022.

⁴² “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 out. 2022).

teoria natalista, a personalidade jurídica é adquirida apenas com o nascimento com vida. Assim, o nascituro teria apenas expectativa de direitos.⁴³

Dessa forma, deduz-se que, pela teoria natalista, o nascituro possui apenas expectativa de direitos, que só serão efetivos com o seu nascimento com vida. Logo, não é considerado como pessoa. Isso não quer dizer que retira do nascituro direitos de proteção. Contudo, esses direitos só serão efetivados após o nascimento com vida. O nascituro ter somente expectativas de direitos é o motivo da própria legislação distinguir os direitos que se consolidam com o nascimento com vida.

Com efeito, por essa teoria, o nascituro seria pessoa humana com um potencial, pois, para exercer os direitos que lhes são reservados no útero materno, faz-se necessário que nasça com vida, uma vez que não é detentor de personalidade jurídica ou capacidade jurídica.

Nesta perspectiva, a possibilidade de realizar o aborto de um feto anencéfalo foi judicializada quando foi objeto de uma Arguição de Cumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), a qual pediu ao Supremo Tribunal Federal (STF) a permissão para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

A discussão pairou em torno de existir ou não vida a ser tutelada no feto anencéfalo. Em 2008, cientistas, médicos, religiosos e membros de entidades da sociedade civil reuniram-se em audiências públicas no intuito de discutir o tema. Somente após 8 anos de tramitação do processo, o Supremo Tribunal Federal atendeu ao pedido da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde por unanimidade, declarando a inconstitucionalidade da interpretação que considerava a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como o crime de aborto.

Durante todo o tempo de discussão do aborto para feto anencéfalo, novamente o início da vida foi judicializado, quando a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.510), discutindo a constitucionalidade do art. 5º⁴⁴ da mesma, alegando ofensa ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

⁴³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 119.

⁴⁴ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. **Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (grifo nosso)** ⁴⁵

Segundo Cláudio Lemos Fonteles, as pesquisas com células-tronco são realizadas com material celular retirado do embrião humano com poucos dias de vida e são capazes de se transformar em qualquer tipo de célula, o que ofende por completo a vida e a dignidade deste embrião. A teoria concepcionista foi adotada para fundamentar seu pedido.

Diante dessa discussão, uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal foi realizada no dia 20 de abril de 2007, na qual os Ministros ouviram 34 cientistas favoráveis e contrários às pesquisas com células-tronco embrionárias. Houve a

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

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

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

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, *Lei n. 11.105/2005*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 20 out. 2019).

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 QO. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde - CNTS. Relator: Marco Aurélio, Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 30 ago. de 2022.

exposição de vários conceitos de biologia, de medicina e de ética, os quais tentaram responder a uma questão crucial: “Quando começa a vida humana?”.

Ainda sobre esse tema, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam a dignidade da pessoa humana e o direito à vida do embrião, sendo, a partir de então, permitidas essas pesquisas, considerando o art. 5º da Lei de Biossegurança constitucional. O próprio julgamento da ADI 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal adotou a teoria natalista, se posicionando no sentido de que a vida humana só é protegida para quem já nasceu, ou seja, os embriões que não foram implantados no útero da mulher são tutelados apenas como bem jurídico.⁴⁶

Portanto, a partir dessa decisão, a utilização de embriões para pesquisa deve atender as seguintes condições: a) que sejam embriões inviáveis; ou b) que sejam embriões congelados há três anos ou mais da data da publicação da lei ou, se já congelados na data da publicação da Lei, depois de completarem três anos contados a partir da data de congelamento.

De uma concepção oposta, a teoria da personalidade condicionada defende que o início da vida ocorre com a concepção, adquirindo desde este momento alguns direitos de âmbito pessoal. Somente com o nascimento outros direitos irão se concretizar. Há, deste modo, o reconhecimento de uma série de direitos ao nascimento com vida, dependendo estes direitos de uma condição suspensiva para que o direito se perfeça.⁴⁷

Por outro lado, o Direito Penal, em regra, defende que a vida se inicia com a nidação, ou seja, só há vida a partir do momento em que o embrião se fixa na parede uterina. Este seria, em tese, o momento para demarcar quando pode ocorrer o crime de aborto.

Assim sendo, a vida começa com a implantação (nidação) do blastocisto na parede do útero, do sexto ao décimo quarto dia da fertilização. As células-tronco

⁴⁶ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 101.

⁴⁷ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O Início da Vida, Interrupção da Gravidez e Direitos do Embrião: Uma Visão Jurídica. In: GUIMARÃES, Hélio Pena; BUCHPIGUEL, Carlos Alberto; ROMANO, Edson Renato; ANDRADE, Luiz Carlos Valente de; BERWANGER, Otávio. *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Atheneu, 2015, p. 57. (Série Hospital do Coração-HCor).

embrionárias podem ser utilizadas a partir deste momento, pois permitem ser retiradas a partir do quarto dia da fertilização.⁴⁸

Esclarece-se, então, que a teoria da nidação condiciona a existência da vida à implantação do embrião ao útero materno. Somente a partir do 7º dia, em média, que surge a possibilidade real de geração de uma pessoa. Desta forma, entende-se que a nidação seria um marco de viabilidade, ou seja, o fator necessário para que se pudesse permitir a evolução embrionária e o desenvolvimento da vida humana.⁴⁹

A mesma é a observação de Luiz Regis Prado, que afirma que, do ponto de vista jurídico-penal, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, o que ocorre com a fixação deste no útero materno (nidação).⁵⁰

Em sentido antagônico, é de se ressaltar que, em novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal revogou a prisão preventiva de sujeitos que respondiam pelo crime de aborto (HC n. 124.306), sinalizando o entendimento de que se o aborto for realizado até o terceiro mês de gestação, não poderá ser considerado crime.⁵¹

Logo, a teoria da nidação, que condicionava a existência da vida à implantação do embrião no útero materno (que só ocorre entre o 5º e o 6º dia), quando se falava em existência humana,⁵² não pode mais ser considerada a teoria adotada pelo Direito Penal diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a qual não caracteriza o crime de aborto se praticado até o terceiro mês de gestação.

Em contraposição às teorias citadas anteriormente, as teorias genético-desenvolvimentistas “condicionam a determinação do início da vida à verificação de fatores fisiológicos capazes de evidenciar a existência da individualidade humana,

⁴⁸ BOCCATTO, Marlene; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Estudo com células-tronco e seus aspectos bioéticos. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Ensaio de Bioética e Direito*. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 22.

⁴⁹ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 147-148.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte especial: arts. 121 a 183*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 450.

⁵² MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118; ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituindo do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p.182.

não se podendo falar em indivíduo enquanto inexistir diferenciação entre as células do embrião”.⁵³

A Comissão de pesquisa responsável por avaliar os processos de reprodução humana Assistida da Grã-Bretanha, presidida por Mary Warnock, em 1982, elaborou o Relatório Warnock, que propôs uma definição de embrião em seus primeiros estágios de vida como um ser humano em potencial.⁵⁴

A partir desse relatório de Warnock, tem-se a teoria do pré-embrião, que defende que, até o 14º dia após concepção, o zigoto não pode ser considerado um ser humano, apenas seria uma célula progenitora que possui a capacidade de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie.⁵⁵

Essas teorias tomam como ponto de partida os diferentes estágios de desenvolvimento embrionário e condicionam o momento de início da vida e sua proteção à verificação de determinados fatores fisiológicos. Portanto, o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto. Assim, o embrião humano, nos primeiros tempos de sua existência, não pode ser reconhecido como uma pessoa humana, mas sim, um mero “amontoado de células”, uma espécie de material biológico, ainda em formação.⁵⁶

Observa-se, então, que, até o 14º dia após a fecundação, o zigoto vai se compor num conjunto de células totipotentes não-individualizadas, ou seja, num pré-embrião. Depois de fixado na parede do útero (nidação), o embrião irá individualizar-se. Assim, é a partir deste momento que se deve ter início a tutela constitucional da vida humana.⁵⁷

Neste nível, só se falaria em proteção a partir do décimo quarto dia após a concepção, pois precisaria da clivagem, que consiste nas divisões mitóticas efetuadas pelo zigoto, resultando num aumento rápido no número de células, denominadas blastômeros.⁵⁸

⁵³ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. *Revista Jurídica UNIFACS*, Salvador, jul./2007, p. 07.

⁵⁴ BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: Reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Trad. Nicolás Nymi Campanario. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 51.

⁵⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 110.

⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 126.

⁵⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 155.

⁵⁸ Sobre o assunto, vide obra: MOORE, Keith L; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia básica*. Trad. Maria das Graças Fernandes Sales et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 31.

No que diz respeito a essa teoria, poder-se-ia dispor do embrião humano para fins experimentais até o 14º dia depois da concepção, sendo que não se reconheceria o caráter humano do embrião.⁵⁹

A maior crítica tem como foco a defesa da tutela do homem sem contemplar apenas os aspectos fisiológicos, mostrando que a atribuição da condição de “pré-embrião” tem o objetivo de suavizar as possibilidades de intervenções humanas sobre o mesmo. A terminologia não pode descaracterizar uma essência.⁶⁰

Ainda se pode falar da teoria da formação do sistema nervoso central, pois, após a nidação, o embrião inicia a formação do endoderma e do primeiro folheto embrionário que começou a se diferenciar, formando o disco embrionário, que é a lâmina celular constituída pelo endoderma e pelo ectoderma primário (segundo folheto embrionário).⁶¹

Na terceira semana, aparece o terceiro folheto embrionário, o mesoderma. As camadas celulares sobrepostas do disco embrionário já podem evidenciar a capacidade morfogênética. O ectoderma originará tecidos e órgãos que se relacionarão com o mundo externo, como o sistema nervoso central e periférico. O endoderma originará o tubo digestivo. Durante essa terceira semana, a gástrula se tornará a nêurula, que será o desenho do sistema nervoso.⁶²

Entre o 13º ou 14º dia, surge a linha primitiva sobre o ectoderma, permitindo a identificação dos eixos embrionários. Já no 16º dia, algumas células migram do endoderma para originar o mesoderma. Após o 18º dia, o ectoderma forma a placa neural que se estende ao longo do eixo central, formando assim o canal neural. No final da terceira semana, origina-se o tubo neural, que diferencia o início dos sistemas nervosos.⁶³

Por essa corrente, conclui-se que a formação do sistema nervoso central é o ponto que marca a existência de proteção jurídica, pois somente após os primeiros quatorze dias de fecundação ocorrerá a fase do blastocisto, na qual se identificará a formação primária da organização do sistema nervoso central.

⁵⁹ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I: Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 347.

⁶⁰ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145-146.

⁶¹ BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: Reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Trad. Nicolás Nymi Campanario. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 53.

⁶² BOURGUET, Vicent. op. cit., p. 53.

⁶³ BOURGUET, Vicent. op. cit., p. 53.

Assim, a atividade elétrica do cérebro começa a ser registrada a partir da oitava semana de desenvolvimento embrionário, fazendo com que defensores da teoria da formação do sistema nervoso central sustentem que somente após a verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou uma vida especificamente humana.⁶⁴

A teoria da Atividade Organizada do Córtex Cerebral defende, ainda, que apenas após o início da atividade organizada do córtex cerebral, entre a 25ª e a 32ª semana de gestação, é que o feto começa a ter consciência, algo que não se nega a presença no recém-nascido nem no adulto, embora em graus diferentes. Destarte, seria com base no início da consciência que deveria ser atribuída a personalidade aos entes.⁶⁵

Por fim, a teoria da potencialidade parte do pressuposto de que o embrião não configura imediatamente uma pessoa. Em situação extracorpórea, apenas reúne condições para se tornar uma pessoa, com capacidade de se transformar em um indivíduo, porém, não há garantias reais, científicas ou naturais que possam assegurar que essa transformação ocorrerá.⁶⁶

Essa teoria tenta trazer o tratamento adequado ao embrião, sem classificá-lo como ser humano desde a concepção, porém não se afasta da ideia da possibilidade de vir a se tornar humano, dando-lhe e reconhecendo uma autonomia “embrionária”.⁶⁷

Ao lado desses aspectos apresentados, é importante observar que, para Ronald Dworkin, acerca dos problemas gerais da bioética, o respeito à santidade da vida, ao seu valor intrínseco ou à sua personalidade humana vacilará na linguagem de direitos, que se atribui como a prevalência diante de um conflito sobre interesses alheios nos quais muitos já veem representados como valores absolutos. Nesse sentido, não se consegue enxergar nenhum ponto de convergência já existente, sendo também improvável um consenso futuro.⁶⁸

⁶⁴ ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 81.

⁶⁵ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 67.

⁶⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 146.

⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião: Mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 128.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 341.

Para o mesmo autor, há a divergência porque todos levam muito a sério um valor que nos une como seres humanos, qual seja, a santidade ou a inviolabilidade de cada etapa de toda e qualquer vida humana. Essas violentas divisões demonstram a complexidade do valor e do modo acentuadamente distinto como culturas, grupos e pessoas diferentes – todos igualmente comprometidos com tal valor - interpretam seu significado.⁶⁹

Portanto, a esse respeito é clara a pluralidade de posicionamentos no intuito de delimitar o marco inicial da vida, trazendo algumas ambiguidades aos âmbitos ético, religioso, científico e jurídico, na medida em que a proteção jurídica do embrião acaba se tornando uma árdua tarefa, até mesmo porque o Código Civil, quando visou a tutela a partir da concepção, trouxe abrangência apenas ao nascituro.

Dito isso, adota-se, no presente trabalho, a posição voltada a considerar o embrião um ser capaz de proteção, tendo como base a teoria concepcionista, tratando-o como uma pessoa humana com um potencial e, por ter a natureza humana, detentor de todos os direitos, independentemente de sua qualidade de implantado ou não no útero materno.

2.2 Da (in)disponibilidade do direito à vida

O direito à vida é o direito pertencente a toda pessoa, configurando em pressuposto para a existência de demais direitos, pois é inerente ao ser humano. Independente da fase em que se encontra o ser humano, não se pode considerar o embrião desprovido do direito à vida, até mesmo porque este possui característica de humanidade, detentor de dignidade a ser tutelada.

Antes de entrar nessa discussão sobre o direito à vida, cumpre apresentar o significado do que é disponibilidade. Segundo o Dicionário Aurélio, disponibilidade pode ser considerada como: “1. Qualidade ou estado de disponível. (...)”.⁷⁰ Sendo assim, considera-se aquilo que poderá ser usado livremente ou ter à vontade.

Flávio Tartuce, ao discorrer dos direitos da personalidade, afirma que os mesmos são indisponíveis, mas reconhece que essa indisponibilidade poderá ser

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 341.

⁷⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 259.

relativa sempre que envolver aspectos patrimoniais que abranjam os direitos da personalidade em questão.⁷¹

Em relação ao direito à vida, além de um direito fundamental, também é considerado um direito personalíssimo. Tomando como base esse posicionamento do professor Flávio Tartuce⁷², em seu âmbito não há de se falar em aspecto patrimonial. Desta forma, não se permite que seja cedida, alienada ou transacionada, havendo proibição até mesmo de se vender partes de corpo, tecidos ou órgãos humanos.⁷³

Em sentido oposto, a mesma lei somente permite a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, posteriormente à morte, com o escopo científico ou altruístico.⁷⁴

Se tratando do direito à vida como algo indisponível, ele é defendido como um direito que não pode ser livremente cedido ou utilizado por seu titular, pousando sobre ele algumas limitações no exercício desse direito.

Mário Luiz Delgado, sobre o direito à vida e sua amplitude de proteção, destaca que:

Não temos dúvida que o direito à vida é objeto de autônoma e específica tutela constitucional, abarcando sob o seu manto protetor todo aquele que pertencer à espécie humana, donde se conclui, realmente, pela existência de um “direito de nascer”, de que é titular todo ser humano como tal concebido, não havendo como se admitir qualquer vulneração ao embrião e ao nascituro.⁷⁵

Deste modo, pode-se considerar que o direito à vida consiste no direito de todos os humanos que viverem, abrangendo sua existência corporal no sentido de existência biológica e fisiológica do ser humano⁷⁶, independente, assim, de sua fase de desenvolvimento. Isso se dá porque na Constituição Federal, em seu art. 5º,

⁷¹ Sobre o assunto, vide obra: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.163-164.

⁷² Sobre o assunto, vide obra: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.163-164.

⁷³ A Lei n. 9434 de 1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento proíbe a disponibilidade onerosa de órgãos, tecidos e partes do corpo humano. (BRASIL, *Lei n. 9434 de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 11 out. 2019).

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399.

⁷⁵ DELGADO, Mário Luiz. *A tutela da vida humana embrionária*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI200193,71043-A+tutela+da+vida+humana+embrionaria> Acesso em: 22 nov. 2019.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 399.

quando trata do direito à vida, o legislador optou pelo uso da expressão “todos”, devendo, assim, ser abrangido nesse sentido não somente as pessoas já nascidas, mas também o embrião e o nascituro.

Pode-se assim afirmar que para uma proteção jurídica da vida, pondera-se o critério biológico, em que a vida humana é considerada toda aquela baseada no código genético humano.⁷⁷

Já a Bioética defende que o início da vida vai desde a junção dos gametas masculino e feminino com a fusão dos núcleos, a chamada singamia, consequentemente, a penetração do espermatozoide no ovócito até ao nascimento.⁷⁸ Desta feita, antes da singamia não há que se falar em vida humana ainda, somente existem células femininas e masculinas com uma única função, que é a reprodução, porém, não há ainda a matriz biológica para surgir um novo ser. Somente com a fusão dos dois núcleos das células masculina e feminina que surgirá um novo genoma, distinto do que genitores possuem, individualizado, mesmo que precise se desenvolver no ventre materno que conduzirá o nascimento de um novo ser no seu desenvolvimento natural.⁷⁹

No entanto, isso não significa que antes da singamia esses gametas não tenham relevância ética e, principalmente, jurídica. Não se pode dar o tratamento jurídico de *res* para esses gametas, pois não são coisas. Como são elementos que representam o suporte da vida, são da ordem das pessoas, e, por isso, repercutem com efeitos jurídicos, tanto que, em Convenções Internacionais, é sempre destacada a proibição de comercialização de órgãos humanos, de produtos como o sangue e gametas humanos, ou do próprio cadáver ou partes deste.⁸⁰

A respeito do tema, Maria Helena Diniz ensina que “a vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide”⁸¹. A autora ainda afirma que os mais recentes dados da biologia têm confirmado sua posição ao demonstrarem que, com a penetração do óvulo pelo espermatozoide, surge uma nova vida, distinta da

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399.

⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 9.

⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 9.

⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. op. cit., p. 10.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

daqueles que lhe deu origem, sendo o embrião a partir desse momento titular de um patrimônio único.⁸²

José de Oliveira Ascensão ainda ressalta que no outro extremo do processo está o nascimento completo. Portanto, o nascimento com vida é indispensável, não sendo visto como requisito adicional à viabilidade de existir uma proteção, nem ética nem jurídica, porque o ser que nasce com vida, mesmo que não tenha condições para viver, ainda é uma pessoa, merecendo, conseqüentemente, o máximo de proteção como qualquer outro indivíduo.⁸³

Hodiernamente, o direito à vida foi eleito pelo Estado como o bem maior a se tutelar, tanto que criminaliza qualquer ato ou prática que leve à eliminação ou à deterioração da mesma, salvo nos casos elencados como exceções pela lei penal.

O primeiro documento que consagrou um direito à vida como direito humano fundamental foi a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, incluindo-o no rol dos direitos inerentes à pessoa humana. Em 1787, a Constituição Federal norte-americana não o contemplou, sendo somente com a Quinta Emenda, em 1791, que o direito à vida foi incluído na condição de direito fundamental nos Estados Unidos. Desta forma, foi a primeira vez que o direito à vida foi categorizado como direito fundamental na história do Direito Constitucional.⁸⁴

Destaca-se ainda que as Constituições da Revolução Francesa e a Carta Constitucional de 1814 não faziam menção explícita ao direito à vida, sendo apenas um conceito de uma garantia de segurança.⁸⁵

O direito à vida não esteve presente em muitos documentos de vários países, somente tomando importância a partir da II Guerra Mundial, a qual passou a alterar até mesmo o papel de várias constituições desses Estados.

Foi na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸⁶, proclamada pela ONU em 1948, que o direito à vida ganhou notoriedade. Diante de todas as atrocidades realizadas no Holocausto tornou-se necessário positivar internacionalmente esse direito a partir de então.

⁸² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 406.

⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 10.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 397.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 397.

⁸⁶ "Artigo 3. Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal". (DECLARAÇÃO Universal de Direito do Homem. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 07 out. 2019).

Após a Declaração Universal de Direitos do Homem, outros documentos internacionais passaram a surgir, dando ao direito à vida um caráter fundamental, como, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966⁸⁷, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969⁸⁸, e o Pacto de São José da Costa Rica, 1969⁸⁹.

Ademais, o Pacto de São José de Costa Rica, dispõe que, para os efeitos dessa Convenção, “pessoa é todo ser humano”, e ainda abrange a toda pessoa desde a concepção (art. 1º, § 2º, e art. 4º).⁹⁰

Foi por meio de uma evolução que se passou a tratar o direito à vida como um direito fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro. As Constituições

⁸⁷ “Artigo 6. 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.

5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto”. (PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 07 out. 2019).

⁸⁸ “Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente. (CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos em 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 07 out. 2019).

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 397-398.

⁹⁰ DELGADO, Mário Luiz. *A tutela da vida humana embrionária*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI200193,71043-A+tutela+da+vida+humana+embrionaria> Acesso em: 22 nov. 2019.

de 1824 e 1891 não o previam, existindo apenas uma previsão de um direito de segurança individual. Em 1934, apesar de não estar expressamente previsto o direito à vida na Constituição, houve a abolição da pena de morte, passando a ser permitida somente em caso de guerra com país estrangeiro e nos termos da legislação militar.⁹¹

Também na Constituição de 1937, o direito à vida não foi contemplado, apenas ampliando as hipóteses de aplicação da pena de morte. Somente em 1946, a Constituição reconheceu o direito à vida como uma proteção de direito individual, retomando a limitação da pena de morte que existiu na Constituição de 1934. Estas disposições foram mantidas na Constituição de 1967, alterando somente a redação para possibilidade de pena de morte em caso de guerra externa, disposições que foram também reproduzidas na EC n. 1/1969.⁹²

Já a Constituição Federal de 1988 foi clara quanto à proteção da vida, não fazendo qualquer distinção quanto ao desenvolvimento da mesma para sua proteção. Portanto, o embrião, o nascituro ou a pessoa tem o direito à vida garantido. A Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, preservando ainda a integridade física e proibindo qualquer forma de discriminação.

Ressalta-se que o direito à vida está inserido como um direito fundamental na Constituição Federal, no *caput* do art. 5º, tratando-se de direito garantido pelo Estado Democrático de Direito, pois está associado aos fundamentos deste.⁹³

A previsão do direito à vida como direito fundamental possui conteúdo garantista, impondo deveres tanto aos particulares, os quais devem respeitá-lo por meio de suas condutas, quanto ao Estado, ao qual cabe deveres que visem sua efetivação.

Logo, o direito à vida torna-se o mais fundamental de todos os direitos, constituindo em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos,⁹⁴ bem como um fundamento para a efetivação de todos os demais.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 398.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 398.

⁹³ “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:” (grifo nosso) (BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2019).

Enfim, trata-se a vida de um direito pressuposto de exercício aos demais direitos. Sem que haja vida, não se pode exercitar qualquer outro direito que lhe seja tutelado. Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que “o direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais”.⁹⁵

O destinatário direto do direito fundamental à vida é o Estado, em todas suas formas de atuação, mesmo que atue mediante delegação. No entanto, há de concordar que o direito à vida e à dignidade da pessoa humana são a base estrutural da comunidade humana, devendo ser respeitadas também pelos demais sujeitos de direito.⁹⁶

Ainda, pode-se afirmar que o direito à vida possui dimensões subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva é atribuída a um titular (pessoa física), exigindo determinadas prestações ou abstenções de um destinatário que, em regra, é o Estado, sem excluir direta ou indiretamente os particulares.⁹⁷ Também abrange um complexo de posições subjetivas de cunho negativo e positivo. Sua dimensão negativa ocorre quando assume a posição de defesa, com a obrigação de abstenção por parte do Estado e dos particulares, por meio de uma obrigação de respeito e não intervenção no direito à vida. Já no âmbito positivo, é um direito de prestações fáticas ou normativas, formando uma obrigação para o Estado e pelos particulares de tomarem medidas ativas na proteção do direito à vida.⁹⁸

Ao mesmo tempo, a dimensão objetiva do direito à vida consiste no bem jurídico objetivamente reconhecido e protegido. Desse reconhecimento tem-se efeitos jurídicos que são refletidos na esfera subjetiva.⁹⁹

No art. 2º do Código Civil, há um marco estabelecendo o início da personalidade jurídica, onde “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.¹⁰⁰

⁹⁴ MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 63.

⁹⁵ CANOTILHO, Joaquim J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. I, p. 446-447.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 406.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 407.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 407.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 407.

¹⁰⁰ BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

Seguindo essa linha de proteção, não se pode negar proteção do direito à vida ao embrião, ou seja, ao ser humano desde sua fase embrionária. Proteção essa que deverá ser realizada por meio de analogia, uma vez que a lei foi omissa acerca do embrião.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que os elementos inseridos na norma em questão tratam de proposição hipotético-condicional, não podendo o intérprete, ao realizar a interpretação do artigo, se restringir apenas ao significado do que seja nascituro, mas também considerar o embrião que não foi ali disposto. Por esse motivo, propõe-se a utilização da analogia em face ao direito positivado, que trouxe o direito à vida tutelado ao nascituro, garantindo-se também o direito à vida ao embrião.

Não é difícil nos deparar com situações fáticas as quais o direito não abarca, sendo função de todo aplicador do direito construir uma norma que possa contemplar o fato que não possui regulamentação por meio da utilização da técnica de analogia.

Apesar de relativamente novo, o Código Civil brasileiro de 2002 não estava preparado para lidar com situações como a tutela da vida aos embriões humanos. Portanto, não são raras as vezes que o órgão competente por editar leis não está preparado para prever situações hipotéticas que farão parte da realidade de uma sociedade futura.

O direito brasileiro, principalmente no tocante à regulamentação dessas inovações biotecnológicas, requer uma completude, isto é, a instituição de um ordenamento completo. Para realizar tal inteireza e autossuficiência, recorre a mecanismos como a técnica de analogia, até que nova norma não seja editada para complemento do mesmo.

A completude de um sistema jurídico é um pressuposto necessário para sua efetivação e aplicação dentro dos instrumentos que o integram. Neste sentido, Norberto Bobbio aponta que:

(...) um ordenamento jurídico é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.¹⁰¹

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 115.

Portanto, havendo omissão da lei em garantir o direito à vida ao embrião, a analogia atua para realizar a integração do ordenamento, de forma a garantir tal direito.

Não se pode esquecer que a vida deve ser entendida como um processo vital que se instaura desde a concepção, transformando-se, progredindo e mantendo sua identidade até alterar sua qualidade, deixando de ser vida e passando a ser morte.¹⁰²

Apesar do silêncio acerca do embrião, o texto constitucional trouxe a proteção da vida como algo inviolável, algo inquestionável, havendo a possibilidade da mesma proteção ser alcançada pelo embrião, pelo nascituro e pela pessoa, independente das fases de desenvolvimento desses seres.

Ainda, Antônio Junqueira de Azevedo assevera que “o princípio jurídico da dignidade como fundamento da República exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade”.¹⁰³

O direito à vida não pode estar limitado ao fato de se estar vivo, sendo considerado uma pessoa juridicamente compreendida, mas essencialmente a viver com dignidade, segundo os próprios contornos do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio está inserido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
(...) III – a dignidade da pessoa humana.¹⁰⁴

No tocante à proteção da vida, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka salienta que “(...) além de fundamental para as relações entre as pessoas e para a postura do Estado com quem quer que seja, é a própria realização da dignidade, ou da *dignidade da pessoa humana*”.¹⁰⁵

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006, p. 197.

¹⁰³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

¹⁰⁴ BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

¹⁰⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 171.

No Brasil é dever do Estado efetivar aos brasileiros uma vida com dignidade, independentemente da condição ou fase de desenvolvimento em que se encontrar a pessoa.

Outro valor ínsito ao próprio direito à vida está à dignidade humana, ressaltando que a noção de vida digna não poderá ser fundamento para a imposição de uma condição de inferioridade a determinados indivíduos, como já fora no passado, por meio, por exemplo, de práticas eugênicas.¹⁰⁶

No entanto, os sistemas jurídicos afirmam que para ser pessoa é necessário ter personalidade, ser titular de direitos e obrigações, e disso dependerá do nascimento com vida. Ao se falar de direitos humanos que cada ser humano titulariza, não se deve depender da personalidade. Faz-se uma distinção entre ser humano e pessoa humana, antecipando que o princípio da dignidade, que se expressa de maneira relevante quanto à pessoa humana, não está circunscrito a ela, senão deverá ser respeitado para a espécie humana, tomada em sua integralidade.¹⁰⁷

Assim sendo, o embrião é ser humano, ser vivo dotado de humanidade, de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana, mas, ainda assim, é ser humano.¹⁰⁸ Neste sentido, a noção do direito a uma vida digna resulta necessariamente da ligação entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, relacionando-se às obrigações positivas do Estado e da sociedade para com o indivíduo.¹⁰⁹

A Constituição Federal não é a única que faz referência à proteção da vida, pois o art. 5º, inciso XXXVIII, prevê julgamento para aqueles que cometerem crimes contra a vida; os arts. 6º e 201º, inciso II, fazem referência indireta à tutela da vida do nascituro, destacando a proteção à maternidade e, em especial, à gestante, que se estende ao nascituro.

A inviolabilidade do direito à vida está compreendida na proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Ao mesmo tempo, a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que será constrangida, pois não terá qualquer

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399-400.

¹⁰⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 47.

¹⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). op. cit., p. 47.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 400.

discrecionalidade reconhecida para dispor de determinados direitos, como, por exemplo, o direito à vida.¹¹⁰

Também no Código Civil, o direito à vida é tratado como um direito de personalidade que, por força do art. 11 do mesmo Estatuto, é intransmissível, irrenunciável e imprescritível.

Ressalta-se que, quando o direito traz o tratamento da vida como um bem indispensável, ele retira da pessoa o próprio exercício de sua autonomia e torna-a indisponível, tirando a autonomia do titular para o seu livre exercício.

Portanto, é importante notar que o direito à vida é natural a todos os seres com dignidade humana a ser resguardada, como é o caso dos embriões, sendo assim, os demais direitos dependentes daquele direito primordial. Ao lado desse direito está, inclusive, a garantia de uma vida com dignidade.

Enfim, o valor da vida, seja sob o foco da origem, do início ou do fim, tem sua importância manifestada de acordo com a cultura e os valores morais de cada povo. É o Direito, inclusive, que revela esse sistema de valores, cujo alicerce é naturalmente cultural e moral, influenciando na sistematização doutrinária que elege o que é sujeito de direitos ou o que não é, bem como quem é titular da condição de pessoa e quem não o é.¹¹¹

Em outras palavras, no processo de construção de uma consciência ética da proteção do início da vida, há as dificuldades sob os aspectos culturais, morais e religiosos que se antagonizam e que refletem a tradição e a cultura de cada povo. Atualmente, intenta-se chegar a um comportamento ético que respeite essas diferenças e consiga construir e tornar viável um mínimo ético, por meio da existência de um sistema que sempre vise dar continuidade à manutenção da vida.¹¹²

Ademais, a defesa incontestável da ideia de santidade da vida, por exemplo, é uma construção que foge à neutralidade científica, corroborando com uma visão cultural.

¹¹⁰ BASTOS, Celso. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Parecer jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000 apud PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

¹¹¹ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 124.

¹¹² ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p. 124-125.

O discurso em defesa da vida quase sempre tem alicerces ontológicos, tornando a vida um bem para além da razão, superior e incontestável quando em conflito com outros pontos, como a autonomia e a liberdade. Na verdade, o Direito se preocupa com essa questão em diversos aspectos, principalmente quando se constata a tensão entre a vida, enquanto bem jurídico, e a dignidade, como um princípio, e, na prática, como uma garantia à autonomia e à liberdade das pessoas.¹¹³ No entanto, em vários momentos e situações jurídicas já foi detectado que nem sempre a vida é um bem jurídico absoluto e intangível, quando em conflito com outros bens ou valores também protegidos. Também não deve ser vista como atributo suficiente e senhor de si, pois o Direito brasileiro já fez escolhas que refutam essa supremacia em situações de conflitos.¹¹⁴

Ana Thereza Meirelles ainda afirma que a tutela da vida em toda sua extensão considera não somente o ponto de vista biológico, pois a sua compreensão também envolve uma dimensão axiológico-filosófica.¹¹⁵

O problema é que os avanços das técnicas de reprodução humana assistida e a possibilidade da concepção fora do corpo da mulher vieram novamente trazer à tona discussões sobre a disponibilidade ou não da vida humana, tornando ainda mais difícil essa resposta.

Em razão do tema proposto, é indispensável a abordagem estabelecer pelo menos algumas noções referentes ao embrião humano, ao nascituro e à pessoa. Dessa forma, como dito anteriormente, o desenvolvimento deste trabalho ocorrerá considerando que a vida começa com a concepção, conforme defende a teoria concepcionista.

2.3 Do nascituro, do embrião e da personalidade jurídica

Com o desenvolvimento científico vivenciado atualmente se consegue vislumbrar o quanto as leis são retrógradas e desatualizadas, pois não conseguem

¹¹³ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 125-126.

¹¹⁴ É exemplo as possíveis causas justificantes de realização do aborto, como em casos de risco de vida da genitora, de estupro e de o feto ser portador de anencefalia, ou por meio de autorização judicial quando o feto é portador de uma síndrome que impossibilite a vida intrauterina.

¹¹⁵ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. op. cit., p. 126.

dar a resposta necessária para a tutela de certas situações existentes, como, por exemplo, uma devida proteção jurídica ao embrião.

Um dos pontos mais discutidos na atualidade diante dessas evoluções científicas é justamente a falta de regulamentação devida quanto à personalidade jurídica do embrião.

Ademais, cientificamente pode-se diferenciar as fases iniciais de vida da pessoa como ovócito, espermatozoide, zigoto, embrião, concepto (nascituro) e feto.

Ovócito - Este termo refere-se à célula germinativa feminina ou célula sexual produzida nos ovários. Quando maduro, o ovócito é denominado ovócito secundário ou ovócito maduro.

Espermatozoide - Este termo refere-se à célula germinativa masculina ou célula sexual produzida nos testículos. Numerosos espermatozoides são expelidos da uretra masculina durante a ejaculação.

Zigoto - Esta célula, formada pela união de um ovócito e um espermatozoide, é o início de um novo ser humano (ou seja, um embrião). A expressão ovo fertilizado refere-se a um ovócito secundário (ovo) que foi penetrado por um espermatozoide; quando a fertilização é completa, o ovócito torna-se um zigoto.

Embrião - Este termo refere-se ao ser humano em desenvolvimento durante seus estágios iniciais. O período embrionário estende-se até o final da oitava semana, época na qual já estão presentes os primórdios de todas as principais estruturas.

Concepto - Este termo refere-se a todos os produtos da concepção, da fertilização em diante (o embrião ou o feto) e suas membranas (por exemplo, a placenta).

Feto - Após o período embrionário (oito semanas), o ser humano em desenvolvimento é chamado de feto. Durante o período fetal (da nona semana até o nascimento), ocorre o crescimento e diferenciação dos tecidos e órgãos forma dos durante o período embrionário.¹¹⁶

Assim sendo, cumpre realizar a diferenciação entre o que é nascituro (concepto) e o que é embrião.

O ser humano pode ser visivelmente identificado pelos estágios de seu desenvolvimento. O estágio inicial é onde se encontra o que se conhece por embrião. Posteriormente, ao ser implantado ou fecundado no útero materno, o feto ou nascituro passa a existir. Finalmente, após seu nascimento com vida, passa a ser identificado como pessoa.¹¹⁷

É justamente esse o ponto de ligação entre o Direito e a Bioética ao se realizar a construção dogmática desses sujeitos, de forma a reconhecer seu *status* jurídico identificando as bases teóricas já apresentadas.

¹¹⁶ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia básica*. Trad. Maria das Graças Fernandes Sales et. al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 2.

¹¹⁷ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 119.

Destaca-se que, para o Direito, diante das diversas posições de origem da vida, trata-se de uma árdua tarefa diferenciar quando esses sujeitos passam a ter um *status* jurídico adequado e devidamente tutelado.

Quando se trata do início da vida, refere-se ao começo da vida humana, ou seja, ao início da existência individualizada do ser humano. Como o Direito tratará esse começo é passo posterior, que pressuporá o aprofundamento de categorias dogmáticas inerentes ao próprio sistema jurídico.¹¹⁸ Sabe-se que o estatuto jurídico do embrião é questão recentemente relançada pelas leis da bioética. A lei francesa deu-lhe proteção, mas não o reconheceu como pessoa humana, tendo como consequência a criação de uma terceira categoria. Houve uma resistência do direito positivo nessa classificação, pois, até 1994, o direito francês não se preocupava com o embrião e sua definição. Ele era protegido como uma coisa, já que não era pessoa, visto que sua personalidade surgiria diante do nascimento com vida.¹¹⁹

Em 1976, um Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos proibiu a execução da pena de morte enquanto a mulher estivesse grávida, passando a dissociar o destino da criança ao destino da mãe. Uma Lei de 1975 garantiu o respeito a todo ser humano desde o começo da vida. Já em 1987, a Corte de Apelação de Toulouse, em um caso de inseminação artificial com o doador, e sem que fosse verdadeiramente necessário à solução do litígio, não hesitou em tomar partido sobre o interesse protegido, reconhecendo que a criança – por nascer desde a sua concepção, isto é, o embrião –, passou a possuir de forma virtual todos os atributos da pessoa humana.¹²⁰

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência francesas entendem, de forma majoritária, que os embriões se tornam pessoas sob a condição suspensiva de nascerem vivos (e viáveis), o que torna acirrado o debate sobre a coisificação deles. Contudo, a qualidade de sujeito de direito tem sido conferida a uma coisa, até aos mortos ou a gerações futuras, se um interesse dificilmente forte se conecta. Ao mesmo tempo, distinguiu-se os “sujeitos de fruição” (*sujet de jouissance*) dos “sujeitos de disposição”

¹¹⁸ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 119-120.

¹¹⁹ BARBOZA, Heloísa Helena. Bioética e biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 28.

¹²⁰ BARBOZA, Heloísa Helena. op. cit., p. 29.

(*sujet de dispositioin*), em que os primeiros podem fruir de um direito sem poder exercê-lo, diferentemente dos segundos.¹²¹

Sérgio Semião Abdalla explica que, na doutrina concepcionista, não há como negar a titularidade de pessoa ao ser humano *in vitro* por ele não estar dentro do ventre materno, , pois essa atitude não estaria de acordo ao esposado pela doutrina que o considera como pessoa desde a concepção.¹²²

Nesse sentido, o mesmo autor apresenta que uma possível solução seria considerar o embrião congelado como um *status* jurídico novo entre a pessoa e a coisa, já que qualquer pensamento ao contrário estaria apto a levar a um engessamento do desenvolvimento científico ou, por outro lado, a violações de garantias fundamentais.¹²³

Tomando-se como base a teoria concepcionista, a mesma adotada como fundamento pela posição defendida no trabalho, não se pode negar o fato do embrião humano, independentemente de ser corpóreo ou extracorpóreo, apresentar características próprias e ínsitas à humanidade.

A partir da identificação do começo da vida humana com o momento da concepção, se homologa o ser humano e a pessoa que se constituirá com a formação do embrião, não podendo, assim, negar o *status moral* que qualquer ser humano possui.

A possibilidade de realização da reprodução humana assistida trouxe a preocupação com a situação extracorpórea do embrião. Essa reflexão em torno da proteção se dá por conta da sua ligação com o entendimento do conceito de pessoa. A maioria das discussões em torno da origem da vida são relacionadas com os fundamentos que concorreram para o reconhecimento da personificação do ser humano, tornando-o como pessoa, conforme previsto no art. 2º do Código Civil. Neste sentido, ter a personalidade jurídica é dar a esses entes a característica de serem sujeitos de direitos e obrigações.

Essa proteção deve ocorrer independente da fase de desenvolvimento do embrião, porque a vida se caracteriza por um processo contínuo, sendo errôneo

¹²¹ BARBOZA, Heloísa Helena. Bioética e biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

¹²² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 173-175.

¹²³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. op. cit., p. 182.

buscar novas leis com o intuito de protegê-lo, uma vez que os princípios constitucionais são suficientes para garantir tal proteção.¹²⁴

Esse mesmo autor ainda aponta que, devido ao Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, a vida humana deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico de forma plena, a partir da fecundação, o que determina que o embrião, independente da fase de seu desenvolvimento, deve ser protegido.¹²⁵

Assim, conforme já apresentado acima, embasado na teoria concepcionista, entende-se que em qualquer de suas fases, embrionárias ou não, dentro ou fora do útero, o ser humano merece proteção jurídica, devendo a vida ser tutelada em qualquer circunstância.

Por mais que se queira negar, o embrião, seja ele *in vivo* e *in vitro*, deve ser titular de direitos patrimoniais e personalíssimos, pois é dotado de natureza humana, possuindo os mesmos direitos. Por outro lado, deverá receber uma tutela apropriada, em virtude de que as técnicas de reprodução humana assistida trazem aos mesmos uma situação de vulnerabilidade, principalmente ao embrião humano diante de uma omissão legislativa específica.

Nesse sentido, surge a discussão entre quem é o nascituro e quem é o embrião *in vitro*. Segundo Maria da Conceição Camps, deve-se partir do princípio consensualmente aceito de que o embrião humano é um ser vivo pertencente à espécie humana, composto de uma estrutura multicelular que o faz portador de um genoma humano, dotado, assim, de um conjunto de genes único e irrepetível.¹²⁶

Wanderlei de Paula Barreto analisando essa controvérsia, diferencia o embrião *in anima nobile* do *in vitro*. O embrião *in anima nobile* é o que está implantado no útero materno, em fase de gestação, e prontamente poderá ser considerado como pessoa, fundamentando-se na teoria concepcionista. Já o embrião *in vitro* foi criado em laboratório e pode ser implantado no útero a qualquer

¹²⁴ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146-147.

¹²⁵ NALINI, José Renato. op. cit., p. 147.

¹²⁶ CAMPS, Maria da Conceição. O estatuto do embrião humano em Tomás de Aquino e Gregório de Nissa. A relação alma-corpo e o início da vida humana. *MEDIAEVALIA*: Textos e estudos (Revista do Gabinete de Filosofia Medieval da Faculdade de Letras da Universidade do Porto), Porto, n. 25, p. 131-142, 2006, p. 132.

momento, não sendo considerado pessoa, pois seu desenvolvimento para tal ente só ocorrerá quando houver a implantação em um útero materno.¹²⁷

Tendo mais exatidão na diferença entre eles, o Relatório-Parecer sobre experimentação no embrião n. 15, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal, em 1995, explanou que se trata de tema árduo à diferenciação do embrião ou feto devido às fases de desenvolvimento, já que há quem considere que o produto da concepção apresenta:

(...) fases no seu processo evolutivo, ou seja, a de embrião pré-implantatário (o que ainda não se incrustou na mucosa uterina, fenómeno que se observa cerca dos 10-14 dias), a de embrião implantado (incrustado no útero e correspondendo ao período que medeia entre as 2 e as 8 semanas) e a de feto (das 8 semanas até ao nascimento, que geralmente ocorre pelas 38 semanas).¹²⁸

Desta forma, pode-se considerar que:

(...) o embrião humano é o ser vivo resultante da fecundação do ovócito pelo espermatozóide, que se desenvolve até à 10ª semana de amenorreia ou seja, que na 8ª semana de desenvolvimento intra-uterino devém feto. A ciência actual permite-nos situar neste momento, o fim da organogénese. O fim da organogénese é, pois, o marco delimitador a partir do qual o embrião acolhe o nome de feto e o correspondente estatuto ético-jurídico.¹²⁹

Em se tratando de fecundação *in vitro*, há necessidade de implantação do embrião para que se desenvolva ou, ao menos, para o congelamento. No entanto, sua viabilidade de desenvolvimento ou sua vida depende da implantação no útero, e somente a partir desse momento pode-se considerar um nascituro.

É certo que o embrião não pode ser confundido com um nascituro ou com uma pessoa, mesmo do ponto de vista da teoria concepcionista, pois, apesar de possuírem a mesma natureza, estão em estados de desenvolvimento diferenciados. Isto quer dizer que a pessoa difere do embrião porque tem discernimento, livre arbítrio e interage em sociedade, ente de autonomia, enquanto o embrião apenas

¹²⁷ BARRETO, Wanderlei de Paula. *Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural*. Disponível em: <http://advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 21 maio. 2022.

¹²⁸ PORTUGAL, Relatório-Parecer sobre experimentação no embrião – n. 15 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 1995. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059306_P015_ExperimentacaoEmbriao.pdf. Acesso em: 12 maio. 2022.

¹²⁹ CAMPS, Maria da Conceição. op. cit., p. 132.

possui uma vida em expectativa, em potencial, é um ser em situação de vulnerabilidade.

Neste sentido, Mário Luiz Delgado afirma que nem mesmo o conceito de nascituro pode ser aplicado ao embrião, já que ele não é implantado no útero.¹³⁰

O mesmo autor ainda declara que:

Entendemos que o embrião só pode ser tratado como nascituro, a merecer a adequada proteção do Estado, depois de fixado no útero materno. Antes disso, teremos apenas uma célula fora do corpo da mulher (ainda que uma célula humana), que jamais pode ser equiparada ao *conceptus* referido no Código Civil para fins de aquisição de direitos. Com muito mais razão em se tratando de material fecundante mantido em congelamento.¹³¹

Além disso, Silmara Juny A. Chinellato Almeida afirma que os embriões congelados não podem ter a mesma condição que o nascituro. Somente a partir desse momento é que existiria um novo ser, sendo que a proteção dada ao embrião *in vitro* deve ser a de uma pessoa virtual ou *in fieri*.¹³² Assegura-se, ainda, que não se poderá falar em “nascituro” enquanto o ovo (óvulo fertilizado *in vitro*) não tiver sido implantado na mãe. É considerado nascituro apenas quando existe a gravidez, seja ela resultado de meios naturais, inseminação artificial ou fecundação *in vitro*. Da mesma forma, não se poderá reputar “nascituro” o embrião congelado para fins de reprodução humana.¹³³

Já para Maria de Fátima Freire Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves a proteção do embrião deve existir, porque a vida se caracteriza por um processo contínuo. No entanto, “não há como considerá-lo detentor de direitos subjetivos, deveres jurídicos, direitos potestativos, sujeição, poderes, ônus ou faculdades”.¹³⁴

Cumprindo observar que José Renato Nalini afirma seguindo os preceitos da Real Academia de Doutores da Espanha, que defendem que o embrião não é apenas uma parte do corpo da mulher, logo, não poderia ser mero objeto de disposição dos próprios genitores, porque desde a concepção tem-se uma pessoa, e

¹³⁰ DELGADO, Mário Luiz. A responsabilidade civil da mãe gestante por danos ao nascituro. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

¹³¹ DELGADO, Mário Luiz. op. cit., p. 293.

¹³² ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

¹³³ ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. op. cit., p. 11.

¹³⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 125.

a fecundação já determina a personalidade, que, apesar de não ser plena, é especial, antecipada, condicional, futura ou provisional¹³⁵.

Assim para o mesmo autor, o embrião é um sujeito de direito com capacidade condicional, independentemente de ser *in vitro* ou *in anima nobile*, e deve ser protegido pelo Direito, em decorrência de possuírem direitos em estado de pendência.¹³⁶

Ramón Lucas discorrendo acerca do tema demonstra que o embrião é um novo organismo, que possui uma carga genética diferente de seus genitores e que será um novo ser, caso haja o seu desenvolvimento de forma coordenada, contínua e gradual. É singular, único e exclusivo, possuindo individualidade genética própria.¹³⁷

Destaca-se então que as características da continuidade e desenvolvimento intenso do embrião, juntamente com a sua nova informação genética, fazem surgir uma nova vida, ressaltando assim, a importância do embrião sobre as demais células do corpo humano.¹³⁸

Portanto, o embrião é uma pessoa em formação, independentemente de ser *in vitro* ou *in vivo*, e deve ser protegido pelo Direito em decorrência de possuir direitos a serem concretizados e, principalmente, resguardados.

Surge então, a necessidade de proteger o embrião humano como titular de personalidade jurídica, considerando a existência de uma individualidade genética autônoma que ocorrerá depois da junção dos gametas feminino e masculino.

A personalidade jurídica nas lições de Flávio Tartuce é:

(...) a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a *personalidade jurídica plena* inicia-se do nascimento com vida, ainda que por poucos instantes; segundo os adeptos da teoria natalista. Não se exige, como em outras legislações, que o recém nascido seja apto para a vida conforme determina o Código Civil Francês.¹³⁹

¹³⁵ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144-145.

¹³⁶ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145.

¹³⁷ LUCAS, Ramón. *El estatuto antropológico del embrión humano*. Disponível em: www.bioeticaweb.com Acesso em: 22 maio. 2022.

¹³⁸ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 170.

¹³⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 118.

O embrião, a partir do momento em que os gametas se juntam, torna-se geneticamente uno, visto que metade de seus cromossomos foram originados da mãe e a outra metade do pai, o que culmina em uma nova combinação genética.

Nesse sentido, Maria Cristina Hidalgo Ordás afirma que o embrião tem a dignidade de qualquer ser humano completamente desenvolvido, pois a fecundação estabelece um novo indivíduo genético e um novo destino humano. Assim, a partir deste momento, começa a expressar a si mesmo em sucessivas e graduais etapas de um processo contínuo.¹⁴⁰

A resposta não poderá ser dada pela Biologia, pois todos os elementos caracterizadores do novo ser estão já presentes no embrião, sendo o corpo da mulher apenas o local onde se aloja para seu desenvolvimento. A Biologia não resolve a questão de saber se cabe ou não ao novo ente a qualificação de pessoa.¹⁴¹

Também não será o Direito a dizer se o embrião tem ou não personalidade jurídica, pois a questão aqui não é formal, de qualificação jurídica apenas, mas de valoração da realidade substancial subjacente.¹⁴²

Portanto, tal posicionamento ora defendido é fundamentado pela medicina, na medida que reconhece o embrião como ser de individualidade genética, e pela biologia, por meio da embriologia, considerando-o um ser humano que carece de proteção, possuidor de personalidade jurídica.

Adverte-se ainda que, com relação a expressões utilizadas, não se deve utilizar “potencialidade de pessoa” ou “pessoa potencial”, pois sugerem uma distância e um caminho a percorrer entre o embrião e o ser humano no qual ele se transformará. Dessa forma, é importante empregar a expressão pessoa ou pessoa humana com um potencial.¹⁴³

Mário Luiz Delgado, ao não admitir o embrião como pessoa ou nascituro, salienta que, se a inseminação for realizada sem o consentimento expresso do

¹⁴⁰ “(...) El embrión tie ne la dignidad de cualquier ser humano completamente desarrollado. La fecundación establece un nuevo individuo genético y un nuevo destino humano que a partir de ese momento comienza a expresarse a sí mismo en sucesivas y graduales etapas de un proceso continuo”. HIDALGO ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico científico del concebido artificialmente: El marco de la experimentación génica*. Barcelona: Bosch, 2002, p. 102.

¹⁴¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 26.

¹⁴² OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. op. cit., p. 26.

¹⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 124.

marido/esposa ou do companheiro, o filho terá direito ao vínculo de filiação e não aos direitos sucessórios¹⁴⁴, evitando, assim, conflitos patrimoniais entre o filho já nascido à época da morte e o que vier nascer depois por puro interesse patrimonial do pai ou mãe.

Fato é que não se pode negar a semelhança de todos os seres humanos nascidos, afirmando ainda, que um dia foram embriões no início de seu desenvolvimento. Seguindo o raciocínio, os embriões de hoje, representam os humanos de amanhã.¹⁴⁵

A relação entre os seres nascidos e os embriões concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e sua representação axiológica, não levando em consideração maior ou menor possibilidade de sua adequação à categoria abstrata da personalidade jurídica.¹⁴⁶

É comum a doutrina dividir o reconhecimento do embrião, em maior ou menor grau de semelhança com a pessoa, em três correntes: a) a que admite que a origem de toda pessoa humana e o termo inicial da necessária tutela estaria na concepção, assim, o embrião teria igual valor ao de uma pessoa plenamente desenvolvida; b) a que reconhece diferenciada proteção, dividindo as fases de desenvolvimento do novo ser: somente a partir do 6º dia após a concepção; depois da nidação do zigoto ao útero; nos quatorze dias após a concepção, quando se vislumbra o início de formação do sistema nervoso central; após o 18º dia, com a formação da placa neural; somente após a configuração dos órgãos; confirmada a viabilidade do ser que se forma; após a infusão da alma; ou se possível a reidentificação, dentre outros; e, por fim, c) a que defende ser o embrião uma pessoa humana potencial, com autonomia a lhe assegurar um estatuto próprio.¹⁴⁷

Assim, a eliminação do embrião *in vitro* traz um desrespeito à vida que nele existe e tem possibilidade de se desenvolver. Logo, há a necessidade de respeitar o embrião desde o início do seu ciclo vital. Toda e qualquer prática agressiva aos

¹⁴⁴ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

¹⁴⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do Embrião. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Bioética, Biodireito e Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168-169.

¹⁴⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. op. cit., p. 169.

¹⁴⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. op. cit., p. 169.

seres embrionários atinge, por via de consequência, o ser humano considerado em sua dignidade.¹⁴⁸

Já com relação ao nascituro, De Plácido e Silva o mostra como sendo derivado do latim *nasciturus*, significando “aquele que está por nascer”, ou seja, “designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”.¹⁴⁹

A esse respeito, Rubens Limongi França delinea os contornos do que seria nascituro quando apresenta ser: “(...) aquele que há de ou deve nascer. Distingue-se da prole eventual, também protegida pelo direito (CC, art. 1.718, *in fine*), e a diferença específica, à face da ciência jurídica, está no fato de ser o nascituro o ente já concebido. Assim, para os jurisperitos, nascituro é a pessoa que está por nascer, já concebido no ventre materno”.¹⁵⁰ No mesmo sentido, Flávio Tartuce conceitua o nascituro como “aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu”.¹⁵¹

Silmara Juny A. Chinellato Almeida define o nascituro como a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), à qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz.¹⁵²

Sobre o mesmo tema, Silvio de Salvo Venosa o explica como:

(...) ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. (...) Por isso entende-se que a condição do nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.¹⁵³

Com relação ao nascituro, a polêmica, assim como com o embrião, é grande, pois os adeptos da teoria concepcionista o considera titular de direitos e obrigação.

A despeito disso, defende Dhanilla Henrique Gontijo que:

¹⁴⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. op. cit., p. 170.

¹⁴⁹ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p. 1051.

¹⁵⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48.

¹⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 118.

¹⁵² ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. *Revista Scientia Iuris*. Disponível em: file:///C:/Users/Leticia/Downloads/11105-42738-1-PB.pdf . Acesso em: 12 maio. 2022.

¹⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 143.

(...) a despeito do estabelecido na primeira parte do art. 2º do CCB, a personalidade da pessoa natural inicia-se na concepção, pois, além da segunda parte do dispositivo mencionado prever claramente ser o nascituro titular de direitos subjetivos (e não de meras expectativas de direito), há outros dispositivos que preveem a titularidade de direitos subjetivos pelo nascituro, como os artigos 542, 1.779, 1.798 e 1.799, I, do mesmo Código Civil. Assim, a interpretação sistemática das normas do ordenamento jurídico brasileiro, diretamente referentes aos direitos do nascituro, permitem concluir que este é titular de direitos subjetivos; é, portanto, pessoa. Evidentemente, como não se pode admitir a interpretação isolada de um dispositivo legal, sendo sempre necessária a utilização do método sistemático, combinado com os outros métodos existentes, mostra-se coerente a posição concepcionista.¹⁵⁴

Heloísa Helena Barboza, em uma palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional, na cidade do Rio de Janeiro, em setembro de 2006, esclareceu seu entendimento de que a figura do nascituro não se confunde com o embrião, merecendo ambos um tratamento diferenciado, principalmente no tocante aos direitos sucessórios de ambos.¹⁵⁵

Ainda se persiste o entendimento de que ao se referir ao tratamento jurídico desses entes, não se consegue diferenciar as figuras do embrião com do nascituro, sendo necessário o mesmo tratamento ao qual abrange às pessoas já devidamente constituídas.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o embrião é um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro. Ainda que não implantado, o embrião está concebido e, se identificado os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, pois o art. 1.798 do Código Civil admite estarem legitimados a suceder não apenas as pessoas nascidas, mas também aquelas concebidas ao tempo da abertura da sucessão.¹⁵⁶

Nesse mesmo sentido, Silmara Juny de Abreu Chinellato defende que a personalidade do nascituro é incondicional, não dependendo de nenhum evento para que seus direitos personalíssimos (vida, liberdade, saúde) sejam garantidos.

¹⁵⁴ GONTIJO, Dhanilla Henrique. *Direitos do nascituro: uma breve análise da teoria concepcionista à luz da Lei nº 11.804/2008 (Lei de Alimentos Gravídicos)*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22274>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁵⁵ BARBOZA, Heloísa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro “Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional”, sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006.

¹⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 318.

Porém, para ser titular de direitos patrimoniais, ele depende do nascimento com vida.¹⁵⁷ Ainda, Flávio Tartuce explana que “ao embrião igualmente deve ser reconhecida uma personalidade jurídica plena, inclusive no tocante à tutela sucessória, assim como acontece com o nascituro”.¹⁵⁸

Zeno Veloso adverte que: “O embrião é um ente humano; já houve fusão dos gametas masculinos e feminino, tratando-se de um ser já concebido. Só depende que alguém o liberte da prisão gelada, e que seja implantado no útero, para se desenvolver e nascer, não carecendo de mais nada para tornar-se uma pessoa”.¹⁵⁹

Inclusive, já tramita no Congresso Nacional um projeto de lei que possa dar proteção adequada ao nascituro, encerrando as discussões teóricas de quando se inicia a vida.

O Projeto de Lei n. 478/2007, denominado de Estatuto do Nascituro, de origem dos deputados Luiz Bassuma (PT) e Miguel Martini (PHS), dispõe ser o nascituro “o ser concebido, mas ainda não nascido”. Em seu parágrafo único abrange no conceito de nascituro os seres humanos concebidos *in vitro*, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.¹⁶⁰

Apesar de adepta da corrente concepcionista, e de não ser capaz de diferenciar nascituro de embrião, a redação do Projeto de Lei foi infeliz, visto que a clonagem humana, independentemente de ser terapêutica ou reprodutiva, trata-se de conduta criminalizada perante a Lei de Biossegurança.¹⁶¹

No art. 3º do referido projeto ainda consta que “o nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal”. E, em seu parágrafo único, o nascituro gozará da expectativa do direito

¹⁵⁷ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 181-190.

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 6, p. 71.

¹⁵⁹ VELOSO, Zeno. Livro V – Do direito das sucessões. Título I – Da Sucessão em Geral. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1900.

¹⁶⁰ BRASIL, *Projeto de Lei n. 478/2007*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B44CA223BCCF8AB5F77C5F7498D093A1.node2?codteor=447598&filename=Avulso+-PL+478/2007. Acesso em: 20 maio. 2022.

¹⁶¹ Art. 26. Realizar clonagem humana:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (BRASIL, *Lei n. 11.105/2005*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 20 out. 2019).

à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.¹⁶²

Ademais, ressalta-se que o Projeto de Lei n. 478/2007 tem apensados sobre ele mais de vinte e um projetos de lei que tratam sobre os direitos do nascituro, são eles: PL 788/2019 pela Deputada Flordelis (PSD); PL 489/2007 pelo Deputado Odair Cunha (PT); PL 8.116/2014 pelos Deputados Alberto Filho (PMDB), Arolde de Oliveira (PSD) e Aníbal Gomes (PMDB); PL 4.149/2019, PL 1.979/2020 e PL 564/2019 pela Deputada Chris Tonietto (PSL); PL 518/2020 pelo Deputado Diego Garcia (PODE); PL 1085/2011 pelo Deputado Cleber Verde (PRB); PL 3.748/2008 pela Deputada Sueli Vidigal (PDT); PL 1763/2007 pelo Deputado Jusmari Oliveira (PR); PL 11.105/2018 pelo Deputado Eros Biondini (PROS); PL 11.148/2018 pelo Deputado Gilberto Nascimento (PSC); PL 434/2021 pelas Deputadas Chris Tonietto (PSL) e Alê Silva (REPUBLIC); PL 260/2019 pelo Deputado Márcio Labre (PSL); PL 1006/2019, PL 1.007/2019 e PL 1.009/2019 pelo Deputado Capitão Augusto (PR); PL 2.125/2021 pelo Deputado Junio Amaral (PSL); PL 4.148/2021 pelo Deputado Alex Manete (CIDADANIA); PL 537/2020 pela Deputada Paula Belmonte (CIDADANIA); PL 883/2022 pela Deputada Carla Zambelli (PL);

Em 2018, o Deputado Eros Biondini (PROS) um dos principais defensores da regulamentação do Estatuto do Nascituro, propôs o Projeto de Lei. n. 11.105, que foi apensado ao Projeto de Lei n. 478/2007, com a justificativa:

O nascituro é pessoa humana, assim também declarado pelo ordenamento nacional e por normas internacionais das quais o Brasil é signatário. É sujeito preferencial de direitos humanos. O nascituro é a pessoa em situação mais vulnerável. O Direito deve cuidar dos mais fracos. O Código Civil garante os direitos desde a concepção. O nascituro é fim em si mesmo. Não pode ser meio: ele é sujeito. O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevida ou de delitos cometidos por seus genitores. A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos

¹⁶² BRASIL, *Projeto de Lei n. 478/2007*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B44CA223BCCF8AB5F77C5F7498D093A1.node2?codteor=447598&filename=Avulso+-PL+478/2007. Acesso em: 20 maio. 2022.

de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades.¹⁶³

Verifica-se, então, que ambos os projetos de Estatutos do Nascituro permanecem em tramitação¹⁶⁴ no Congresso Nacional e divergem em pontos cruciais, e, mesmo que venham a passar no Congresso Nacional, ainda poderão ser objeto de ações de controle de constitucionalidade. No primeiro projeto, ainda há uma série de direitos que visam a proteção do nascituro que não foi ignorado pelos outros projetos, além de condutas tipificadas como crime, podendo ter uma tutela maior sobre o embrião, desde de uma conduta com vista a matar, injuriar, manipular indevidamente o nascituro, até a induzir uma gestante ao aborto.

O Projeto de Lei n. 11.105/2018 é simples cópia do Projeto de Lei n. 8.116/2014, a diferença é que este último teve apensado a ele um novo Projeto de Lei, com a mesma redação de n. 788/2019¹⁶⁵, estabelecendo a proteção ao nascituro e apresentado pela Deputada Flordelis (PSD), encontrando-se na Coordenação de Comissões Permanentes (CCP).

Há, também, o atualmente arquivado Projeto de Lei n. 10.774/2018, o qual pretendia alterar o Código Civil de 2002, dando a seguinte redação ao art. 2º: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa com a concepção do embrião vivo”.¹⁶⁶

Dessa forma, não são faltas de tentativas em solucionar as pendências jurídicas relacionadas ao nascituro, diante dos inúmeros projetos de lei apresentados em nosso Congresso Nacional. O que falta, na realidade, é interesse.

Se ao menos um desses projetos fosse aprovado, as controvérsias sobre a tutela jurídica do embrião *in vitro* também seriam resolvidas, dando a proteção devida ao embrião e ao nascituro, pois, em suma pelos projetos, o nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido, o qual inclui em seu conceito os seres

¹⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 11.205/2018*. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188140>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

¹⁶⁴ Os dois projetos de lei estão aguardando parecer do Relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher.

¹⁶⁵ BRASIL, *Projeto de Lei n. 788/2019*. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1710624&filename=PL+788/2019. Acesso em: 20 dez. 2019.

¹⁶⁶ BRASIL, *Projeto de Lei n. 10.774/2018*. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1683700&filename=PL+10774/2018. Acesso em: 10 maio. 2022.

humanos concebidos ainda que *in vitro*, resolvendo toda a discussão do presente trabalho.

Em 2014, o Supremo Tribunal português concluiu que existe um ser humano com personalidade jurídica a partir do momento da concepção, considerando o nascituro um sujeito de direitos e obrigações, titular de uma personalidade. Desta maneira, abriu possibilidades para busca de reparação por danos morais ao nascituro, já que a concepção é o início da vida de uma pessoa e o nascimento é mais um marco.¹⁶⁷

Segundo o Supremo Tribunal português:

O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *'portio viscerum matris'*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica. (...)O nascituro tem um direito próprio a ser indemnizado pelo facto de não ter podido conhecer o pai, ou de ter ficado prematuramente privado da sua companhia ao longo da vida, já que isso representa uma grande privação, que se traduzirá numa constante mágoa, dor ou sofrimento.¹⁶⁸

No Brasil a jurisprudência já decidia na mesma linha, reconhecendo a possibilidade de dano moral ao nascituro. Um caso polêmico trouxe essa discussão aos Tribunais quando o humorista Rafael Bastos foi condenado por, em 2011, durante o programa “CQC”, diante de comentários sobre a beleza da cantora Wanessa Camargo, declarar que “comeria ela e o bebê, não tô nem aí”. A situação foi judicializada e a justiça do Estado de São Paulo, em primeira instância, condenou “Rafinha Bastos” a indenizar em dez salários mínimos para cada um dos autores da ação, que eram Wanessa, seu marido e o filho do casal, o qual, na época da propositura da ação, ainda era nascituro.

Dessa decisão, houve recurso das duas partes, enquanto o Recorrido tentou diminuir o valor, a família da cantora pretendeu o aumento da indenização quando o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu seu acórdão no sentido de majorar a indenização para R\$ 150.000,00, sendo R\$ 50.000 para cada autor:

¹⁶⁷ PAZ, Lilian da. *STJ de Portugal reconhece personalidade jurídica do nascituro*. Disponível em: Acesso em: 20 dez. 2019.

¹⁶⁸ PORTUGAL, *Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*. Processo n. 436/07.6TBVRL.P1.S1. Relator ÁLVARO RODRIGUES. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/portugal-direito-nascituro.pdf>. Acesso em: 11 maio. 2022.

AÇÃO INDENIZATÓRIA - NASCITURO - ILEGITIMIDADE ATIVA - Inocorrência - Inteligência do art. 2º, do CC - Capacidade ativa, de ser parte; estar em juízo - Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial. DIREITO DE EXPRESSÃO - ABUSO - Configuração - Uso deste que deve se dar com responsabilidade - Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor - Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - Comprometimento - Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos - Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão - Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221, inc. I, todos da CR. DANO MORAL - Ocorrência - Indenização - Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas consequências. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento. ¹⁶⁹

Posteriormente, o comediante interpôs um Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, o qual manteve acórdão que fixou a indenização de R\$ 150 mil por danos morais a ser paga por Rafinha Bastos, segue recurso na íntegra:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTERECEDENTE - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPOSTADOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIA NO MONTANTE DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. Hipótese: A controvérsia cinge-se a aferir a existência ou não de dano moral indenizável em razão do conteúdo de frase pronunciada em programa humorístico veiculado na televisão aberta. 1. Revela-se inviável o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ante a inadequação da via eleita, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal pedido deve ser formulado de forma apartada, ou seja, mediante ação cautelar (artigo 288 do RISTJ), não se admitindo sua inserção nas razões do apelo extremo. Precedentes. 2. Quanto à apontada violação do art. 535, inciso II, do CPC, aplicável à hipótese o óbice da súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação do recorrente, uma vez que apenas alegou, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido. 3. Inaplicável, ao caso, o óbice sumular nº 7/STJ, porquanto incontroverso o teor do comentário tecido pelo recorrente e, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes. 4. Quanto à tese de responsabilização civil do réu pelo comentário tecido, aplicável o óbice da súmula 320 desta Corte Superior,

¹⁶⁹ BRASIL, TJSP – APL: 2018380520118260100 SP 0201838-05.2011.8.26.0100. Relator João Batista Vilhena, Data de julgamento: 06/11/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2012.

pois o fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ. 5. Apesar de em dados e específicos momentos ter o Tribunal a quo, implicitamente se referido a questões existentes no ordenamento legal infraconstitucional, é certa a índole eminentemente constitucional dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, não tendo o recorrente interposto o regular recurso extraordinário, a atrair o óbice da súmula 126 desta Corte Superior. Precedentes. 6. No que tange ao pedido subsidiário de redução do quantum indenizatório fixado pela Corte local em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, totalizando a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ponto sobre o qual, implicitamente, houve o prequestionamento de dispositivo de lei federal, haja vista que nos termos do artigo 944 do Código Civil "a indenização mede-se pela extensão do dano" – não merece acolhida a irresignação ante a aplicação do óbice da súmula 7/STJ. O Tribunal local analisou detidamente a conduta do ofensor, as consequências do seu comentário, a carga ofensiva do discurso, o abalo moral sofrido pelos autores e, de forma proporcional e razoável, o valor da indenização a ser custeada pelo réu para aplacar o sofrimento, a angústia e a comoção imposta aos ofendidos. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ). 7. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, desprovido.¹⁷⁰

Portanto, o entendimento tem sido pacificado, gradativamente, tanto na doutrina como na jurisprudência sobre a existência de personalidade civil do nascituro.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka cita Kant, fundamentando sua posição em que o valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas, sem que tenham preço, é a dignidade. Complementa que, sobretudo, o ser humano não pode ser tratado como coisa, portanto, “implica conceber uma denominação mais específica ao próprio homem: pessoa.”¹⁷¹

Por fim, nesse trabalho adota-se a expressão pessoa humana, pois, apesar de haver uma distinção quanto à fase de desenvolvimento entre o embrião, o nascituro e a pessoa, defende-se a ideia de o embrião ser possuidor de personalidade jurídica, carecendo, desta forma, da devida proteção jurídica.

2.4 Da vulnerabilidade jurídica do embrião

A própria vida nos coloca em situação de vulnerabilidade, podendo ser potencializada de acordo com a situação ou relação em que se encontra. Não se

¹⁷⁰ BRASIL, STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP 2014/0199523-6 - RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI.

¹⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 174.

nega ao embrião *in vitro* uma posição de pessoa mais vulnerável do que a de um nascituro ou uma pessoa, pois o seu estágio de desenvolvimento físico e mental ainda não está completo. O mesmo acontece com a omissão legislativa sobre sua tutela jurídica, que, de certa forma, possibilita que situações de perigo ocorram com mais facilidade.

Essa vulnerabilidade está presente em todos os seres vivos, pois o simples fato de estar vivo implica na condição de estar suscetível a um perigo ou a um eventual dano.¹⁷² Portanto, pode-se concluir que todas as pessoas são vulneráveis, desde que estejam vivas. Sendo assim, o embrião *in vitro*, por estar num estágio primário do desenvolvimento da vida humana, possui uma vulnerabilidade maior.

O próprio conceito de vulnerabilidade traz essa consideração, pois advém do latim *vulnerabilis*, “que pode ser ferido”. Essa vulnerabilidade pode ser potencializada em alguns indivíduos, daí pode-se afirmar que esta apresenta graduações.¹⁷³

Neste sentido, quando se fala em embriões *in vitro*, tal vulnerabilidade aumenta, pois alguns seres humanos necessitam de proteção especial, em decorrência de terem “impedida ou diminuída a possibilidade de exercer seus direitos”, como é o caso desses embriões.¹⁷⁴

Logo, enquanto ser humano vivo que é, o embrião *in vitro* exhibe sua vulnerabilidade, pois está suscetível a riscos de lesões ou perigo de lesões, encontrando-se em um estado de vulnerabilidade potencializada, visto que inexistem nelas, muitas vezes, autonomia para expressar suas vontades, estados de espírito e decidir sobre seu destino.

Vulnerabilidade e incapacidade são termos distintos. A pessoa incapaz não possui capacidade civil para exercer determinados direitos e obrigações, já a pessoa vulnerável tem por direito a condição de superar os fatores de risco que possam afetar seu bem-estar, como é o caso do embrião *in vitro*, que depende de um conjunto de fatores que irão viabilizar a efetivação de seus direitos. Essa ideia de vulnerabilidade não se restringe a uma situação de desenvolvimento apenas, pois

¹⁷² GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 72.

¹⁷³ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

¹⁷⁴ Ibidem, p.113-114.

envolve um universo de interações sociais ocorridos tanto em ambientes públicos quanto privados.¹⁷⁵

Não se confunde o conceito de minorias com vulneráveis, embora dentre os mesmos existam aspectos comuns e de ambos serem alvos de intolerância social e discriminações fáticas ou jurídicas. Ao se referir a grupos de vulneráveis, tem-se em mente algo mais abrangente do que as minorias, visto que, apesar destes poderem abarcar as minorias, não precisam ser formados por grupos numericamente minoritários para serem considerados vulneráveis.¹⁷⁶

Nesse sentido, há uma problemática acerca das práticas biomédicas, que estão mais audaciosas a cada dia. Graças a um desenvolvimento tecnológico inusitado, elas envolvem a vida humana de forma integral, apreendendo-a, dominando-a e corrigindo-a de acordo com os interesses dos que estão à frente dessas técnicas, na busca incessante de melhorar sua qualidade e fazendo suas fronteiras recuarem, como se fôssemos aprendizes de Deus.¹⁷⁷

Outro problema é que nem todos os embriões obtidos por meio de técnicas de reprodução humana assistida serão, ao final, considerados viáveis, caracterizando-se assim inviáveis. Assim, questiona-se: quem traz essa característica de viabilidade a um embrião? Diante do questionamento sobre o que pode ser considerado um embrião inviável, esse conceito ainda levanta algumas indagações: Caberá nesse conceito apenas aqueles que não apresentam capacidade de trazer uma viabilidade de vida? Ou trata-se daquele que apresenta uma morte embrionária?

A respeito do tema, é importante destacar que a inviabilidade deve ser observada não com relação direta ao embrião, e sim, da inviabilidade da obtenção de uma gestação a partir desse embrião. Pode-se distinguir a inviabilidade genética, caracterizada pelas alterações do embrião comprovadas por meio de diagnóstico pré-implantacional, possivelmente incompatíveis com a vida ou que não foram comprovadas por falhas na realização da técnica, da inviabilidade evolutiva, relacionada à transferência uterina, que é incapaz de produzir a gravidez.¹⁷⁸

¹⁷⁵ SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em Perspectiva*, v. 20, n. 1, p. 148-155, jan./mar. 2006, p. 149-150.

¹⁷⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. Minorias sexuais e ações afirmativas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p. 32.

¹⁷⁷ LEITE, Eduardo Oliveira. *Da Bioética ao Biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação*, palestra proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito, Londrina, 1997.

¹⁷⁸ DONADIO, Nilka Fernandes et al. Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisas de células-tronco. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de

É oportuno salientar, ainda, que essa seleção, em regra, é realizada a partir de critérios morfológicos estabelecidos por meio de tempo de clivagem, fragmentação, simetria, multinucleação, aspectos citoplasmáticos dos blastômeros e avaliação precoce dos pró-núcleos.¹⁷⁹

No Brasil, a Resolução RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) n. 29, de 12 de maio de 2008, do Ministério da Saúde, que aprova o Regulamento técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e o envio da informação de produção de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, dispõe sobre o conceito de embriões inviáveis em seu Anexo 01, tratando-os como:

[...] aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião;¹⁸⁰

Já acerca do conceito de viabilidade do feto, Fernando Araújo adverte que, embora haja sobre o mesmo sua convencionalidade, os incômodos filosóficos tornaram-se a chave do problema, o que suscitou consequência de difícil solução: em primeiro lugar, a proteção jurídica deveria ser maior para o feto menos viável, pois ainda dependeria mais do suporte materno do que quando tivesse maior viabilidade, podendo sobreviver a uma tentativa de aborto; em segundo lugar, a sugestão de que não há defesa de uma vida inviável faz do conceito de viabilidade um conceito supremo, podendo justificar a eliminação de todos os nascidos inviáveis, o que se torna uma eutanásia ativa generalizada a todos os casos de falta de perspectiva de futuro; em terceiro lugar, para não incidir na falácia naturalista, deveria ser reconhecido que a viabilidade é um simples conceito descritivo, ou seja,

Janeiro, v. 27, n. 11, p. 665-671, nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032005001100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 maio. 2022.

¹⁷⁹ DONADIO, Nilka Fernandes et al. Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisas de células-tronco. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 11, p. 665-671, nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032005001100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 d maio. 2022.

¹⁸⁰ BRASIL, *Resolução RDC n. 29, de 12 de maio de 2008 do Ministério da Saúde*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/rdc0029_12_05_2008.html. Acesso em: 20 maio. 2022.

descreve o que quer que seja na sua convencionalidade, não sendo uma razão para fazer seja o que for, uma base valorativa ou prescritiva. Por esse motivo, deve-se abster de considerar que a viabilidade de uma pessoa já nascida é razão para se tomar uma atitude perante ela.¹⁸¹

Não se pode esquecer que o embrião humano, antes de tudo, é vida humana nascente, seu desenvolvimento natural conduzirá a uma pessoa, sendo assim, uma vida humana diferenciada.¹⁸²

Fato é que, atualmente, com a possibilidade da reprodução humana assistida, a vulnerabilidade do embrião se potencializa, visto que poderá ser submetida ao diagnóstico pré-implantatório, estando à margem de procedimentos como, por exemplo, a redução embrionária, a eugenia, a sexagem, dentre outros.

Controvérsia existe sobre a redução embrionária, utilizada com o intuito de proteger a gestante de gravidez múltipla. Por esse procedimento, interrompe-se a gravidez, com a destruição intrauterina de um ou mais embriões entre 10 a 12 semanas de gestação, por meio de uma injeção intra-abdominal de cloreto de potássio no feto “escolhido”, causando-lhe morte instantânea.¹⁸³

Em regra, a redução fetal é utilizada no caso de gravidez múltipla, que ocorre com a implantação de um número em excesso de embriões no útero feminino, sem que o organismo da mulher esteja preparado, o que pode gerar graves complicações à saúde da mãe.

O *Committee on Ethics of the American College of Obstetrics and Gynecology* diferencia a redução da gravidez multifetal e a eliminação seletiva de um embrião anômalo. Esta última tem por objetivo evitar que nasça uma criança com uma síndrome conhecida; já a redução multifetal visa prevenir problemas secundários à gestação e ao nascimento prematuro, distanciando esses dois problemas éticos.¹⁸⁴

¹⁸¹ ARAÚJO, Fernando. *A procriação medicamente assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 14.

¹⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 26.

¹⁸³ MOREIRA, Lupércio Alaor; CORREIA, Luciana Cristina; SOUZA, Carlos Reinaldo. Gestações múltiplas. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (org.). *Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma interdisciplinar*. Petrópoles: Vozes, 2006, p. 109.

¹⁸⁴ CARDOSO, Adnaldo et. Al. Redução embrionária. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (org.). *Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma interdisciplinar*. Petrópoles: Vozes, 2006, p. 124-125.

Entende-se que esta técnica só poderá ser realizada livremente em países onde é permitida. No Brasil, a Resolução n. 2.168/2017¹⁸⁵ do Conselho Federal de Medicina proíbe o uso da mesma. Ainda, considera-se uma forma velada de aborto, encoberta por uma técnica que vem sendo aplicada sem qualquer fiscalização, para garantir a vida da mãe, de um dos fetos ou por simples conveniência para o sucesso da reprodução humana assistida.

Outro aspecto de vulnerabilidade do embrião está com relação aos embriões excedentários, em que há a proibição de comercialização desses embriões. A Resolução n. 2.168/2017¹⁸⁶ do Conselho Federal de Medicina proíbe a comercialização desse material.

No entanto, o fato de ser proibida a comercialização não impede, por exemplo, que ocorra o descarte deste embrião. Tal conduta não é proibida e muitas vezes o embrião acaba sendo esquecido pelo casal, seja pelo sucesso no procedimento ou por outra circunstância que ocorra entre o próprio casal, como o divórcio, falecimento, a adoção de uma criança, dentre outras.

Mais um problema enfrentado para a vulnerabilidade do embrião está na possibilidade de pesquisas realizadas em células tronco embrionárias, procedimento já permitido pelo Supremo Tribunal Federal, quando considerou constitucional o art. 5º da Lei n. 11.105/2005, como já citado.

As células tronco são aquelas “indiferenciadas e com capacidade de autorregenerar, gerando, assim, filhas com as mesmas características de autorregeneração e de se diferenciar em outro tipo celular, tornando-se uma célula especializada”.¹⁸⁷

Entre essas células tronco, existem as embrionárias e as células tronco adultas. As células tronco adultas encontram-se em diversos tecidos, como o hematopoiético, hepático, muscular, epitelial e nervoso. Essas células tronco de

¹⁸⁵ “I –PRINCÍPIOS GERAIS (...) 8. Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária”. (BRASIL, *Resolução do CFM n. 2.168/2017*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2017/2168_2017.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019).

¹⁸⁶ “IV –DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. (BRASIL, *Resolução do CFM n. 2.168/2017*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2017/2168_2017.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2022).

¹⁸⁷ EÇA, Liliam Piñero Marcolin. Diálogo do feto com o corpo da mãe no início da vida humana. In: GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ROCHA, Renata da (coords.). *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito*. São Paulo: Atheneu, 2015, p. 43.

linhagem hematopoiéticas já são usadas, com sucesso, no tratamento de linfomas, leucemias e algumas doenças lisossomais.¹⁸⁸ De tal modo, as células tronco adultas (CTA) são mais facilmente disponíveis e utilizadas nas clínicas de fertilização, pois são as células tronco hematopoiéticas, cujas principais fontes são a medula óssea e o sangue de cordão umbilical.¹⁸⁹

Já as células tronco embrionárias (CTE) são aquelas obtidas por meio de embriões humanos. Estes devem ser produzidos por meio de fertilização *in vitro*, não ser utilizados no procedimento e ser embriões inviáveis mantidos congelados por mais de três anos, desde a publicação da Lei n.11.105, de 24 de março de 2005, que regulamentou as pesquisas nessa área.

As células tronco embrionárias são

(...) definidas por sua origem, e são derivadas do estágio do blastocisto do embrião. A CTE é normalmente utilizada, em alguns países, a partir dos blastocistos gerados em clínicas de fertilização, onde o casal doa, para a pesquisa com fins terapêuticos, os blastocistos não utilizados para a fertilização *in vitro*. O blastocisto corresponde às células entre o quarto e quinto dia após a fecundação, mas antes ainda da implantação no útero, que ocorre a partir do sexto dia. O blastocisto compreende cerca de 150 células. Esse estágio precede a fase embrionária, denominada gástrula, é considerada uma célula indiferenciada da fase de mórula ou blástula de um embrião.

A CTE apresenta grande plasticidade. A propriedade de plasticidade refere-se à capacidade da célula em originar diferentes tipos de tecidos. A grande plasticidade das CTE deve-se ao fato do blastocisto ser capaz de originar todos os órgãos do corpo humano. Após a fecundação, o zigoto divide-se e diferencia-se até produzir um organismo adulto que consiste em mais de 200 tipos de células. Entre esses, neurônios, células musculares (miócitos), células epiteliais, células sanguíneas, células ósseas (osteócitos), cartilagem (condrócitos) e outras. Sendo assim, as CTE podem reconstituir qualquer tecido do organismo humano, comprovando que as CTE são as células que mais apresentam plasticidade.¹⁹⁰

Seguindo todo o entendimento esposado até o momento, defende-se que a pesquisa com células tronco embrionárias seja uma afronta ao direito à vida desse

¹⁸⁸ TAKEUCHI, Carlos Augusto; TANNURI, Uenis. A polêmica da utilização de células-tronco embrionárias com fins terapêuticos. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 52, n. 2, p. 63, Apr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 maio. 2022.

¹⁸⁹ PRANKE, Patricia. A importância de discutir o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 56, n. 3, p. 33-38, Sept. 2004. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000300017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 maio. 2022.

¹⁹⁰ PRANKE, Patricia. A importância de discutir o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 56, n. 3, p. 33-38, Sept. 2004. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000300017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 maio. 2022.

embrião, mesmo sendo o embrião considerado inviável e estando de acordo com os requisitos exigidos pela Lei n. 11.105/2005.

Além disso, os dados e promessas apresentados por pesquisadores demonstram que a utilização de células-tronco embrionárias poderia trazer riscos e efeitos colaterais que ainda não são imagináveis ou se tem conhecimento, o que não ocorre com a utilização das células adultas, que já resultam em estudos promissores com a reconstituição de pele, regeneração de cartilagem, dentre outros.¹⁹¹

Verifica-se que o emprego dessas técnicas de reprodução humana assistida não traz a segurança necessária para diminuir os perigos para a mãe e, principalmente, para o embrião. Pelo contrário, dá margens para que seja potencializada a vulnerabilidade deste, como nos casos acima apresentados, dependendo, assim, de uma regulamentação que possa trazer a devida proteção ao embrião.

O cerne da questão é que, em tese, a reprodução humana assistida deveria ser utilizada pelos genitores no intuito de buscar a proteção dos interesses desse ser que foi gerado por um ato de amor, um fim em si mesmo, mas essas técnicas acabam por ser utilizadas para o interesse exclusivo e específicos, colocando uma situação ainda maior de vulnerabilidade ao embrião.

José de Oliveira Ascensão destaca que exemplos muito frequentes estão na utilização dessas técnicas, como se forem utilizadas para obter seres mais louros, mais robustos, mais inteligentes, de um sexo determinado, sendo que admitir essa possibilidade seria inverter a ordem natural das coisas, pois, por meio dos interesses de seus genitores, o embrião é instrumentalizado ao serviço destes. Não haverá em si um ato de abnegação de aceitar o filho que vier, por este estar em primeiro plano, ou seja, onde seus interesses deveriam ser primários, mas, sim, um ato de autocontemplação de alguém procurar rever-se num filho formatado à sua medida.¹⁹²

O mesmo autor ainda adverte que se avança cada vez mais por este caminho, não podendo a humanidade fechar os olhos à intervenção neste domínio de interesses de terceiros. Entre os interesses estão valores milionários, já que

¹⁹¹ EÇA, Liliam Piñero Marcolin. Diálogo do feto com o corpo da mãe no início da vida humana. In: GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ROCHA, Renata da (coords.). Dilemas acerca da vida humana: interfases entre a bioética e o biodireito. São Paulo: Atheneu, 2015, p. 44-45.

¹⁹² ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 11.

essas técnicas são caríssimas, com sua onerosidade multiplicada por a taxa de êxito ser muito baixa e, frequentemente, quando se obtém resultados, é só ao cabo de várias tentativas.¹⁹³

É por isso que se adota a posição do embrião como um ser humano vulnerável, titular de personalidade jurídica, não podendo assim ser instrumentalizado a ponto de sua coisificação, sendo a dignidade da pessoa humana o elemento limitador que impõe sua proteção desde sua concepção até à vida que se estenderá, de forma que deve ser protegido em qualquer procedimento ao qual for submetido.

¹⁹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 11.

3 DO DIREITO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

3.1 Do princípio da dignidade humana e seus reflexos na liberdade reprodutiva

Ao se tratar de planejamento familiar, é fácil relacioná-lo a métodos de contracepção ou formas de controle de fertilidade, dentre outros formatos que ora impedem, ora favorecem a concepção, bem como a confusões ideológicas que acabam por confundir todo o seu conteúdo.

Hodiernamente, o planejamento familiar passou a ser mais discutido em virtude da rapidez e fluidez com que a população tem acesso à informação, principalmente por conta da mídia, que discute com mais regularidade assuntos como aborto, concepção, reprodução humana, dentre outros.

Desde a Antiguidade até o fim da Idade Média, houve um crescimento demográfico de 0,1% no planeta. Há uma estimativa de que no tempo do nascimento de Cristo, existiam 250 milhões de pessoas no mundo.¹⁹⁴

No ano de 1492, quando Colombo descobriu a América Latina, estima-se que a população mundial era em torno de 400 milhões de pessoas. Já do ano de 1960 a 1970, a humanidade alcançou o maior pico de crescimento global: 2,69%. Atualmente, sabe-se que a população humana duplica a cada 33 anos.¹⁹⁵

Qualquer estudo referente à demografia de determinado Estado é recente, pois datam do século 18. Nos Estados Unidos, houve somente um censo demográfico, em 1790; na Inglaterra e na França, em 1901. Foi em 1850 que a humanidade atingiu a casa do primeiro bilhão, e em 1930, o segundo bilhão.¹⁹⁶

Foi diante da rapidez do crescimento populacional que iniciaram as preocupações relacionadas ao planejamento familiar.

Os estudos de Robert Malthus, economista e demógrafo, trouxeram uma teoria de contenção demográfica, conhecida como malthusianismo. Por essa tese é impossível se alcançar o bem-estar geral sem que exista uma contenção demográfica, pois o seu crescimento é sempre maior que a produção de bens:

¹⁹⁴ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005, p. 250.

¹⁹⁵ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005, p. 250.

¹⁹⁶ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005, p. 250.

enquanto este cresce em proporção aritmética, a população cresce em proporção geométrica.¹⁹⁷

Depois do desenvolvimentismo do período pós-guerra, o Estado assumiu uma tendência pró-natalista. No entanto, no cenário internacional, surgiram ideias acerca do controle de natalidade em decorrência dos perigos da superpopulação, como, por exemplo, a possibilidade de faltar alimentos, pois o crescimento da produção de alimentos não ocorria no mesmo patamar do crescimento populacional.¹⁹⁸

O Brasil passou a se preocupar com o tema a partir da XV Jornada Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, ocorrida em 1965, que reuniu cientistas de várias áreas e fundaram a Sociedade Civil Bem-estar Familiar no Brasil (BEMFAM). Esta difundiu a ideia de planejamento familiar e sua relação com a paternidade responsável.¹⁹⁹

No entanto, foi somente nos anos 70 que o debate relacionado ao controle demográfico ficou contumaz e concentrado no Brasil. Além disso, havia a fragilidade política com que o Ministério da Saúde encarava o tema, que foi responsável por ocasionar uma lacuna institucional do Estado, favorecendo condutas de cunho controlista e agindo de forma desordenada em todo o território nacional.²⁰⁰

As instituições de maior relevância à época foram a Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar no Brasil (BENFAM) e o Centro de Pesquisas de Assistência Integrada à Mulher e à Criança (CPAIMEC).²⁰¹

Neste sentido, passou a existir, na época, uma ambiguidade do governo brasileiro relacionado ao tema, pois sua posição de cautela pertinente à política social de controle de fecundidade convivía com a posição permissiva relacionada às entidades privadas, o que ocorria em virtude das oposições de setores do Estado e

¹⁹⁷ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005, p. 252.

¹⁹⁸ COSTA, Ana Maria. *Planejamento familiar no Brasil*. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio2v4/planeja.html>>. Acesso em: 21 maio. 2022.

¹⁹⁹ SOCIEDADE Civil Bem-estar Familiar no Brasil (BEMFAM). *O que é planejamento familiar*. Rio de Janeiro: Departamento de informação e educação, 1980.

²⁰⁰ Cf. FONSECA SOBRINHO, Délcio da. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: CEDEPLAR, 1993.

²⁰¹ COSTA, Ana Maria; GUILHEM, Dirce; PRATA, Lynn Dee. Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão. *Rev. Bras. Saúde Mater. Infantil.*, Recife, v. 6, n. 1, p. 75-84, março de 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292006000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio. 2022.

da sociedade em relação às políticas de controle demográfico existentes na época.²⁰²

Neste período, o aumento da população estava associado aos impactos do desenvolvimento socioeconômico dos países subdesenvolvidos, pois o crescimento populacional indiscriminado era facilmente relacionado ao crescimento da pobreza e suas consequências, dentre elas, o desemprego, a inflação e, principalmente, a desigualdade social.

Ainda nos anos 70, no Brasil, o Ministério da Saúde implementou o Programa de Saúde Materno-Infantil, denominando o planejamento familiar como “paternidade responsável”. Também foi elaborado um Programa de Prevenção da Gravidez de Alto Risco (PPGAR), mas que não chegou a ser implantado. Este programa pretendia colocar à disposição das populações de baixa renda informações e meios referentes à regulação da fecundidade.²⁰³

Decorrendo de toda carga contraditória que trazia a temática, estes programas não conseguiram realizar a discussão pública que o governo pretendeu realizar na época.

Em 1983, o Estado brasileiro convocou o Ministério da Saúde para apresentar uma proposta de política acerca do planejamento familiar, tendo formulado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), enquanto o Congresso Nacional estava se mobilizando para avaliar o crescimento populacional demográfico do país. Esta mobilização do governo com o Poder Legislativo tinha o intuito de apresentar uma posição brasileira na Conferência de população que ocorreria no México no ano seguinte.²⁰⁴

Consequentemente, esse programa esteve voltado ao atendimento da mulher pelo Sistema Único de Saúde, dispondo que o Estado deve dar uma assistência de prevenção e de diagnósticos de doenças ginecológicas malignas, sexualmente transmissíveis, repercussão psicossocial da gravidez não desejada, de aborto e

²⁰² ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *Política demográfica e parlamento: Debates e decisões sobre o controle de natalidade*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas). Campinas: Núcleo de Estudos da População da Universidade Estadual de Campinas, 1993, p. 33.

²⁰³ BERQUÓ, Elza; ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Abep no contexto político e no desenvolvimento da demografia nas décadas de 1960 e 1970. *Revista Brasileira de Estudos de População*. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982005000200003>. Acesso em: 31 maio. 2022.

²⁰⁴ Cf. FONSECA SOBRINHO, Dêlcio da. op. cit., 1993.

proporcionar acesso aos métodos e técnicas de controle de fertilidade, dentre outros.²⁰⁵

No Brasil, o livre planejamento familiar alçou ao patamar de direito fundamental somente com a Constituição Federal de 1988. Portanto, foi a normativa que deu *status* constitucional ao planejamento familiar.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a fertilidade deve ser encarada como um sinal de saúde e não como um sinal de doença, pois as pessoas têm o direito humano de decidir de forma livre e responsável quanto ao número e espaçamento do nascimento de seus filhos, recebendo toda a informação e meios adequados para o nascimento saudável destes.²⁰⁶

Em 1999, o Ministério da Saúde editou a Portaria n. 48, que estabeleceu a possibilidade de esterilização voluntária, possibilitando o acesso aos métodos de regulação da fecundidade à população de baixa renda. Trouxe disposto em seu bojo normas de como deveria funcionar e de como seriam os mecanismos de fiscalização para o exercício do planejamento familiar pelo Sistema Único de Saúde (SUS), tendo o Estado se comprometido em fornecer métodos contraceptivos à população de baixa renda em maiores números.²⁰⁷

A este respeito, em 2005, novamente por meio do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), o governo lançou a “Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos”^{208 209}, com os objetivos de oferecer os métodos anticoncepcionais pelo SUS em maior número, ampliar o acesso à esterilização cirúrgica voluntária realizada pelo SUS nos estados brasileiros e, como principal e mais inovadora das metas, introduzir a reprodução humana assistida ao SUS.²¹⁰

²⁰⁵ BRASIL, *Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher do Ministério da Saúde*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/assistencia_integral_saude_mulher.pdf. Acesso em: 12 maio 2022.

²⁰⁶ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. op. cit., p. 251.

²⁰⁷ BRASIL, *Portaria n. 48/1999 do Ministério da Saúde*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacao/id2150.htm>. Acesso em: 14 maio 2022

²⁰⁸ BRASIL. *Ministério da Saúde*. Direitos sexuais e direitos reprodutivos uma prioridade do governo. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno n. 1, Brasília, 2005. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_direitos_sexuais_reprod.pdf. Acesso em: 16 maio 2022

²⁰⁹ BRASIL. *Ministério da Saúde*. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais, Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; caderno nº 2, Brasília, 2006, 52 p. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24816. Acesso em: 04 maio 2022.

²¹⁰ ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/texto_pf_jeda_05jun10.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.

3.2 O que é bebê medicamento?

Na grande maioria das vezes, ter um filho advém da vontade de um casal em constituir uma família de herdeiros consanguíneos. Um projeto parental, que em determinados casos podem ser bem distintos uns dos outros.

Bydlowski²¹¹ conceitua a primeira opção como desejo de gravidez, a segunda, como desejo de criança e a terceira, como desejo de ficar grávida no sentido de provar uma feminilidade.

Mas diante de tantos projetos parentais possíveis, poderia existir o desejo de procriar para gerar uma cura? Um filho para o outro filho? Um remédio para um filho debilitado, concebendo outro ser para o único fim de realizar uma cura a outro filho. Poder-se-ia também questionar, se essa opção não seria uma forma de acabar com a culpabilidade destes pais, por terem transmitido uma grave doença ao filho doente?

Na França foi onde nasceu o primeiro bebê medicamento, em 26 de janeiro de 2004, um procedimento autorizado pela lei bioética local.

Houve a seleção genética no intuito de salvar um dos irmãos da criança que sofria de uma grave doença hereditária. Os pais eram de origem turca, tiveram o bebê por meio de uma fertilização *in vitro*, depois de realizado um duplo diagnóstico genético pré-implantacional que permitiu que a criança fosse imune a doença genética de sangue (talassemia) que foi passado aos primeiros filhos do casal obtendo a verificação se ele seria compatível com os irmãos mais velhos.²¹²

Posteriormente no ano de 2005, no dia 28 de abril, foi declarado a legalização do Diagnóstico Genético Pré-implantatório pela Corte Britânica para a análise e concepção dos “bebês medicamentos”, denominação empregada à técnica de reprodução humana assistida, da qual teve a finalidade de conceder a cura do filho de um casal, por meio da seleção de embriões saudáveis e livres de qualquer doença hereditária²¹³.

²¹¹ BYDLOWSKY, M. *La dette de vie. Itinéraire psychanalytique de la maternité*. Paris: PUF, 2008, p.38.

²¹² “BEBÊ medicamento” nasceu em França: Especialistas consideram Umut-Talha como criança da dupla esperança. Disponível em: <http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=47331&op=all>. Acesso em: 2 out. 2022.

²¹³ SANTOS, Deise da Rocha Dias. O diagnóstico genético pré-implantacional numa análise bioética e biojurídica. Dissertação, mestrado em Direito, Universidade Estácio de Sá, 2018, p.20.

O diagnóstico surgiu após uma decisão unânime da *Law Lords* (Câmara dos Lordes do Reino Unido) que manteve o mesmo posicionamento da Corte de Apelação Britânica, que se manifestou no ano de 2003 a favor da técnica utilizada por meio da fertilização *in vitro*, para salvar a vida de uma criança.

A criança se chamava Zain, ele sofria de uma doença genética proveniente de uma rara desordem sanguínea, seus pais resolveram ter um segundo filho que pudesse ser geneticamente compatível com ele. Para isso se submeteram ao método do Diagnóstico Genético Pré-implantacional, mas após a seleção embrionária e a inserção do embrião no útero materno, Shahana sofreu um aborto espontâneo²¹⁴.

O caso de Zain foi levado à Câmara de Julgamento de Londres, o assunto foi discutido pelo grupo Comment on Reproductive Ethics (CORE) de bioética, defendendo a ideia de que a técnica do bebê medicamento estava de acordo com a legislação inglesa. No julgamento, cinco dos juízes se manifestaram a favor do procedimento dizendo que a técnica poderia ser autorizada pela Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), a instituição responsável por normatizar as operações de fertilidade e as pesquisas embrionárias do Reino Unido.

Após a concessão da licença que autorizou a utilização da técnica do bebê medicamento na situação concreta de Zain, posteriormente, a fundadora do CORE, Josephine Quintavalle recorreu da decisão e provocou a Suprema Corte do Reino Unido para fazê-los entender que a HFEA não tinha competência suficiente para decidir acerca da licença concedida e tampouco a qualquer outra família que tivesse a mesma intenção.²¹⁵

A guerra judicial começou e os pais de Zain queriam que o procedimento fosse permitido com efeito *erga hominis*, ou seja, a decisão teria efeito para todas as outras pessoas com casos iguais aos de Zain. Esse método era a única maneira que os pais possuíam para salvar a criança, já que a doença consistia em uma anemia gravíssima.

Já no Brasil, o diagnóstico pré-implantacional, é um método autorizado pelo Conselho Federal de Medicina mesmo sendo um procedimento com grandes características eugênicas.

²¹⁴ Ibidem, p.20-25

²¹⁵ Ibidem, loc. cit.

Conforme já citado nos capítulos anteriores, o diagnóstico pré-implantacional é um exame de alta tecnologia e propicia aos casais portadores de doenças genéticas a oportunidade de terem filhos saudáveis.

A nomenclatura “bebê medicamento” tem a intenção de indicar a finalidade da técnica em si, embora com o tempo tenham surgido outras denominações como “bebê que cura”, “bebê doutor”, “bebês nascidos para curar”²¹⁶.

A técnica se inicia com a fertilização *in vitro*, coletando o óvulo da genitora e consequentemente o espermatozoide de genitor. É realizado um processo de observação da saúde dos embriões para depois selecioná-los ao útero materno²¹⁷. Quando o embrião selecionado saudável é compatível para a implantação, basta que haja compatibilidade e a equivalência dos tecidos entre doador e receptor (bebê e o irmão mais velho), para enfim poder ocorrer a transplantação de sangue do cordão umbilical²¹⁸.

Embora a intenção da técnica seja salvar a vida de uma pessoa, é importante ressaltar que o diagnóstico genético pré-implantacional, em síntese, é um procedimento que seleciona vidas excluindo embriões saudáveis para escolher somente aquele que será compatível geneticamente com a pessoa doente. Com isso, gera-se um perigoso processo de seleção humana já que a técnica enseja a fecundação de um grande número de embriões, e consequentemente um maior descarte. O procedimento poderá causar dano ao embrião, além de submeter em risco a saúde da mãe que terá a estimulação ovárica.

Ademais, a técnica exprime pouca eficácia, devido ao grande descarte de embriões saudáveis que são excluídos com a única finalidade de encontrar aquele que seja perfeitamente salubre e compatível geneticamente.

Analisando por essa perspectiva, esse procedimento de reprodução humana assistida exprime grave atentado contra a diversidade genética, gerando instabilidade jurídica no sentido de que este embrião seja usado como um meio e não como um fim em si mesmo.

²¹⁶ Ibidem, p. 23.

²¹⁷ Ibidem, p. 23.

²¹⁸ Ibidem, p. 24.

O risco de redução da diversidade dos indivíduos com consequente despersonalização são, entre outros, objeções éticas que trazem à tona a validade da técnica.²¹⁹

A permissão de seleção de embriões sem critérios pré-estabelecidos estabelece precedentes que podem acarretar consequências nefastas, permitindo a viabilização do que se conhece como “rampa escorregadia”²²⁰, ou seja, não será possível mais impedir que técnicas eugênicas como estas, cujo o intuito é coisificar os embriões *in vitro*.

É importante ressaltar, novamente, que a própria Resolução n. 2.121/2015 disciplinou contra procedimentos eugênicos.²²¹

Mas uma dúvida paira no ar: Qual a definição exata do que é considerado anormal, indesejável ou defeituoso? Quem seria legitimado para definir tais conceitos?

Para tentar solucionar essas dúvidas, Stella Maris Martinez esclarece que:

Estabelecerão os Estados um “controle de qualidade” que defina quais as características devem ter os seres humanos para integrar-se à comunidade? Embora estas opções possam desenvolver-se em determinadas ideologias, parece-nos claro que devem merecer repúdio absoluto por parte de um Estado Social Democrático de Direito, em cuja estrutura filosófica não podem merecer acolhida. O respeito à dignidade humana impede taxativamente todo tipo de discriminação.²²²

No Brasil, com as mudanças sociais constantes e rápida evolução científica nessa área, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2013/2013 trouxe pela primeira vez a possibilidade de realização do bebê medicamento.²²³

Já nos Estados Unidos essa prática existe há uma década, sendo que também já foram registrados casos de bebês medicamento na Bélgica e na Espanha.²²⁴

²¹⁹ PETRACCO, Álvaro; BADALOTTI Mariângela; ARENDT, Adriane Cristine. *Bioética e reprodução assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. 376 pp.

²²⁰ A expressão “rampa escorregadia” é utilizada no sentido de que uma vez ultrapassado um limite, a sociedade é incapaz de impedir o rompimento de outras barreiras. (SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 201).

²²¹ BRASIL, *Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

²²² MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 258.

²²³ CAMBIAGH, Arnaldo Schizzi. *Novas regras para os tratamentos de fertilização causam mais “perdas e danos” do que “ganhos”*. Disponível em: <http://www.ipgo.com.br/novas-regras-para-os-tratamentos-de-fertilizacao-causam-mais-perdas-e-danos-do-que-ganhos/>. Acesso em: 24 out. 2022.

Trata-se de uma questão atual que vem sendo discutida na Europa, causando debates de natureza ética e principalmente com cunho religioso como a realizada na França:

O anúncio do nascimento do primeiro bebê medicamento francês foi recebido com críticas por várias autoridades religiosas do país. O arcebispo de Paris, André Vingt-Trois, acusa os médicos de utilizarem “um ser humano para servir os outros”. Para Christine Boutin, ex-ministra da moradia e representante do Partido Cristão Democrata, a medicina deu um passo extremamente grave. “Eu parabeno a proeza técnica, mas alerta para o fato de que uma pessoa foi concebida simplesmente para ser usada.”²²⁵

No Brasil foi notícia o caso da Maria Clara, a primeira criança gerada a partir de um zigoto selecionado livre de doença genética e compatível para realizar um transplante para sua irmã Maria Vitória, que possuía talassemia maior, onde em virtude da doença se submetia a uma transfusão de sangue a cada 20 dias, pois a doença fazia com que seus glóbulos vermelhos fossem mais fracos a deixando anêmica²²⁶.

Essa doença, por ser genética trouxe a necessidade de se realizar a seleção, visto que sem a mesma não se alcançaria o resultado pretendido, pois o casal tinha genes da doença e entre dez zigotos do casal, oito dariam origem a bebês doentes e por esse motivo foram descartados. Os dois que foram inseminados na mãe, somente um conseguiu vingar, dando origem à gestação de Maria Clara²²⁷.

Maria Clara foi a primeira “bebê-medicamento” da América Latina, portanto, gerada e selecionada *in vitro* para ser compatível geneticamente e, doadora para a sua irmã mais velha, Maria Vitória²²⁸, procedimento que nos traz algumas inquietações.

O especialista Ciro Martinhago, um dos únicos geneticistas a realizar o procedimento no Brasil, afirma que a experiência bem-sucedida realizada com a

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ MOYSÉS, Adriana. França tem seu primeiro “bebê medicamento”. Disponível em: <http://www.protagues.rfi.fr/ciencias/20110208-franca-tem-seu-primeiro-bebe-medicamento>. Acesso em: 25 out. 2022.

²²⁶ CRIANÇA selecionada geneticamente doa medula e cura doença de irmã: Maria Clara passou por processo para evitar que tivesse talassemia, doença genética é tratada com transplante de medula óssea. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/04/crianca-selecionada-geneticamente-doa-medula-e-curadoenca-da-irma.html>. Acesso em: 30 out. 2022.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ GARCIA, Lenise. *Bebê medicamento é uma solução?* Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/conteudo.php?id=1230479>>. Acesso em: 25 out. 2022.

segunda da família abriu caminhos para outros rumos. O caso das Marias foi o primeiro, tendo agora 20 outros pacientes com casos semelhantes que já estão com o processo de reprodução de embriões selecionados em curso.²²⁹

Porém o grande problema dessa técnica é que sua aplicação seria um falso caminho, entendendo como uma saída enganosa já que à primeira vista, parece um grande avanço científico. Por que não realizar o procedimento para salvar a vida de outra pessoa, já que a medicina permite? Mas para o direito, a resposta não pode ser buscada somente na técnica, tampouco na visão funcional e utilitarista, mas sim na ética. Importante lembrar que o ser humano é um fim em si mesmo, e não meio para algo ou para outro”.²³⁰

Mas ainda assim, dentro dessas controvérsias, não se pode deixar de considerar que, por trás disso tudo há o sofrimento dos pais e da própria criança doente. Todavia, o ético nem sempre é o mais benéfico espontaneamente, e pela garantia de um bem maior, seja esse o da dignidade da pessoa humana, continua indigno “instrumentalizar” um ser humano empregando-lhe sofrimento alheio para impor uma opinião, um projeto de vida que não lhe pertence.

Nessa perspectiva entende-se que o ser humano não deve servir de meio, e sim como um fim em si mesmo. Toda criança tem o direito de nascer pela sua própria importância, acolhida em função de uma existência própria e ser amada pelo o que ela é em si mesma²³¹. Seria injusto incumbir a sua existência na única função de “remédio” para outro indivíduo.

Outro aspecto negativo deste procedimento já citado, é o descarte dos embriões. A professora Lenise Garcia relata o procedimento realizado no caso específico de Maria Vitória.

[...] aconteceram duas tentativas de se obter um filho sem doença e compatível para doação. Na primeira tentativa, foram gerados 6 embriões. Alguns veículos de comunicação disseram que todos os embriões formados tinham a doença; outros, que alguns tinham a doença, e os demais não eram compatíveis com Maria Vitória. Essa segunda afirmação parece-me mais provável, pois pela estatística a doença afetaria 25% deles. O fato seguro é que todos foram descartados, e tudo indica que o único “problema” de alguns era não serem compatíveis com a irmã. Na segunda tentativa,

²²⁹ ARANDA, Fernanda. *A geração dos bebês nascidos para curas*. Disponível em: <http://saude.ig.com.br/minhasaude/2013-05-02/a-geracao-dos-bebes-nascidos-para-curar.html>. Acesso em: 26 out. 2022.

²³⁰ GARCIA, Lenise. Loc. cit.

²³¹ ORNELLAS, Pierri d'. *Diferentes visões sobre o bebê medicamento*: O ‘bebê medicamento, uma estranheza. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ec959b57278128a> >. Acesso em: 25 out. 2022.

foram formados dez embriões. Dois deles tinham as características desejadas: eram livres da doença ou só portadores do gene e eram compatíveis com Maria Vitória para a realização do transplante. Um desses embriões era Maria Clara. O outro também foi implantado, e não consegui saber em lugar algum o que ocorreu depois com ele. Novamente alguns foram descartados simplesmente por não serem compatíveis para doação. Quando dizemos que não é ético descartar seres humanos deste modo, que isso é uma forma de eugenia e uma agressão à dignidade humana, alguns argumentam que ainda não são seres humanos. Entretanto, esse é um dado científico inquestionável. Como dissemos acima, o embrião sobrevivente era Maria Clara, portando já muitas de suas características, inclusive as que permitiram que fosse escolhida para viver; todos os seus irmãozinhos descartados no processo já eram também eles mesmos, e poderiam ter recebido nomes. Sorte de Maria Clara, que, por ser saudável e compatível, sobreviveu. Mas ela saberá, ao longo de sua vida, que não foi escolhida por ela mesma, mas apenas por alguns de seus genes. E Maria Vitória saberá que teve mais sorte ainda, por ter sido concebida naturalmente, pois se ela fosse fruto de uma fertilização *in vitro* teria ido para o ralo²³².

Nesse procedimento vários embriões acabam sendo descartados apenas por não serem compatíveis com aquele que receberá a doação. Embriões que perderam a chance de nascer, e ainda, aquele que teve a sorte de ser concebido, vem como única esperança de cura para o irmão mais velho que sofre de alguma doença rara.

Ademais o embrião selecionado no futuro estará sujeito a riscos psicopatológicos como por exemplo: poderão surgir questionamentos acerca da sua própria existência quando descobrir que não nasceu apenas por desejo dos pais, mas para ser “útil” a outra pessoa.²³³

Uma gravidez encomendada para salvar um filho mais velho, pode trazer vários transtornos psicológicos quando a análise parte pela perspectiva do indivíduo planejado para a cura. A gravidez não simboliza um momento de prazer, e sim um momento de passagem para obter um resultado.

E ainda, mesmo sendo escolhido, caso ocorra a possibilidade da não compatibilidade com o irmão doente, será que essa criança geneticamente selecionada para esse único fim, poderá ser amada pelos pais da mesma forma que seria se fosse gerada de maneira menos objetiva que essa?

O risco de a família não conseguir manifestar afeto e se lamentar por ela não ter cumprido com o objetivo da qual foi gerada, pode ter grande probabilidade de

232 GARCIA, Lenise. *Bebê medicamento é uma solução?* Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/conteudo.phtml?id=1230479>> Acesso em 13 out. 2022.

233 MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnès. *Esperando o Messias: reflexão sobre os bebês para curar um irmão*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-44272011000200005> Acesso em 12 out. 2022.

ocorrer. Com isso, entende-se que a sua dignidade como ser humano pode ser desrespeitada e o mais importante, esse desrespeito poderia ser evitado ²³⁴.

Não há como saber já que a sua opinião e vontade só poderiam se manifestar após a ocorrência da prática, ou seja, após o mal já feito. Questiona-se então, se a seleção de embrião com finalidade terapêutica não resultaria numa coisificação da própria vida humana, submetendo compulsoriamente a criança selecionada em um instrumento para salvar a vida do irmão?!

Nesse assunto, Michael J. Sandel adverte que:

Quando a ciência avança mais depressa do que a compreensão moral, como é o caso de hoje, homens e mulheres lutam para articular seu mal-estar. Nas sociedades liberais, buscam primeiro a linguagem baseada nos conceitos de autonomia, justiça e direitos humanos. Essa parte do nosso vocabulário moral, no entanto, não nos equipou para abordar temas mais difíceis colocados pelas práticas de clonagem, crianças projetadas e engenharia genética. É por isso que a revolução genômica induziu a uma espécie de vertigem moral²³⁵.

Com o intuito de discutir os aspectos éticos e jurídicos Marcela Gorete Rosa Maia Guerra adverte que embora exista um nascimento de uma vida, há ao mesmo tempo uma instrumentalização da vida desta criança que independente de sua vontade é submetida a procedimentos médicos para salvar a vida de outra pessoa, ensejando no descarte de inúmeros embriões saudáveis só por não terem compatibilidade genética com o irmão doente.²³⁶

Outro aspecto importante para ser debatido, é que a viabilidade de sucesso da técnica é baixíssima, os filhos possuem 50% do tipo de antígenos leucocitários humanos do pai e da mãe, entre irmãos, a possibilidade de compatibilidade é de apenas 25%. A possibilidade de se ter um embrião sadio e compatível HLA é de 3/16, com margem de erro entre 1 a 5%.²³⁷

Pablo Arango Restrepo, Pedro José Sanchez Abad e Luiz Miguel Pastor ainda apresentam alguns argumentos contrários à realização da prática no sentido

²³⁴ MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnès. Loc. cit.

²³⁵ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição*. Trad. Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 22.

²³⁶ GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. *Dos limites bioéticos e jurídicos quando do exercício do planejamento familiar: uma análise da maternidade substitutiva e do bebê-medicamento*. Dissertação, Mestrado em Ciências Jurídicas, Centro Universitário Cesumar, Maringá, 2015, p. 108.

²³⁷ RESTREPO, Pablo Arango; ABAD, Pedro José Sánchez; PASTOR, Luis Miguel. Diagnóstico Genético Preimplantatorio Y El «Bebé Medicamento»: Criterios Éticos Encontrados En La Literatura Biomédica Y Bioética. *Cuad. Bioét.*, v. XXXIII, n. 2, 2012, p. 304. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464004>> Acesso: 26 out. 2016.

de que: “[...] se está fazendo um tratamento inadequado contra a mulher por submetê-la a um complexo, pouco eficiente e perigoso procedimento, e por outro lado, uma discriminação com os embriões, recusado muitos embriões por não serem compatíveis” (*tradução nossa*).²³⁸

Pode-se apresentar como principais críticas ao procedimento as seguintes afirmações: a técnica não é ética, pois utiliza o diagnóstico genético pré-implantatório para selecionar vidas e discriminar embriões saudáveis, na medida que se deve escolher somente aquele que for compatível geneticamente; a técnica enseja na fecundação de um número maior de embriões, e consequentemente no maior descarte destes, pois a chance de causar dano ao embrião com a realização do diagnóstico genético pré-implantatório é muito grande; coloca-se em risco a saúde da mãe submetida à estimulação ovárica; a técnica apresenta baixa eficácia, visto o grande descarte de embriões saudáveis para conseguir encontrar aquele que seja, além de saudável, compatível geneticamente; atenta contra a diversidade genética; e em relação ao bebê nascido, os problemas psicopatológicos que a técnica pode lhe acarretar no futuro.²³⁹

Pela perspectiva da psicanálise, não seria possível falar em previsão, mas pode-se pensar nos possíveis riscos psíquicos. No caso do bebê medicamento é plausível refletir acerca dos riscos psicopatológicos que o bebê estará sujeito. Durante uma gravidez comum, existe tanto a relação biológica como também, e principalmente, uma relação afetiva.

Em termos psicanalíticos, analisando alguns antigos conceitos, considerava-se que era impossível a existência de uma relação de objeto entre mãe e filho, sendo este apenas um ser “passivo” durante a gestação. Todavia com o avanço das ecografias²⁴⁰ em três ou quatro dimensões e pelas observações de estudiosos como

²³⁸ “ [...] se está haciendo un trato inadecuado contra la mujer por someterla a un procedimiento complejo, poco eficiente y peligroso, y por otro lado, una discriminación con los embriones, al rechazar muchos sanos por no ser compatibles”. (RESTREPO, Pablo Arango; ABAD, Pedro José Sánchez; PASTOR, Luis Miguel. op. cit.).

²³⁹ GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. op. cit., p. 83.

²⁴⁰ A ecografia é realizada com um aparelho chamado ecógrafo, uma sonda que emite ondas de ultrassom. Ao passar a sonda pela pele, as ondas colidem com as estruturas internas dos órgãos, formando imagens através do eco, que são traduzidas por um computador. Na tela, médico e paciente conseguem ver em tempo real o estado e o funcionamento dos órgãos, assim como se há sangramentos, acúmulo de líquido ou gás, formação de massas ou tumores. O exame serve ainda para avaliar uma região ou um órgão específico, buscando lesões, alterações, obstruções, inflamações, infecções, cistos e nódulos. Além disso, a ecografia é essencial para confirmar uma gravidez e acompanhar o desenvolvimento do feto ao longo dos 9 meses.

Piontelli²⁴¹ verifica-se que a partir dos movimentos fetais, que o bebê também responde à mãe e ao pai criando uma relação afetiva, na qual o bebê se torna um ser ativo que responde aos instintos da mãe e da família em volta dela.

Desse modo, muitas mães, desde a gravidez, têm conexão forte com o seu futuro bebê. Ela imagina, sonha, deseja criando roteiros e cenários sobre seu futuro. Ela se representa e se imagina como mãe, se identificará com sua própria mãe ou criará uma nova representação da maternidade²⁴².

São os pensamentos e as representações maternas sobre a futura maternidade que constrói a interação entre a mãe e o bebê, após o parto. Dessa forma, a gravidez é considerada como uma pré-introdução da relação afetiva entre a mãe e seu filho. É em suma, um momento de preparação que significa um importante estado de emergência para muitos conflitos psíquicos nas mulheres.

A mãe guarda psiquicamente o bebê prestes a nascer, seus medos, inseguranças e expectativas são conduzidos até ele desde da sua concepção. No caso de uma gravidez “encomendada” com a única finalidade de cura do outro filho, o que poderia acontecer com essa relação?

A esse respeito, Flaviana Estrela Maroja, Psicóloga, especialista em Psicologia e Psicopatologia da Perinatalidade e do Bebê, juntamente com Agnès Lainé, realizaram uma pesquisa na França entrevistando mais de trinta mães, todas possuíam um filho com uma doença genética transmitida de forma hereditária.

Dentre todas as entrevistadas, três possuíam um filho portador da doença anêmica falciforme, e estavam tentando outra gestação com a expectativa de que o futuro bebê fosse compatível com o irmão enfermo para poder salvá-lo. Nesses casos, não houve o diagnóstico genético pré-implantatório e por isso as mães tinham certeza de que o bebê seria ou não compatível com a criança doente, somente sabiam que ele seria saudável.

A pesquisa demonstrou que nos três casos selecionados, as mães não demonstravam qualquer preocupação ou expectativa quanto ao futuro do novo bebê. Dois desses casos entrevistados apresentavam um relacionamento instável com seus companheiros, mas mesmo assim, concordaram em tentar uma nova gestação

²⁴¹ PIONTELLI, A. L'observation du fœtus. In Houzel, D.; Geissmann, C. L'enfant, ses parents et le psychanalyste, Paris: Bayard, 2000. p. 433-446.

²⁴² MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnès. *Esperando o Messias*: reflexão sobre os bebês para curar um irmão. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-44272011000200005> Acesso em: 30 out. 2022.

para que o futuro filho doasse as células tronco necessárias para salvar a vida do primogênito. E ainda durante essas duas entrevistas, as mães foram categóricas em dizer que se não fosse a doença genética do filho mais velho não haveria motivos para terem um segundo filho, que a intenção era que o futuro bebê servisse como a salvação para eles, além do fato de que precisavam de tempo para se dedicar no tratamento do filho que possuía a doença.

É evidente então, compreender que a gravidez nesses casos específicos não irá simbolizar um momento de prazer, mas sim momento de passagem para obter um resultado: um filho compatível e saudável. Ao longo das entrevistas, é nítido a compreensão que essas mulheres em relação ao novo filho não cumprem com o de mãe, e as pobres representações do futuro bebê estão completamente absorvidas como bebê planejado para cura.

Pierre D'ornellas ainda insiste na instrumentalização do ser humano, pois a criança não nasce com um fim em si mesmo.²⁴³ Já para Eliseo Colazzo Chao esses bebês são produzidos no intuito de ser um material biológico que possui o único fim de tratar a doença da outra criança.²⁴⁴

Do ponto de vista do embrião, há risco ao mesmo e também à mulher submetida à técnica, ademais há um perigo de vida para o mesmo, que fica condicionado ao fato de serem ou não compatíveis com o irmão doente, dando ensejo ao descarte de dezenas de embriões saudáveis, bem como, a implantação no útero não garante o seu nascimento .

Desta forma, o princípio da dignidade humana e da parentalidade responsável devem ser utilizados como critérios interpretativos para as questões que envolvem as técnicas de reprodução humana assistida, porque o ser humano, independentemente de sua fase de desenvolvimento, sempre deverá ter um fim em si próprio. Não se pode alegar o livre exercício do planejamento familiar em detrimento a esses dois paradigmas.

²⁴³ D'ORNELLAS, Pierre. Diferentes visões sobre o bebê-medicamento: O bebê-medicamento, uma estranheza. *Ética e Realidade Atual*. (Trad.): Marcelle Coelho do Rosario. Ago, 2011. Disponível em: <<http://era.org.br/wp-content/uploads/Diferentes-Vis%C3%B5es-sobre-o-beb%C3%AA-medicamento-Bispo-Pierred%E2%80%99ORNELLAS1.pdf>> Acesso: 26 nov. 2016.

²⁴⁴ COLLAZO CHAO, Eliseo. Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica. *Cuadernos de Bioética*, v. XXI, n. 2, maio-ago., 2010, p. 231-242, p. 236.

3.3 Das limitações jurídicas da técnica do bebê medicamento

A Constituição Federal de 1988 consagra expressamente o direito à dignidade, procurando proteger a vida humana de todo tipo de injustiça, pois é imprescindível que as pessoas vivam de forma digna.

Contudo, tal previsão, apesar de parecer simplista, deve ser lida com parcimônia, visando o maior aprofundamento possível dessa norma jurídica, conferindo-lhe supremacia perante as demais normas.

O acolhimento da dignidade humana em instrumentos normativos internacionais sobre bioética pode ser explicado a partir de alguns fatores: a) os direitos humanos, enquanto direitos subjetivos de indivíduos em face do Estado, não são referencial suficiente para lidar com a necessidade de proteção da humanidade e das futuras gerações que decorre dos efeitos dos avanços da biotecnologia e da intervenção humana no ambiente; b) a dignidade humana demonstra ser um instrumental teórico e normativo hábil para a tutela da pessoa humana com relação a ações advindas de outrem e de si própria, sendo aplicável a diversas situações conflitivas em bioética; c) a dignidade possui conexão singular com a saúde humana, o que lhe confere especial importância para a bioética.

A dignidade do indivíduo sempre será relevante, mas a tutela da espécie humana é essencial, tendo em vista as diversas implicações e possíveis danos sociais que podem ser ocasionados pela má utilização do diagnóstico genético pré-implantacional, como por exemplo o risco de procedimentos eugênicos, e a incerteza acerca das consequências maléficas da utilização exacerbada da técnica, não apenas a um indivíduo, mas a todo o corpo social.

Para Maurício Godinho Delgado, “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”²⁴⁵.

Miguel Reale aduz que:

princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de

²⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10^a ed. São Paulo: LTr, 2011

ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis²⁴⁶.

Por fim, Maria Helena Diniz²⁴⁷ afirma que os princípios “(...)suprem a deficiência da ordem jurídica, possibilitando a adoção de princípios gerais de direito, que, às vezes, são normas que não foram ditadas explicitamente, pelo legislador, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”.

É preciso então, compreender a função das normas básicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se por basilar aquilo que é básico, ou seja, aquilo que é essencial. Os princípios fundamentais básicos quando não respeitados, geram ineficácia sobre outros pontos dos quais os mesmos se correlacionam.

Existem muitos princípios basilares no âmbito do direito civil que regem o Direito de Família, bem como aqueles expressos pela Constituição Federal de 1988, a qual também rege os demais ramos do direito.

A Constituição Federal por ser hierarquicamente a legislação maior, devem as demais normas, seguir seus princípios que a ela condizer.

A família é um preparativo social, uma entidade considerada como instrumento de formação do indivíduo, é vista como um meio de criação das personalidades, sendo, desta maneira, responsável pela formação do bem comum. Por esse motivo há o amparo estatal, embora seja permitido que haja a sua intervenção mínima. Os princípios são denominados de Princípio de Proteção da Dignidade Humana, Solidariedade Familiar, Igualdade entre Filhos, Igualdade entre Cônjuges e Companheiros, Maior Interesse da Criança e do Adolescente e Princípio da Função Social da Família.

O Princípio de Proteção da Dignidade Humana, é seguido pelos princípios basilares do direito de família, sendo eles: o Princípio da Igualdade entre Filhos e o Maior Interesse da Criança e do Adolescente.

O princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana, nasce com a pessoa, e é inerente ao ser humano sendo considerado irreduzível, constituindo a base da comunidade familiar, a fim de garantir o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente²⁴⁸.

²⁴⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁴⁸ BRASIL, 1988.

Contudo, é importante observar que a dignidade humana deve ser respeitada em todos os estágios da vida, sendo um direito inerente até mesmo ao feto, ou embrião humano. Por isso, as técnicas de reprodução humana assistida cuja finalidade é o ser humano em si, devem respeitar todos os direitos a ele inerente sem ferir, singularmente, sua dignidade.

O segundo princípio trata-se da igualdade entre filhos, que significa que os mesmos não podem sofrer qualquer distinção, buscando sempre alcançar a igualdade de tratamento tanto nas questões materiais como na afetiva.

A previsão expressa no art. 227, § 6º da Constituição Federal diz que: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²⁴⁹

No caso da técnica do bebê medicamento, o referido princípio deve ser observado exaustivamente, já que se trata de uma situação que envolve não só a vida daqueles que já estão vivos, mas também de um outro filho, um menor impúbere que ainda está por vir. Compreende-se que o mesmo deve ser desejado como um fim em si mesmo e depois como uma alternativa de cura, ou então, embora seja desejado mais à frente, que o mesmo seja antecipado e conseqüentemente e secundariamente, salvar o irmão. Nesse contexto, é inevitável garantir a igualdade entre os irmãos, principalmente no que se refere a afetividade familiar.

Outro princípio que deve ser ponderado ao se falar da técnica do bebê medicamento, é o Maior Interesse da Criança e do Adolescente. Apesar de ser enaltecido apenas nas ocasiões de separação dos cônjuges e a disputa pela guarda do menor, o princípio mencionado é muito mais amplo que isso.

Partindo do ponto de vista da visão hermenêutica, a realização dessa espécie de Reprodução Humana Assistida não respeita os princípios basilares do Direito, pela falta de consulta prévia do bebê que está para nascer uma vez que, por conclusão lógica, a maioria dos procedimentos são realizados antes do seu nascimento ou quando ainda recém-nascido.

E ainda, considerando ser ele o principal interessado dessa relação, percebe-se que a técnica não deve ser praticada somente por causar lesões ao doador, até

²⁴⁹ BRASIL, 1988.

porque o mesmo não é lesionado fisicamente, mas sobretudo por uma questão moral e psicológica que pode ser negativamente desenvolvida na criança ao passar dos anos.

É óbvio que no caso em questão não há uma consulta prévia do doador, mas, tão somente, dos seus genitores. Essa afirmação levanta então várias indagações acerca dos conceitos éticos da bioética, fazendo-se pensar que afrontaria a autonomia privada do bebê, o ser e provedor de direitos fundamentais desde sua concepção²⁵⁰.

Bruno Lewicki, por exemplo, é discordante sobre a falta de consulta prévia no que diz respeito às decisões que atinjam diretamente a pessoa principal, quer seja, nesse caso, a criança:

Mas não se pode esquecer de que o interesse da criança deve ser sempre tomado na mais alta conta no que diz respeito às decisões que lhe atinjam diretamente, além de não ser o produto de opções e preferências de outras pessoas, ainda que estes terceiros sejam os seus pais. A pessoa é um valor em si mesma, e não pode ser utilizada como meio de satisfação de aspirações dos pais²⁵¹.

Conforma elucida Claudia Regina Magalhães Loureiro, a autonomia entende-se da seguinte forma: “o princípio da autonomia diz respeito à liberdade individual de a pessoa escolher o que é melhor para si, desde que haja a troca de informações entre o médico e o paciente sobre os tratamentos disponíveis²⁵².”

Dentre todos os pontos aqui correlacionados, o principal assunto é entorno do bebê nascido por qualquer outro objetivo, senão por ele mesmo, seria ele um mero instrumento coisificado pelo meio e não como um fim.

Para Claudia Regina Magalhães Loureiro, a questão da instrumentalização do ser humano nesses casos concretos, é definida da seguinte forma:

A instrumentalização do ser humano e, precisamente, do embrião, e seu uso como mero meio, é avesso ao que reza o princípalismo personalista. Trata-se de uma visão antropológica considerar o homem um fim absoluto. Logo, o embrião, sob a visão antropológica, é um fim absoluto e não deve ser coisificado, não deve ser tratado como meio²⁵³.

²⁵⁰ FREIRE, Auer Baptista Junior; BATISTA Lorraine Andrade. *Bebê medicamento: aspectos jurídicos e ético*. Revista educação, Meio Ambiente e Saúde. v. 7, 2017. p.19.

²⁵¹ LEWICKI, Bruno. O Homem Construtível: *Responsabilidade e Reprodução Assistida*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁵² LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo Saraiva 2009.

²⁵³ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo Saraiva 2009.

É nesse aspecto, que o direito do embrião, analisado sob um ponto de vista que o equipara ao nascituro, deve ser levado em consideração. Conforme já destacado, o descarte de embriões viola frontalmente o ordenamento jurídico brasileiro, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida do embrião.

Insta realçar, que o texto constitucional, quando se refere ao direito do livre planejamento familiar, está sobretudo pautando-se no direito fundamental à constituição de uma família e ao livre planejamento desta.

Todavia, para além do livre planejamento familiar, a Constituição ordena a obrigatória comunhão desta liberdade com princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de proteger os interesses dos filhos e das crianças. Não podendo estas serem tratadas como meros objetos desses projetos parentais, mas como seres humanos, com fim em si próprios²⁵⁴.

Sobre a tutela das crianças, é preciso destacar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que afirma que “cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança”²⁵⁵, devendo ser frisado que as crianças podem e devem ter participação efetiva nas tomadas de decisões concernentes ao seu direito à saúde.

Os pais, ao formarem uma família, jamais poderiam conceber um novo filho apenas como cura de um filho mais velho, portador de doença grave.

O novo planejamento da família que se encontra nessa situação, deve ser pautado na dignidade deste novo membro, como parte integrante desse pequeno núcleo social.

O Direito e a Ética devem garantir que cada ser humano continue sendo uma novidade para a humanidade, para certificar não somente a pluralidade humana, mas também para asseverar que todo sujeito de direito, seja individualizado na exata medida de suas necessidades, garantindo com isso o verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana.

²⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da – A Nova Filiação. p. 457.

²⁵⁵ Artigo 27.O, 2, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

É preciso ter cautela diante das novidades tecnológicas e evitar um projeto (mesmo que disfarçado de boas intenções) de uma homogeneização dos seres humanos futuros, justificado em função de critérios, necessariamente arbitrários, que os manipuladores genéticos do presente podem fixar.

Ainda como fundamento, cita-se o fato de que os pais não poderão prever a priori a aceitação do novo filho sobre as condições que lhe foram arbitrariamente impostas. A utilização do seu corpo sem seu consentimento, e a seleção genética que visa exclusivamente a salvação do outro filho, é na prática a satisfação dos desejos exclusivos dos pais, desconsiderando a liberdade de autonomia daquele futuro ser.

É um mero meio para atingimento da expectativa de terceiros, sendo desconsiderado a sua dignidade como ser humano, uma vez que não está sendo tratado como fim em si mesmo, e sim transformando-o em um bem apropriável e selecionável, o que é totalmente avesso aos princípios e valores consagrados na Constituição Federal.²⁵⁶

Há com isso o receio de que haja uma disseminação incontrolável no uso da técnica, fazendo com que os objetivos humanitários sejam colocados em segundo plano²⁵⁷, passando a ter como fim primário a escolha da cor dos olhos, do sexo, e demais características físicas do seu filho, descaracterizando totalmente o indivíduo.

Jürgen Habermas²⁵⁸ denomina esse procedimento como eugenia liberal. De acordo com ele, esse tipo de eugenia somente pode existir se estiver em conformidade com os direitos fundamentais do liberalismo político, as bases que sustentam o pluralismo ético atual. E as intervenções genéticas não poderão constituir em obstáculo a uma conduta de vida autônoma, assim como não poderão interferir no tratamento igualitário entre as pessoas, o que na prática seria impossível, já que a eugenia liberal viola a assimetria das relações entre gerações.

Em sua obra, “O futuro da Natureza Humana”, Hebermas afirma que:

com o diagnóstico genético de pré-implantação, hoje já é difícil respeitar a fronteira entre a seleção dos fatores hereditários indesejáveis e a otimização de fatores desejáveis. Quando existe a possibilidade de escolher mais de um único “composto multicelular” potencialmente “excedente”, não

²⁵⁶ OLIVEIRA, Ticiane Volpato; FREITAS, Gilberto da Costa; FRANCISCO, Luciana Semião, cit. 165, p. 650.

²⁵⁷ FAGNIEZ, P. L.; LORIAU, J.; TAYAR, C. Du bébé médicament au bébé du double espoir. [Em linha]

²⁵⁸ HABERMAS, J. O Futuro da Natureza Humana. A caminho da eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

se trata mais de uma decisão binária entre sim e não. O limite conceitual entre a prevenção do nascimento do património hereditário, ou seja, de uma decisão eugênica, não é mais demarcado. Isso passa a ter uma importância prática, tão logo se cumpra a expectativa²⁵⁹.

O caminho habermasiano segue a tentativa de mostrar um nexo entre a dignidade humana e a simetria das relações interpessoais. É preciso manter em mente a distinção entre 'direitos' e 'bens'. Pois, a criança ou embrião, ainda que não seja uma pessoa no sentido estrito do termo, não é por isso um 'bem material' utilizável a bel prazer.

O problema não está tanto na técnica de manipulação genética propriamente dita, mas sim no tipo e alcance de seu emprego. O DGPI e a terapia gênica na linha terapêutica podem ser moralmente aceitáveis, pois neste caso é possível supor um 'consentimento' da pessoa afetada pela intervenção genética. É plenamente possível antecipar um consentimento no caso do DGPI para prever uma doença com bases genéticas graves e realizar a manipulação necessária para corrigir o erro genético no genoma do indivíduo futuro, mas isso quando realizado para o seu próprio bem, não de outrem.

O suposto consentimento somente pode ser evocado, como já é o caso em muitas decisões bioéticas, quando se busca a prevenção de um mal indubitavelmente extremo. Mas, esse mesmo tipo de antecipação do consentimento não pode ser obtido no caso da terapia gênica na linha do bebê medicamento.

A principal corrente bioética que adota como básicos os quatro princípios: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, tem sido adotada como procedimento padrão na tomada de decisão acerca de questões que envolvem o início e o fim da vida pela legislação de vários países. Essa vertente exige o respeito ao consentimento livre como primeira regra, ou seja, há uma validação de maneira geral da prática do procedimento, mas, sujeita à exceção quando for justificável²⁶⁰.

A bioética então, não pode mais se abster de questões substantivas. O desenvolvimento da biotecnologia moderna veio a possibilitar intervenções de um

²⁵⁹ Op. cit. p.245.

²⁶⁰ Feldhaus, Charles. *O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas*: um comentário. Revista de direito da UFSC. v.4, n.3, 2005, p.309-319.

tipo completamente novo, que pode afetar significativamente a autocompreensão normativa da espécie como um todo²⁶¹.

Essas intervenções minam a fronteira entre aquilo que somos naturalmente e aquilo que damos a nós mesmos. Não se trata, é claro, de adotar uma postura de oposição radical ao desenvolvimento científico, mas sim, uma oposição ao prejuízo que a disponibilidade e uso não regulamentado desta tecnologia poderiam causar a autocompreensão normativa de pessoas que agem de maneira responsável e autônoma²⁶².

A programação genética, mesmo que revertida de boas intenções, de algum modo interfere na autocompreensão normativa do indivíduo, chegando a tal modo que este não pode se entender como único autor de seu projeto de vida, mas sim, com um projeto de vida limitado por preferências subjetivas de terceiros (em geral, seus pais). O tipo de atitude exemplificado pelas práticas eugênicas somente poderia ser exercido sobre coisas e não pessoas.

Conforme o entendimento kantiano, vale lembrar qual é a distinção correlata entre uma 'coisa' e uma 'pessoa'. Para Kant, uma pessoa é dotada de dignidade ao passo que uma coisa pode ser instrumentalizada. Ou seja, uma coisa pode ser usada 'apenas' como meio.

No uso da técnica do bebê medicamento, não estão em jogo apenas questões de ordem moral, mas questões de autocompreensão normativa. É, como queremos nos entender ou que identidade queremos assumir enquanto membros da espécie humana.

As novas tecnologias tornam disponível aquilo que, até então, era indisponível e deixado a cargo da natureza e do acaso, o que a princípio não é maléfico, todavia necessita de equilíbrio e cautela.

No passado, a principal preocupação do ser humano relacionava-se a sua existência e as possíveis formas de sobrevivência. Nos dias atuais, com a rápida evolução da biotecnologia e com diversos outros avanços tecnológicos, o ser humano passou a se preocupar com a qualidade da vida e, especialmente, com a possibilidade de manipular a vida²⁶³.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas*: um comentário. Revista de direito da UFSC. v.4, n.3, 2005, p. 29 e 30.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas*: um comentário. Revista de direito da UFSC. v.4, n.3, 2005, p. 29 e 30.

²⁶³ STOTT, John - Os cristãos e os desafios Contemporâneos. p. 437.

Entretanto, tais avanços devem ser feitos com responsabilidade, respeitando a vida e a integridade psicofísica das gerações presentes e futuras. Ao se questionar o tema do bebê medicamento pela perspectiva do biodireito, tem-se o fato de que, em um determinado contexto fático, é possível que um dador compatível de órgãos ou tecidos seja a única possibilidade de cura para uma pessoa, mas não sejam encontrados doadores compatíveis entre os seus familiares ou em listas de transplantes.

Como forma de salvar esse o filho doente, os pais podem decidir por utilizar técnicas de reprodução assistida, concebendo um irmão plenamente compatível e salvador do primeiro filho. No entanto, essa espécie de “eugenia fraternal” não ocorre sem efeitos colaterais, pois todos os participantes do processo passam a estar sujeitos à problemas físicos e psicológicos, muitos deles ainda nem conhecidos pelo atual estágio do conhecimento científico.

A questão em análise tem uma relação intrínseca com os direitos da personalidade pelo fato de que as pessoas devem ser vistas como um fim em si mesmas, não apenas como uma subjetividade, um mero valor ontológico, mas também como uma estrutura de valores, um ser axiológico²⁶⁴.

Na maioria dos casos, quando a criança é submetida a procedimentos médicos que tenham o intuito de salvar o irmão, como por exemplo nos casos em que é necessário retirar a medula óssea, o sangue ou os órgãos para procurar uma cura, o processo é muito doloroso e invasivo. Ainda assim, existem aqueles que não veem nenhuma violação aos direitos de personalidade do irmão salvador, argumentando que este é concebido como qualquer outra criança, isto é, com o fim de ser amado e cuidado do mesmo modo que os genitores amam e cuidam a criança adoecida²⁶⁵.

A questão, portanto, é de saber se a busca de uma cura para o primeiro filho pode justificar uma violação à integridade física ou mental, à privacidade, à falta de consentimento, etc. Em suma, onde fica, nesta questão, a dignidade do irmão salvador?

²⁶⁴ PASQUINO, Teresa. Dignità della Persona e Diritto del Malato. In RODOTÀ, Stefano; ZATTI, Paolo. *Tratato de Biodiritto: I Diritti in Medicina*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 543-564.

²⁶⁵ FREEMAN, Michael. Savior Siblings. In McLEAN, Sheila A. M. *First Do No Harm: Law, Ethics and Healthcare*. Scotland: University of Glasgow, 2006. Disponível em: https://books.google.it/books?id=Uvd3xOMIXpkC&pg=PA389&hl=ptBR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 17 out. 2022.

A base da discussão é, assim, o papel central que a pessoa humana ocupa nos ordenamentos jurídicos vigentes, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio tem uma relação com o conceito concreto de pessoa, direcionado não a uma qualidade (capacidade de direito), mas sim ao próprio sujeito na totalidade de seus elementos constitutivos e, portanto, na sua dimensão vital²⁶⁶.

Desta forma, é preciso pensar se a dignidade humana é compatível com a seleção de um embrião por meio de um exame genético. Além disso, quando se fala em técnicas de diagnóstico genético pré-implantacional, a noção de dignidade humana é fundamental e deve ser considerada tanto em seus aspectos de realidade existencial quanto ontológica.

Neste sentido, mesmo nos casos em que estas técnicas ajudem a promover a sobrevivência de uma vida humana, como seria o caso da concepção do irmão salvador, é fundamental manter a liberdade de se fazerem escolhas.

Assim, a dignidade humana é conservada apenas nos casos em que é acolhida a autonomia e o consenso do irmão salvador. Todavia, há casos, como o dos recém-nascidos, em que indivíduos não possuem capacidade para expressar o seu consentimento. Uma possível solução para esses casos, seria a busca de um consenso entre os genitores, mas nem sempre é tão simples.

Ademais, como também foi retratado no texto, é possível que um ou ambos genitores estejam tão emocionalmente afetados pela doença de seu filho que colocam o seu bem-estar acima dos interesses e do bem-estar do irmão salvador²⁶⁷.

De outra parte, existem aqueles que dizem que a dignidade humana é um conceito tão indeterminado que não fica claro por qual motivo a proteção de uma noção tão vaga deva prevalecer sobre a vida de uma criança.

A proteção à integridade física e psíquica no ordenamento pátrio pode ser vista como um desdobramento da dignidade humana, existindo previsão específica de tutela da integridade física no Código Civil, em seus artigos 13, 14 e 15, os quais

²⁶⁶ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. In TEPEDINO, Gustavo (org.). A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁶⁷ PLESSIS, Emma Kate du. The constitutional rights of 'benefactor children' and 'saviour siblings' to bodily integrity and autonomy. Dissertation, Nelson Mandela Metropolitan University, 2011. Disponível em: <http://reference.sabinet.co.za/document/EJC155243>. Acesso em: 10 dec. 2015.

garantem não apenas os direitos sobre o próprio corpo, mas também a inviolabilidade deste.²⁶⁸

Ademais, a tutela da integridade física e do equilíbrio psíquico é inerente ao direito à saúde, o qual deve ser garantido e efetivado pelo poder público, conforme preconiza o artigo 196, da Constituição Federal. Diante disto, questões atinentes ao dano à integridade física e mental do irmão salvador são, sem sombra de dúvida, um dos pontos centrais da problemática que estamos a analisar.

Os riscos físicos decorrentes do procedimento da técnica do bebê medicamento, além dos psicológicos advindos das circunstâncias da concepção que é descobrir que foi trazido ao mundo como fonte de reserva para outra pessoa, podem se tornar devastadores e intrinsecamente roubar a individualidade do irmão salvador.

A utilização de técnicas de reprodução assistida e de biopsia embrional durante o procedimento de diagnóstico pré-implantacional cria inegáveis riscos de dano físico. Da mesma forma, técnicas invasivas de transfusão ou transplante também criam riscos físicos e psicológicos.

Além disso, as intervenções médicas realizadas no embrião, para assegurar que ele nasça sem doenças, não visam o interesse de quem está nascendo, mas sim a compatibilidade com o irmão doente que já existe.

Isso significa que, em última instância, a proteção de interesses é voltada exclusivamente para o irmão doente e não para aquele que suporta os riscos do uso destas técnicas.

Há quem afirme, no entanto, que quando a criança nascer, ela não sofrerá dor, já que o procedimento de retirada das células estaminais do cordão umbilical não é um procedimento invasivo e, portanto, não haveria lesão à criança.²⁶⁹

Todavia, nos casos em que existe a necessidade de uma transfusão ou transplante, existem outros problemas correlacionados à integridade física de doadores de células estaminais, como a dor e o cansaço, além dos riscos da anestesia geral, usada para o transplante da medula óssea.²⁷⁰

²⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁶⁹ FREEMAN, Michael. Savior Siblings. In McLEAN, Sheila A. M. First Do No Harm: Law, Ethics and Healthcare. Scotland: University of Glasgow, 2006. Disponível em: https://books.google.it/books?id=Uvd3xOMIXpkC&pg=PA389&hl=ptBR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 17 out. 2022

²⁷⁰ TAYLOR-SANDS, M. Creating saviour siblings: reconsidering the role of the welfare of the child principle in regulating pre-implantation tissue typing in Australia. PhD thesis, Melbourne Law School,

Acerca dos aspectos psicológicos, dois pontos merecem ser lembrados. O primeiro diz respeito ao momento em que a criança descobre que foi concebida somente para ajudar o irmão a sobreviver. Ademais, questiona-se o risco desta mesma criança ser rejeitada após ela atingir (ou não) a finalidade de salvar o irmão. Já os defensores argumentam que seria mais provável crer que o irmão salvador se sentisse orgulhoso e satisfeito por saber que foi responsável por salvar a vida de seu irmão e que isso estaria de acordo com o melhor interesse da criança, no entanto é necessário considerar as pressões criadas pelas expectativas dos pais.

Essas pressões certamente refletirão na qualidade de vida do irmão salvador. Isso pode criar tensões na autoimagem da criança, que é quando o filho se questiona: devo ser aquilo que sou ou aquilo que meus pais desejam?

Em alguns cenários isso pode levar a quadros de ansiedade e depressão. Um estudo desenvolvido na Carolina do Norte, demonstrou que os irmãos doadores, que possuem como papel principal “salvar” a vida do irmão, correm o risco de adquirir sentimentos de inferioridade, bem como de exclusão e de isolamento da família²⁷¹.

Como narra a pesquisa, psicólogos pediram às crianças que fizessem um desenho da própria família e uma das crianças não se incluiu no próprio desenho. Este mesmo estudo mostrou que a ansiedade, o estresse e o temor sobre o que pode acontecer se o tratamento for abandonado são, nesses casos, sintomas comuns. Verificou-se, também, a existência do sentimento de não possuir qualquer controle sobre o próprio corpo. Os dados também apontaram que, para alguns, submetidos ao procedimento de doação, a possibilidade de salvar a vida do irmão não compensou o sofrimento causado.²⁷²

Essas análises acerca do tema traz reflexos no âmbito da autodeterminação e da liberdade de escolha, recebendo status constitucional, que, embora não previsto expressamente, pode ser visto como uma decorrência da cláusula geral de liberdade e das normas jurídicas que visam resguardar os projetos de vida dos indivíduos.²⁷³

The University of Melbourne, 2010, p. 153. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11343/36116>. Acesso em: 15 out. 2022.

²⁷¹ MILLS, Janelle. Understanding the position of the savior sibling: How can we save lives and protect savior siblings? Winston-Salem, North Carolina, 2013.

²⁷² Ibidem, p. 53

²⁷³ NETO, Heráclito Mota Barreto. O princípio constitucional da autonomia individual. Boletim científico ESMPU, Brasília, a. 13 – n. 42-43, p. 331-366 – jan./dez. 2014.

Em outro sentido, existem aqueles que trazem a dignidade humana como autonomia, no sentido de que a promoção de uma vida digna pressupõe, invariavelmente, o respeito à autonomia do indivíduo e de que a dignidade humana abarca uma dimensão de empoderamento, de forma a garantir aos indivíduos as condições necessárias de decisão e ação para alcançarem seus objetivos existenciais.²⁷⁴

Assim, nota-se que é em decorrência da dignidade humana, no âmbito das relações médicas, existe o princípio do consentimento informado, de forma que o respeito à autonomia e à autodeterminação é pressuposto para que seja considerada lícita a manifestação da vontade do paciente em se submeter a um tratamento perigoso ou doloroso.

Diante disto, no caso do bebê medicamento, há um evidente problema: a decisão sobre a doação é feita pelos genitores, representantes legais da criança.²⁷⁵ Nesses casos, a criança não possui condições de se exprimir, já que a necessidade de assistência genética é automática, de tal modo que a doação é essencialmente compulsória.

Assim, o irmão geneticamente selecionado pode ser constrangido, por sua família ou por seus representantes legais, para se submeter a um processo de doação, através do procedimento de transfusão, transplante de medula óssea e também de doação de órgãos.

Nesses casos, a autorização fornecida pelos genitores não pode ser vista do mesmo modo que o consentimento informado, considerada a situação da criança que foi concebida especialmente para ser submetida a tais procedimentos.

A Constituição Federal trata a saúde como um direito social fundamental de todos os indivíduos e o reconhecimento da autonomia e da autodeterminação impõe o consentimento livre e informado para a realização de intervenções médicas e biológicas.

A questão, portanto, é se a criança que ainda não tem a plena capacidade de fornecer o seu consentimento, pode ser constrangida a se submeter a procedimentos invasivos com a simples permissão dos seus genitores.

²⁷⁴ Ibidem, p. 366.

²⁷⁵ LENTI, Leonardo. Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa. In RODOTÀ, Stefano; ZATTI, Paolo. *Tratatto de Biodiritto: I Diritti in Medicina*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

Mesmo que a criança já consiga exprimir sua vontade, permanece a questão de saber se este consentimento é verdadeiramente uma reflexão honesta de sentimentos ou um reflexo de um sentimento de dever, já que a doação é a razão da concepção do irmão salvador.

Não se pode menosprezar, ainda, eventuais pressões, conscientes ou inconscientemente, a que o doador possa ser submetido pela família. Neste sentido, o transplante feito com crianças menores e incapazes, que ainda não possuem a maturidade para compreender as consequências deste ato, realizado apenas com a permissão dos genitores, pode ser interpretado como uma aberração jurídica.

O fato de uma criança não ser capaz de avaliar a complexidade da situação não pode ser motivo para que os seus genitores disponham livremente sobre o seu corpo²⁷⁶, já que negar a autonomia das crianças mostra claramente que o seu status como indivíduo independente é ignorado e que ela ainda é tratada como uma mera propriedade dos genitores.

Além desses aspectos acerca da autonomia, a privacidade também deve ser levada em consideração para análise do tema.

A privacidade por ser definida como direito de manter o controle sobre as próprias informações e, de forma mais geral, se apresenta como uma dimensão da própria liberdade existencial, constitutiva não apenas da esfera privada, mas também da pública²⁷⁷.

A doutrina pátria classifica o direito à privacidade como gênero do qual o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são suas composições. Assim, o direito à privacidade abarcaria todos os direitos fundamentais assegurados pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

A privacidade é, portanto, um princípio que garante a tutela das informações, dos dados pessoais, que possuem uma tutela específica a fim de garantir os direitos fundamentais correlatos.

Dentre esses dados pessoais existem os dados genéticos, quaisquer dados que dizem respeito às características hereditárias de um indivíduo. Especificamente no que tange à natureza dos dados genéticos, nota-se que a doutrina os trata como dados sensíveis, ou até mesmo como super-sensíveis, tendo em vista as

²⁷⁶ RAMOS, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos savior siblings.

²⁷⁷ RODOTA, Stefano. Antropologia dell'homo dignus, 2010. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Rodot%C3%A0-civilistica.coma.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

consequências que a sua difusão podem gerar para o indivíduo, o que impõe, por conseguinte, a necessidade de um dever especial de cuidado e de garantias reforçadas de proteção.²⁷⁸

Neste sentido, a seleção do embrião geneticamente compatível com o irmão adoecido poderia adentrar a privacidade da esfera genética, já que este procedimento pressupõe a análise de todo o perfil genético, que constitui a própria essência do indivíduo, que é a sua identidade mais profunda, além de permitir traçar a sua história presente e futura.²⁷⁹

Outras questões que também merecem atenção dizem respeito à falta de consentimento sobre como o tecido descartado do doador vai ser utilizado e o acesso às informações sobre um potencial doador: a) a respeito de sua compatibilidade com o destinatário; e b) de que não possui a doença do destinatário.

A questão principal, no entanto, persiste: a possibilidade de salvar um irmão seria um bom motivo para justificar uma imersão nos dados genéticos da criança a ser concebida?

Para responder tais indagações, é importante considerar os direitos do melhor interesse da criança.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 227, caput, o qual consagrou o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 4º, caput, e 5º.

Diante disto, no caso do bebê medicamento, no qual a vontade da criança não pode ser aferida de forma segura e em que o consentimento dos genitores é evidentemente suspeito, há que se realizar um sopesamento de interesses das crianças.²⁸⁰

A questão gira em torno de eventual ausência de autonomia do irmão salvador e o consentimento dos genitores. Neste caso, no que diz respeito à submissão ao procedimento de doação, os pais seriam capazes de decidir de acordo com o melhor interesse do irmão salvador? Como intérpretes privilegiados, já

²⁷⁸ GIANANTE, Ana Letícia Valladão; NOJIRI, Sérgio. Como o filme uma prova de amor lida com a questão do “irmão salvador” (e o que podemos aprender com ele). *Revista de Direito, Arte e Literatura*. Curitiba. v. 2. Jul/Dez. 2016, p. 17-32.

²⁷⁹ *Ibibem*, p.15.

²⁸⁰ PLESSIS, Emma Kate du. The constitutional rights of ‘benefactor children’ and ‘saviour siblings’ to bodily integrity and autonomy. Dissertation, Nelson Mandela Metropolitan University, 2011. Disponível em: <http://reference.sabinet.co.za/document/EJC155243>. Acesso em: 10 out. 2022

que devem, em tese, tomar a melhor decisão no interesse dos filhos, os pais poderiam optar pela realização dos melhores interesses do outro filho? Há quem afirme que o melhor interesse da criança é tornar-se um irmão salvador, já que seria possível ajudar seu irmão e também tornar os genitores mais felizes.²⁸¹

De acordo com essa visão, existe uma relação entre os interesses sociais, emocionais e psicológicos de uma pessoa com a felicidade da sua família e, por essa razão, a alternativa à doação, que seria deixar o irmão morrer, desenvolveria na família um desagradável sentimento marcado pela morte de um de seus membros. Além disso, afirma-se que o bem-estar dos outros é parte do bem-estar da própria pessoa que ajuda.

Desse ponto de vista, a doação seria no melhor interesse da criança. A situação, no entanto, não é tão simples assim. Só para mencionar algumas possíveis complicações: podem haver riscos na biopsia embrional e no processo de doação, além da real possibilidade de o procedimento não curar a doença do irmão. Assim, tratar do melhor interesse do irmão salvador significa considerar que ele não deverá sofrer danos físicos, psicológicos ou sociais.

3.4 Dos limites antropológicos na realização do bebê medicamento

A antropologia jurídica visa ocupar-se do direito. O que significa direito? O antropólogo pode considerar direito também a regra imposta por uma pressão social genérica, e pode considerar antidireito também aquilo que suscita uma reação social negativa, desvinculada de remédios e de sanções.

O antropólogo pode circunscrever o direito à sua maneira sem que isso invalide a sua ciência, pode chamar de jurídica a norma cujos conteúdo não correspondem à suas preferências.

A mais velha narrativa antropológica que realça as indagações acerca da vida humana é a “Apopéia” de Gilgamesh, que relata as peregrinações de um jovem rei, meio homem meio deus, que, tendo perdido Endiku, companheiro feito à sua semelhança, percorre o Universo em busca de uma resposta à questão. “Por que morrer?” Como não morrer?” Nascida com a humanidade, essa pergunta a

²⁸¹ GIANSANTE, Ana Letícia Valladão; NOJIRI, Sérgio. Como o filme uma prova de amor lida com a questão do “irmão salvador” (e o que podemos aprender com ele). Revista de Direito, Arte e Literatura. Curitiba. v. 2. Jul/Dez. 2016, p. 17-32.

atormenta incessantemente. E porque nos promete respondê-la algum dia, a genética e as biotecnologias mobilizam tantos recursos e despertam tantas paixões.

Desvelar os segredos da constituição do homem, ter filhos perfeitos. Conhecer e dominar as causas últimas da doença e da velhice, sobreviver a si mesmo através e por meio de um duplo de si: todos esses velhíssimos sonhos de que hoje está encarregada a biotecnologia. A ciência e a técnica despertam essa mescla de esperança e de medo que presidiu há alguns séculos a edificação das catedrais.

Segundo o entendimento de Habermas, selecionar os embriões de modo premeditado, com intuito de melhorá-los, é algo censurável, pois ofende os princípios liberais de autonomia e igualdade. Infringe a autonomia do sujeito porque os indivíduos que são geneticamente programados não podem ser encarados como os “únicos autores de sua própria história de vida”²⁸². Prejudica a igualdade na medida em que destrói “as relações essencialmente simétricas entre seres humanos livres e iguais”²⁸³ ao longo das gerações. Uma das medidas à tal assimetria é que quando os pais se transformam nos projetistas dos filhos, eles incorrem de modo inevitável em uma responsabilidade pela vida deles que não pode ser recíproca.²⁸⁴

Habermas continua seu entendimento com o objetivo de demonstrar que o nascimento, “por ser um fato natural, atende aos requisitos conceituais e constituir o início que não podemos controlar. A filosofia raramente aborda essa questão”. Uma exceção, observa ele, está nos escritos de Hannah Arendt, que apresenta os seres humanos como algo que advém de um processo natural, e não de um processo de fabricação.²⁸⁵

Segundo Michael Sandel, “o problema da engenharia genética é que as ‘crianças projetadas’ não são inteiramente livres; até mesmo os melhoramentos genéticos desejáveis conduziram a criança a essa ou àquela escolha de vida”, conduta esta que fere “sua autonomia e violando seu direito à escolha própria de um projeto de vida”.²⁸⁶

Sandel, continua sua argumentação no sentido de que:

²⁸² Os argumentos de Arendt sobre natalidade e atos humanos podem ser encontrados em Hannah Arendt, *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press, 1958, pp. 8-9, 177-178, 247).

²⁸³ Ibidem., p.23.

²⁸⁴ Ibidem., p.64-65.

²⁸⁵ Ibidem., pp.58-59.

²⁸⁶ SANDEL, Michael J., 1953 – *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética* / Michael J. Sandel; Tradução Ana Carolina Mesquita. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 20.

Ninguém, entretanto, escolhe a própria herança genética. A alternativa a uma criança clonada ou geneticamente melhorada não é uma criança cujo futuro está isento de restrição e do espoco de talentos específicos, mas sim uma criança que está à mercê da loteria genética.²⁸⁷

A proposta de E. Sgreccia²⁸⁸ para a bioética, denomina-se como personalista por ter sua centralidade na concepção de pessoa, encarada como “unitotalidade” (corpo-alma) do ser, fonte dos demais valores. Para o moralista católico, o conceito de ser humano e pessoa são indissociáveis; quando se fala em ser humano, fala-se de pessoa humana.

Desde a fecundação (feto, embrião), o ser humano é pessoa e portador de todos os direitos, em especial, o direito à vida, mesmo não podendo expressar sua autonomia, sua racionalidade ou manifestar suas vontades. Isso não desqualifica esse ser enquanto pessoa humana, uma vez que, por bem, de fato inquestionável, pertence à espécie humana.

Além disso, possui a dignidade humana, assim como todos os outros seres humanos que manifestam sua capacidade de autonomia, pois, para o personalismo, a pessoa humana é um valor em si mesmo, desde a fecundação até a morte, nunca como meio para o benefício de outros seres humanos ou da própria ciência (clonagem, embriões congelados e células-tronco embrionárias).

A autonomia da vontade se refere à lei moral que em nós, seres racionais sensíveis, notadamente se apresenta como um imperativo, apontando para um dever. Uma vez que tal lei não é dada meramente partindo de um raciocínio hipotético, como “para atingir X é preciso executar a ação Y”, mas sim está, ela própria, vinculada à natureza racional como seres. Apesar de sensíveis e racionais, a lei moral se expressa nos humanos como um imperativo categórico, apontando para um curso universal e necessário de ações a serem realizadas ou deixadas de serem realizadas.

O imperativo categórico é, basicamente, um procedimento de verificação da viabilidade moral de nossas ações. Kant expõe três formulações principais de tal imperativo, bem como variantes para a primeira e terceira formulação, totalizando cinco formulações. A primeira, pode-se dizer que mais conhecida, formulação reza:

²⁸⁷ Ibid., p. 21.

²⁸⁸ Sgreccia E. Manual de bioética. I — Fundamentos e ética biomédica. Tradução de Orlando Soares Moreira. 2ª ed. São Paulo: Loyola; 2002.

“Age apenas segundo a máxima pela qual possas querer simultaneamente que ela se torne uma lei universal”.²⁸⁹

Uma máxima, para Kant, seria um princípio subjetivo do querer, adotado por um sujeito agente, como, por exemplo: “sempre procuro ajudar alguém em necessidade quando este se encontra à minha frente”. Se uma máxima pode ser universalizada - qualquer outro ser humano poderia adotá-la, sem que contrariasse, com isso, o que a lei moral ordena -, então ela é considerada moralmente boa.²⁹⁰

Um outro modo de interpretar os mandamentos da lei moral é analisar aquela que é comumente considerada a segunda formulação do imperativo categórico - a “Fórmula da Humanidade”: “Age de tal modo que uses a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, em todo momento simultaneamente como um fim, e jamais meramente como meio”.²⁹¹

A humanidade, nesse sentido, não deve ser entendida como um conceito antropológico (empírico), mas sim como um conceito racional, que aponta para a própria natureza racional.

Somos seres dotados de uma natureza racional, e, de fato, de uma razão prática, nossa vontade, enquanto “faculdade de determinar a si mesma a agir de acordo com a representação de certas leis”.²⁹²

Tal natureza racional possui um valor absoluto, como fim em si mesma. Esse valor absoluto pode ser entendido como uma dignidade, que se distingue de um mero preço. Como seres dotados de dignidade, não podemos ser tratados como meros meios, mas devemos respeitar e ser respeitados como fins em si mesmos.

Esse argumento só é possível à luz da autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade: porque a nossa própria razão nos dá a lei a ser seguida, possuímos dignidade, e, como autônomos, somos seres livres.

Em linhas gerais, Kant busca possibilitar a reciprocidade entre liberdade e lei moral mediante a dupla cidadania do ser humano nos mundos sensíveis (enquanto ser sensível) e inteligível (enquanto ser racional). Como agente de ambos os mundos, o ser humano estaria vinculado à ação por meio do mundo inteligível, uma vez que considerado seu eu inteligível como “o eu verdadeiro”.

²⁸⁹ KANT, Immanuel. *Liberdade bem-ordenada: Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Ibidem.

O ser humano, como autônomo, deveria ser entendido como livre em um sentido prático. Tal sentido prático se distingue do sentido teórico, que não pode ser provado. Na terceira antinomia da dialética transcendental de KrV (A 444/B 472 – A 451/B 479), Kant já apontara para a possibilidade de se pensar a ideia da liberdade, embora sem poder ter dela conhecimento teórico. Qualquer uma das duas teses (de que há liberdade no mundo e de que não há) não poderia ser provada, uma vez que em nenhuma das duas o objeto referente se encontra na nossa sensibilidade. Não obstante, por mais que não se possa prová-la teoricamente, pode-se pensá-la por meio da faculdade do entendimento e justamente isso abre caminho para o uso prático do conceito de liberdade. Como seres autônomos, ou potencialmente autônomos, somos livres e como tais devemos ser tratados.²⁹³

De que o ser humano tenha um dever moral de ser tratado como um ser livre (não meramente como um meio, mas sim como um fim em si mesmo), Kant tira um dever jurídico - “o direito inato é apenas um único”, que é, assim, a liberdade. Tal liberdade, no caso do direito, é caracterizada como “liberdade (independência de um outro arbítrio que obriga), na medida em que ela pode coexistir com a liberdade de todo outro segundo uma lei universal”, sendo “este direito único, originário, pertencente a todo ser humano por força de sua humanidade”. Assim, pode-se conceber o direito como uma estrutura de relações simétricas entre indivíduos livres e iguais, na qual a dominação e a assimetria de poder estão excluídas.²⁹⁴

A liberdade, como direito inato, é uma liberdade externa - na medida em que nenhum ser humano tem o direito de tratar outro como um mero meio, isto é, impondo sobre o arbítrio de outro seu próprio arbítrio. Todos os seres racionais sensíveis têm um dever ético de respeitar a condição de outros (e de si mesmos) como autônomos, e justamente por isso há também um dever jurídico. Não é possível controlar, externamente, a motivação de agentes visando a não violação da liberdade externa de outros; isso cabe exclusivamente à ética, sendo uma questão do sujeito agente consigo mesmo. Entretanto, é possível obrigar tal respeito - e isso acontece mediante o conceito de direito, que está vinculado ao conceito de coerção.²⁹⁵

²⁹³ KERSTING, Wolfgang. Kant über Recht. Paderborn: Mentis, 2004, pg. 49.

²⁹⁴ KERSTING, Wolfgang. Kant über Recht. Paderborn: Mentis, 2004, pg. 49.

²⁹⁵ KERSTING, Wolfgang. Liberdade bem-ordenada: Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, pg. 67.

4 PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

O cenário brasileiro, quanto a atualização das leis que estão voltadas para atividades que estabeleçam e regulem as normas que tratam da engenharia genética, é bastante desanimador.

A lei mais recente que aborda este assunto é datada do ano de 2005, a Lei nº 11.105, que, embora tenha uma alteração disposta no seu escopo, no ano de 2007 não sofreu qualquer nova revisão. A Lei de Biossegurança, como é chamada, dispõe fundamentalmente sobre as normas que regulam os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Ainda que em vigência na legislação pátria o tema se concentre na Lei 11.105/2005, outros projetos sobre o mesmo mote tramitam na Câmara Legislativa, a exemplo da PL 478/200735, que propõe a criação do Estatuto do Nascituro e a PL 8116/201436, que dispõe sobre sua proteção. A base de criação destes projetos está na necessidade de criação de uma legislação que, agregada ao Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, vise resguardar os direitos do nascituro, conforme já previsto nos artigos art. 2º²⁹⁶, art. 1609²⁹⁷, par. único, art. 1779²⁹⁸ e art. 1798²⁹⁹ da Lei 10.406/2002 (Código Civil) bem como no art. 7º da Lei 8.069/1990.³⁰⁰

Com foco central no Estatuto do Nascituro, esse se apresenta como um projeto de lei prevendo assegurar que embriões, fetos, zigotos, ou, todos os seres concebidos, mas ainda não nascidos – chamados na proposta legislativa de nascituro – são pessoas. São assim pessoas legais e devem ter seus direitos conferidos às Pessoas (no sentido aqui da Pessoa Física da Constituição Federal) consideradas enquanto tal nesse cenário. São aqui então inseridos direitos à imagem, honra, integridade física, vida, herança, convívio familiar, entre outros.

Assim, desde o momento de sua concepção, o nascituro é protegido por vias legais. Ele é uma pessoa e deve ser encarado enquanto uma – mesmo que *in vitro*.

²⁹⁶ CC/2002, Art. 2. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro

²⁹⁷ CC/2002, Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

²⁹⁸ CC/2002, Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

²⁹⁹ CC/2002, Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

³⁰⁰ ECA, Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Seria proibido, assim, casos de aborto (mesmo os que atualmente estão previstos em lei) e pesquisa ou descarte de embriões *in vitro*.

Não há, para doutrina e jurisprudência, uma definição correta sobre o momento da obtenção da personalidade jurídica pelo nascituro, de modo que ambas defendem sua esteira de raciocínio. Ainda, através de uma pesquisa junto aos Tribunais Brasileiros, podemos observar que, apesar de não pacífico seu entendimento, o atual contexto social já indica em que rumo estamos seguindo.

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista. No julgamento do RE 99.038, em 1993, por sua 2ª Turma, sendo relator o Ministro Francisco Rezek, decidiu a referida Corte que a proteção de direito do nascituro é, na verdade, “proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo”, aduzindo que as hipóteses previstas no Código Civil de 2002 “relativas ao nascituro são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido”.³⁰¹

Posteriormente, no julgamento da Reclamação n. 12.040-DF, por seu Tribunal Pleno, sendo relator o Ministro Néri da Silveira, reconheceu ao nascituro o direito ao reconhecimento de sua filiação, garantindo-se lhe a perfilhação, como expressão da sua própria personalidade, com o direito de ver realizado o exame DNA, apesar da oposição da genitora.

E, em maio de 2008, no julgamento da ADI 3.510, em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade da autorização legal para a manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, autorizada pela Lei de Biossegurança (art. 5º da Lei n. 11.105/2005), prevaleceu, por apertado resultado (6x5), o entendimento do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que a lei é constitucional.

Em seu voto, expôs o ilustre julgador a sua posição no sentido de que “as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil”, assentando que “a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), aos “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), ao “livre exercício dos

³⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1, parte geral. 9.ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

direitos individuais” (art. 85, III) e aos “direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa”.³⁰²

De tal maneira, cumpre-nos citar, dentre as diversas, algumas das decisões que se baseiam nas teorias vergastadas:

STJ. AÇÃO DE COBRANCA. SEGURO OBRIGATORIO - DPVAT. INTERRUPTÃO DE GESTAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRETENSÃO DE RECEBER A INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO NASCITURO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL. DEVIDO O PAGAMENTO DE R\$ 13.500,00, QUANTIA PREVISTA NA LEI N. 6.194/74. CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. STJ. CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. DIREITO. À REPARAÇÃO E À COMPENSAÇÃO. MORTE DE TERCEIRO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. VALOR. MINORAÇÃO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. ÔNUS SUCUMBENCIAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

Assim sendo, a teoria natalista aduz em sua explanação que o nascituro possui apenas e tão somente direitos após o nascimento com vida. Dado o exposto em um momento mais avançado a teoria da personalidade condicionada preserva em sua estrutura que o nascituro possui direitos restringidos, ou seja, direitos existenciais, e os demais direitos estão assegurando pelo ordenamento jurídico após o seu nascimento com vida. A partir deste ângulo, surge à terceira teoria, a concepcionista, que destaca que o nascituro detém todos os direitos necessários para sua concepção, bem como direito à vida, alimentos gravídicos, dentre outros.

Por fim, diante dessa variedade de direitos que são reconhecidos e confirmados ao nascituro, antes mesmo de seu nascimento, pelo ordenamento jurídico brasileiro – Constituição Federal, Pacto São José da Costa Rica, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Penal e também o próprio Código Civil –, conclui-se que o nascituro é pessoa, sujeito e titular de direitos da personalidade jurídica, e esta, por sua vez, começa no lapso temporal da fecundação, cabendo ao direito, ou melhor, aos operadores desta Ciência, proteger o nascituro.

Assim, são os documentos que tornam o nascituro pessoa ou o que podemos chamar de não-pessoa. Os documentos constituem um universo de possibilidades a tornar esse espaço do desenvolvimento humano uma pessoa legal. Ainda que possam existir interesses que transbordam esse universo documental,

³⁰² Ibidem.

eles expressam uma lógica que deve ser seguida, que abre e fecha possibilidades, que permite diálogos de forma a se produzir pessoas, omitir pessoas, interpretar documentos, e privilegiar determinados assuntos, interpretações, argumentações. Os projetos de lei são construções possíveis nesse universo documental – o Estatuto do Nascituro se apresenta então como uma das possibilidades de interpretação de documentos em vigor, uma possibilidade que opta por tornar o nascituro uma pessoa, e sendo assim, isto é possível.

Mas se é possível tornar o nascituro pessoa ou não-pessoa, ainda nos paira a dúvida de como os documentos inseridos nesse universo o fazem, ou então, como poderíamos expressar essa arquitetura de construção de argumentações, e, para nosso caso e objetivo, construção de pessoas?

Parte daqui a ideia das pessoas produzidas nos documentos sobre aborto. Anteriormente fora afirmado que nos documentos sobre aborto existe uma preocupação com as pessoas, em defender determinados personagens como pessoas legais, tornando-os assim sujeitos de direito de determinada proposição. Sendo os sujeitos de direito aquilo ou quem, estes têm seus direitos e deveres prescritos, cujo comportamento se pretende regular.³⁰³

Tais sujeitos não são apenas as defesas das redações dos projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados sobre aborto, mas também são sujeitos de direito que tem e devem ter (de acordo com cada redação e argumentação) direitos enquanto pessoas, pessoas legais.

O ser humano, independentemente de sua fase de desenvolvimento, sempre deverá ter um fim em si próprio. “A pessoa humana, qualquer que seja o modo pelo qual foi concebida, não pode ser considerada um meio para a satisfação de um fim”.³⁰⁴

Neste sentido, a seleção de embrião com finalidade terapêutica é questionada, ou seja, o bebê medicamento não resultaria em uma coisificação da própria vida humana, consistindo a criança oriunda deste procedimento em um instrumento para salvar a vida do irmão.

A ciência e a medicina só podem ser utilizadas para a promoção contínua do bem-estar, da saúde e da dignidade dos seres humanos envolvidos nessas técnicas,

³⁰³ CANTISANO, W. et al. Anatomia dental e escultura. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1978.

³⁰⁴ AGUIAR, Mônica. Direito à intimidade genética em face do art.232 do código civil e sua defesa pela criação de um habeas genoma. Evocati Revista, v. 22, p. 1-20, 2007.

independente da etapa de seu desenvolvimento. As técnicas científicas de um modo geral são eticamente válidas se realizadas em benefício e respeito ao ser humano, desde a fase embrionária até a fase adulta. Isto é, quando condizentes com os preceitos jurídicos e bioéticos que visam proteger a dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.

Em 2012, em uma pesquisa acerca das divergências doutrinárias sobre o tema, Restrepo³⁰⁵ apresenta duas faces do bebê medicamento. Em seu estudo, verificou-se que, dentre as referências encontradas, a maioria dos autores da biomedicina e da medicina considerou a técnica lícita e válida. A visão favorável defende que “ninguém é prejudicado e há um imperativo ético que é salvar uma vida e que é preferível ao aborto” (*tradução nossa*).³⁰⁶

Os principais argumentos favoráveis são: a técnica é melhor, pois caso a concepção de modo natural não resulte na compatibilidade genética entre o feto e o irmão, a gravidez pode resultar em um aborto; deve ser respeitada a autonomia dos pais e a sua liberdade reprodutiva; o procedimento possibilita a salvação de uma vida, por isso é eticamente válido; não se causa um dano, pelo contrário, está se fazendo um bem para uma vida e para toda uma família; permite uma forma de tratamento mais fácil para o irmão enfermo, na medida em que, na maioria das vezes, são utilizadas células do cordão umbilical, sem precisar do transplante de medula óssea, o que é menos invasivo para o próprio bebê medicamento.

Por outro lado, a posição contrária ao bebê medicamento afirma que está sendo feito um tratamento inadequado contra as mulheres por submetê-las a um procedimento complexo, ineficiente e perigoso e, por outro lado, a discriminação dos embriões, ao rejeitar muitos saudáveis por não serem compatíveis.

4.1 Situações jurídicas subjetivas existenciais

O ser humano é considerado o centro do ordenamento jurídico. É com ele que o Direito se preocupa e, por esse motivo, cria normas como forma de regular a vida do homem, atentando sempre para o respeito à sua dignidade. O Direito Civil

³⁰⁵ RESTREPO, Ricardo Sanín. Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo. 1a ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

³⁰⁶ “no se hace daño a nadie y hay un imperativo ético que es salvar una vida y que es preferible al aborto”

costumava centralizar o seu estudo no ter, deixando o ser marginalizado como categoria jurídica.

No entanto, o vértice do ordenamento jurídico brasileiro não se encontra no ter, mas sim no ser, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, reconhece a tutela da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme explicita Rose Melo Vencelau Meireles³⁰⁷, “sendo a norma constitucional do art. 1º, III, cláusula geral de tutela da pessoa humana, tem-se opção valorativa que privilegia o ser em relação ao ter”.

Preleciona Ana Carolina Brochado Teixeira³⁰⁸ que, “tendo em vista a centralidade da pessoa humana no ordenamento, o fator que mais releva é o ser e não o ter, fenômeno que denominamos de personalização do direito civil”. Situações jurídicas subjetivas existenciais são aquelas voltadas para as categorias do ser, sendo identificadas com os direitos da personalidade. Tratam-se de situações voltadas à tutela da pessoa humana, ou seja, a pessoa é, simultaneamente, o sujeito titular da situação e o ponto de referência objetivo da tutela”.

Consoante ao ensinamento de Rose Melo Vencelau Meireles:

Nas situações existenciais, a pessoa não tem apenas um vínculo de titularidade, como ocorre com as demais situações jurídicas subjetivas. A pessoa é o próprio interesse. Cabe ressaltar que a pessoa não se reduz ao mesmo nível das coisas ou fatos, a mero elemento da relação jurídica.

As situações jurídicas subjetivas existenciais pertencem à categoria do ser, onde não existe dualidade entre sujeito e objeto, uma vez que ambos representam o ser. A pessoa é elemento interno e externo da relação jurídica, alcançando patamar de valor. Explicita Rose Melo Vencelau Meireles: “com efeito, dizem-se existenciais as situações jurídicas pessoais ou personalíssimas no momento em que titularidade e realização coincidem com a existência mesma do valor”.³⁰⁹

As situações existenciais têm como função imediata a promoção do desenvolvimento da personalidade, alcançando o topo na hierarquia valorativa constitucional. Prevalecendo nas situações existenciais, a pessoa não tem apenas

³⁰⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações existenciais*. In: Revista trimestral de direito civil, v. 25, Rio de Janeiro, jan./mar. 2006.

³⁰⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 28.

³⁰⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações existenciais*. In: Revista trimestral de direito civil, v. 25, Rio de Janeiro, jan./mar. 2006.

um vínculo de titularidade, como ocorre com as demais situações jurídicas subjetivas. A pessoa é o próprio interesse. Cabe ressaltar que a pessoa não se reduz ao mesmo nível das coisas ou fatos, a mero elemento da relação jurídica.

Rose Melo Vencelau Meireles³¹⁰ aduz que na hierarquia dos valores constitucionais, a pessoa humana alcança o ápice do sistema jurídico brasileiro. Disto resulta que as situações jurídicas subjetivas existenciais prevalecem sobre as patrimoniais em hipótese de conflito, pois naquelas em primeiro plano se exprime o ser e o agir da pessoa humana.

Preleciona a autora supracitada que “será existencial a situação jurídica subjetiva se os efeitos diretos e essenciais incidirem sobre a personalidade do seu titular”.³¹¹

Caio Mário da Silva Pereira³¹² expõe que “a concepção dos direitos da personalidade sustenta que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, ditos patrimoniais, outros há, não menos valiosos, merecedores de amparo e proteção da ordem jurídica”.

Além dos direitos patrimoniais, o homem é sujeito de relações jurídicas despidas de expressão econômica, que representam um alto valor para o seu titular, por estarem ligadas a situações específicas próprias do ser humano. Os direitos da personalidade residem nessas relações.

Ana Carolina Brochado Teixeira conceitua os direitos da personalidade como:

Projeção de algum aspecto da personalidade em espaços de subjetividade e intersubjetividade, que deve ser tutelado pelo Estado na medida da necessidade individual, de acordo com os valores que a própria pessoa estabeleceu como prioritários para o livre desenvolvimento da sua personalidade.³¹³

Com o fim de se obter a efetivação e a garantia dos direitos fundamentais, é necessário o reconhecimento do ser humano como a própria razão da existência da situação jurídica, na qual deve ter a promoção e proteção de sua personalidade. Assim como forma de positivação explícita da proteção à pessoa, os direitos da personalidade passam a ser considerados de grande relevância.

³¹⁰ Ibidem, p. 52.

³¹¹ Ibidem, p. 52.

³¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 3, p. 69

³¹³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBD Civl*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

A titularidade das situações jurídicas subjetivas existenciais é exclusivamente da pessoa que, por esse motivo, tem o direito de se autodeterminar. Essas situações jurídicas subjetivas existenciais devem ser amparadas pelo Estado, com o fim de que os direitos da personalidade se concretizem como expressão da dignidade. Diante de tudo o que foi exposto, pode-se perceber que o Direito Civil constitucionalizado passou a se preocupar com a categoria do ser ao invés do ter.

Assim, as situações jurídicas subjetivas existenciais, identificadas como direitos da personalidade, alcançaram o topo na hierarquia constitucional, passando a ser protegidas pelo Direito como forma de alcançar o respeito à dignidade da pessoa humana.

O ser humano exerce os seus direitos da personalidade a partir de sua autonomia privada. Ele é livre para regular a sua própria vida, no entanto, o seu âmbito de liberdade não pode ultrapassar a autonomia privada alheia, garantindo-se o bem comum de toda a sociedade, de forma que sejam concretizados os interesses particulares, sem que haja o desrespeito dos direitos da personalidade dos outros.

4.2 Atuação Jurisdicional

Até o final do século XIX, as normas jurídicas exerciam função de punir determinados comportamentos, de modo que obrigavam as pessoas a se comportarem de certa maneira. Contudo, já no século XXI, a função primordial da norma jurídica passa a ser preventivo, ou seja, há indução de determinados comportamentos.

Nesse sentido é preciso entender que a atuação do legislador e do juiz não devem se confundir. Enquanto o primeiro atua com projeção para o futuro, o segundo atua nos tempos presente ou passado³¹⁴, lidando com situações que já se concluíram ou que estão prestes a acontecer. Nesse sentido, diante da hipótese de uma omissão legislativa causada pela inércia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem o dever de apreciar uma lesão ou ameaça ao direito de qualquer cidadão que pleiteie seu reconhecimento.

Assim, o compromisso do operador do direito com a sociedade passa a ser a solução de todo e qualquer conflito. No caso específico do bebê medicamento,

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

apesar de existirem Resoluções do Conselho Federal de Medicina que regulamentam o procedimento, há uma limitação de seu alcance, em virtude da sua natureza de ato administrativo, não possuindo a qualidade de norma jurídica, apesar de dotada de força normativa, mostrando-se inaptas a decidir conflitos que envolvam antinomias jurídicas e colisões de princípios.³¹⁵

A necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de dar uma resposta para os casos que não possuem regramento em razão da omissão ou mora do Poder Legislativo sobre o tema, enseja, muitas vezes, o fenômeno do ativismo judicial que, quando utilizando em larga escala, substituindo-se às atividades típicas do legislador, é alvo de críticas. O ativismo judicial se manifesta através de uma atuação do Poder Judiciário que utiliza de suas prerrogativas judicantes para suprir as omissões, de modo que implica violação do princípio da separação de poderes.

Para Luis Roberto Barroso, as condutas que melhor evidenciam essa postura são: a aplicação direta da Constituição à situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³¹⁶

No âmbito da reprodução assistida, a principal crítica cabível diz respeito aos limites institucionais do Poder Judiciário e à primazia de suas decisões que, por vezes, não são dotadas das precisões técnicas necessárias para criar regras, uma vez que não foi investido para tal função.

Algumas temáticas da Bioética, como a interrupção voluntária da gravidez, a eutanásia e a reprodução humana assistida, revelam-se como de difícil abordagem pela sociedade brasileira, sendo que as duas primeiras ainda constituem, de certa forma, um “tabu”.³¹⁷

³¹⁵ VENTORINI, Thalita Rosado. Os direitos fundamentais na procriação medicamentem assistida post mortem. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas Políticas. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014, p. 38.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 06 ago. 2017.

³¹⁷ VENTORINI, Thalita Rosado. Os direitos fundamentais na procriação medicamentem assistida post mortem. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas Políticas. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2014, p. 38.

Com isso, verifica-se que o Poder Legislativo brasileiro não aprofundou os conflitos morais e jurídicos decorrentes dos temas aludidos. As consequências são a existência de projetos de lei sobre interrupção voluntária de gravidez antagônicos, a inexistência destes projetos sobre a eutanásia e a demora na regulamentação da reprodução humana assistida, denotando sintomas de problemas que precisam ser cuidadosamente analisados.³¹⁸

Se por um lado é certo que a função de concretizar estes direitos herdados do Estado Social coube ao Poder Executivo, é certo também que o Poder Judiciário passou a ganhar espaço e importância como fiscalizador desta implementação de direitos, principalmente como agente dessas políticas públicas, por meio de decisões que tem obrigado o Estado a fornecer os meios necessários para a efetivação destes direitos.

É importante destacar, também, que um dos fatores que reafirmaram a judicialização, foi a doutrina da efetividade, “uma consequência da força das normas constitucionais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”³¹⁹. Quanto a isso, Barroso explica que:

Essa doutrina vem para proteger a tutela do direito ou bem jurídico que foi violado por ação ou omissão do Estado, desta forma garantindo a ordem jurídica. Afirmando que a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente, na extensão máxima de sua efetividade. Nesse sentido de imperatividade é que surge a corrida ao judiciário para que seja cumprido o que está determinado na norma constitucional, provocando a judicialização³²⁰.

Desta forma, o Poder Judiciário começa a tomar decisões que influenciam não somente um indivíduo, mas, muitas vezes, toda a sociedade. Nasce os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial que, embora não sejam exclusividade do Brasil, se manifestam de forma peculiar no país em virtude da extensão e do modo como se instalaram. Como salienta Barroso:

Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Ou seja, o Supremo Tribunal

³¹⁸ Ibidem, p. 46.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 06 ago. 2017.

³²⁰ Ibidem.

Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira (...). Mas não só este, como todo o Judiciário.³²¹

Diante deste panorama a judicialização ganha cada vez mais força na sociedade, já que por meio das decisões judiciais o Estado vê-se forçado a concretizar o direito do cidadão, muitas vezes postergado ou negado por aquele, fato que poderia ser chamado de “transmutação do Estado Legislativo para o Estado Judiciário”.

Por sua vez, a judicialização acabou provocando o ativismo judicial. Em casos de demandas que envolvem a efetivação do direito à saúde, especificamente, indaga-se se os magistrados teriam capacidade e conhecimento técnicos para avaliar se o tratamento ou medicamento requerido é realmente necessário ou se é o que melhor se encaixa na situação do paciente. Diante disso, muitos juízes acabam por decidir de acordo com o que consta no parecer médico, principalmente por serem demandas relacionadas ao direito à saúde, que na maioria das vezes não podem esperar.

Alguns tribunais, com o intuito de auxiliar os magistrados na tomada de decisões relacionadas a pedidos desta natureza, criaram núcleos de assessoria técnica em ações judiciais de saúde, o NAT-Jus. Esta ideia surgiu no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o núcleo conta com profissionais das mais diversas áreas da saúde.

Importante salientar que o NAT-Jus é só um instrumento de avaliação técnica para o auxílio do magistrado e que este não é obrigado a recorrer ao núcleo sempre que sentenciar alguma questão inerente a pedidos relacionados ao direito à saúde.³²²

Nesse aspecto o Brasil enfrenta vários desafios, tanto na área econômica, quanto na área social. A falta de políticas públicas eficazes acaba por não garantir ao indivíduo alguns direitos fundamentais expressos na Carta Magna de 1988.

Diante disto e de uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos, resta ao indivíduo recorrer ao Poder Judiciário, já que acredita que em tal esfera

³²¹ Ibidem. p.29.

³²² SOUZA, Rosilene Maria de. Reprodução humana assistida como direito fundamental: a judicialização como consequência da ausência de lei regulamentadora. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/reproducao-humana-assistida-como-direito-fundamental-a-judicializacao-como-consequencia-da-ausencia-de-lei-regulamentadora/#_ftn1. Acesso em: 16 jul. 2020.

seus direitos básicos poderão ser confirmados e garantidos. Surgem, então, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

A judicialização, segundo Barroso, ocorre quando:

algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso nacional e o Poder Executivo.(...), a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.³²³

É algo complexo que, visto sob a perspectiva institucional, traduz-se na ocorrência da transferência decisória dos Poderes Executivos e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático.

Sob o enfoque sociológico, seria o modo como a sociedade resolveria questões, coletivas ou não. E, por último, poderia ser visto pelo ponto de vista lógico-argumentativo, difundindo suas normas “para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela “linguagem dos direitos” e, sobretudo, pelo discurso constitucional.³²⁴

Portanto, é o sistema jurídico vindo a amparar a Lei Maior, reconhecendo o que está escrito no texto constitucional com o objetivo não só de “regulamentar a vida em sociedade, mas também de integrá-la, amoldá-la e modificá-la.³²⁵

Dentre as causas da judicialização no Brasil temos a redemocratização do país a partir da Constituição de 1988, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Sendo assim, a judicialização não ocorreu porque o magistrado assim o desejou, mas por um cenário brasileiro favorável ao surgimento deste fenômeno.

Com o ativismo judicial não foi tão diferente. Conforme explica Barroso:

³²³ BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros: Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre v.31, n°66, jul/dez.2007.Disponível em: http://www.repositório.furg.br/bitstream/handle/1/3464/La_Inalienabilidad_de_Los_Derchos_Humanos . Acesso em 21 de maio de 2020.

³²⁴ SOUZA, Rosilene Maria de. Reprodução humana assistida como direito fundamental: a judicialização como consequência da ausência de lei regulamentadora. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/reproducao-humana-assistida-como-direito-fundamental-a-judicializacao-como-consequencia-da-ausencia-de-lei-regulamentadora/#_ftn1. Acesso em: 16 jul. 2020

³²⁵ Ibidem, p. 12.

[...] a Judicialização e o Ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. A judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Já o Ativismo Judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.³²⁶

O ativismo judicial pode ocorrer de duas maneiras: a primeira, quando ocorre por meio de alguma prestação jurisdicional e a outra, não menos conhecida, que se faz presente no dia a dia da população, quando há pronunciamentos de magistrados na mídia, por exemplo.

Tal fenômeno tem um viés positivo, já que o Judiciário passou a satisfazer necessidades da população que até então aguardavam uma ação dos outros poderes. Porém, ao mesmo tempo, demonstra o quão os outros dois poderes estão inertes em relação às suas funções e isso pode gerar uma crise institucional, com riscos para a legitimidade democrática (juízes e magistrados não são eleitos pelo povo) e o risco de politização da justiça.

Além do que, com o aumento da procura pelo Poder Judiciário, a justiça se sobrecarregou a tal ponto que não tem conseguido dar conta do imenso volume de processos que são distribuídos todos os dias, o que acaba contribuindo para sua morosidade e ineficácia, apesar de ser enxergada “como canal de representação de minorias e grupos sociais excluídos.”³²⁷

Especificamente em relação a prestação de direitos sociais, especialmente no que concerne ao direito à saúde, o ativismo se tornou intenso.

Antonie Garapon explica que a judicialização surge pelo enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo e torna o judiciário um crescente ator político, que diretamente interfere nas decisões de políticas públicas, sendo visto como último refúgio para uma democracia idealizada, e na mesma medida que cresce o crédito na justiça, diminui a confiança e o interesse na política. A cooperação entre

³²⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros: Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre v.31, n°66, jul/dez.2007. Disponível em: <http://www.repositório.furg.br/bitstream/handle/1/3464/La_Inalienabilidad_de_Los_Derchos_Humanos>. Acesso em 21 de maio de 2016.

³²⁷ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à Brasileira. Revista Direito FGV, São Paulo, v.04, n.2, p.407-440. Jul./Dez.2008. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/artivle/view/35158/33693>. Acesso em: 02 junho de 2020.

os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. justiça tornou-se em um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei.³²⁸

No entanto, o ativismo judicial em excesso poderia fazer nascer uma verdadeira ditadura de juízes, e, que os verdadeiros legitimados a criar políticas públicas estariam sendo tolhidos da sua função. Ocorreria talvez, com isto, a possibilidade de conferir poder constituinte aos magistrados, fazendo com que, no fim, o próprio legislativo criasse políticas públicas de acordo com as convicções e ideias desses juízes.

Porém, em decisão proferida pelo STF no Agravo Regimental 175, o Ministro Gilmar Mendes salientou que “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.”³²⁹

É importante lembrar que nos países que adotam a *Commom Law*, as decisões jurisprudenciais são como fontes de direito, no entanto, estas sempre obedecem a Constituição. Essas decisões vinculam a todos e acabam por ter poder de lei. Tais tribunais atuam desde a formação dessas normas até a adequação delas perante os novos anseios da sociedade.

Destaca-se, também, como consequência da judicialização, o fato de que ao se beneficiar uma pessoa com certos tipos de tratamento ou medicamento de valores altíssimos, estar-se-ia prejudicando o restante da sociedade diante do comprometimento do orçamento estatal.

A título de ilustração, Katia Regina Tinoco Ribeiro de Castro aponta que:

No Rio Grande do Norte, por exemplo, somente no ano de 2008 foram gastos cerca de 14 milhões de reais com demandas envolvendo a saúde, e a previsão do orçamento era de três milhões. Em São Paulo apenas no primeiro semestre de 2010 tinham 25 mil ações tramitando pela justiça com pedidos na área da saúde, e os gastos chegam a 25 milhões de reais, por mês para cumprir essas liminares. No Rio Grande do Sul são 4,5 mil ações referentes à saúde por semestre, e o gasto é demais de 6,5 milhões mensais. No Espírito Santo, de janeiro a setembro de 2009 existia 360 ações judiciais envolvendo a saúde. Esses casos ilustrativos mostram o

³²⁸ GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia. Instituto Piaget, 1996.

³²⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental n. 175.

quanto o judiciário tem sido mobilizado pela população para reivindicar seu direito à saúde.³³⁰

Independente das questões negativas que o Ativismo Judicial possa gerar, na atual conjuntura está sendo, talvez, o único caminho para aqueles que precisam da efetivação completa de um direito fundamental que está sendo negado pelo Estado.

No âmbito da reprodução humana assistida, o assunto torna-se um pouco mais delicado pois trata-se de direitos relacionados à autonomia reprodutiva.

No Brasil a técnica da inseminação artificial foi difundida sem um processo prévio de discussão sobre sua aplicação, colocando a sociedade frente a questões delicadas, como o nascimento de quintúplos e a recorrência de gestações múltiplas, a paternidade *post mortem* e direitos sucessórios do embrião.

E o mesmo tem ocorrido com o diagnóstico genético de pré-implantação, que começa a ser utilizado sem uma análise e debate prévio das questões ético-jurídicas. Nos EUA já há debates judiciais acerca da técnica, os quais não tardam a serem também aqui iniciados. O Brasil não tem regulamentação, nem da reprodução *in vitro*, nem de suas técnicas assessórias.³³¹

No Brasil não existe uma legislação específica para o diagnóstico genético pré-implantacional. São seguidas as resoluções do CFM Nº 2168 DE 21/09/2017, acompanhadas pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo que tal resolução não possui força de lei, pois é apenas um parâmetro a ser seguido.³³²

O que se traz é uma evolução e um aperfeiçoamento quanto a resolução que se iniciou através da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004 e hoje se encontra na Resolução CFM nº 2168 de 21/09/2017, adotando normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.³³³

³³⁰ CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. 1964 – Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde. Tese de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769> Acesso em 20 jun. 2020.

³³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: O Biodireito e as relações parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³³² Ibidem. p. 21.

³³³ Ibidem. p. 29.

O que demonstra total interesse por parte do conselho quanto a sua preocupação em atender cada vez melhor as pessoas que procuram de alguma forma ter informações quanto à prática e suas limitações para o procedimento. Ainda assim, a resolução, por ser um regulamento meramente administrativo, não é suficientemente capaz de sanar todas as demandas que a bioética exige.

Com a evolução constante da sociedade, uma nova concepção de moral foi criada e diversos conceitos foram modificados, como, por exemplo, o conceito de família (que antes, se dava pela união de duas pessoas heterossexuais por meio do matrimônio, mas com o passar dos anos isso foi mudando e tendo também uma evolução jurídica).

A prática da técnica do bebê medicamento não é diferente, pois, o mundo está em uma constante evolução. O que se pergunta é: até quando a Legislação Brasileira será omissa a fatos já existentes no próprio país e algo comum, previsto e efetivado em outros países, quando já se traz uma norma para tal prática?

Conforme diz Lucas Abreu Barroso:

O sistema jurídico não é pronto e acabado. Quantas injustiças ocorreriam, se o fosse. Enquadrar as incontáveis possibilidades econômico-sociais em normas preestabelecidas é querer recortar o indivíduo do tamanho do direito, sendo preferível flexibilizar o direito de acordo com a atuação humana no contexto da comunidade política. Esse é o sentido do direito hoje.³³⁴

O Direito brasileiro, diferente de outros países, distingue os conceitos de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos. Os últimos, em razão do seu cunho internacional, distinguem-se formalmente dos primeiros, que se caracterizam por serem internos. Apesar da distinção topológica, há uma convergência e processo recíproco de influência entre eles, pois é possível identificar uma "internacionalização" dos Direitos Fundamentais, bem como uma "constitucionalização" dos Direitos Humanos.

Em suma, existem direitos que surgem nas Constituições e passam para os documentos internacionais, como também existem direitos que surgem nos documentos internacionais e depois são abrigados pelas Constituições. Posteriormente, já com o advento da Constituição Federal, de 1988, e a edição da

³³⁴ LEITE FILHO, Fernando Wolney; CORREIA, Emanuelle Araujo. A omissão legislativa brasileira quanto a barriga de aluguel. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 31, nº 1619. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/4437/a-omissao-legislativa-brasileira-quanto-barriga-aluguel>. Acesso em 9 mai. 2019.

Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o Brasil passou a recepcionar no texto magno os direitos que possuem imperatividade internacional: os tratados e as convenções.

Para que sejam internalizadas com *status* de norma constitucional, eles devem versar sobre direitos humanos e serem aprovados com quórum de emenda constitucional, ou seja, 3/5 dos votos. Se forem ou tiverem sido aprovados com quórum menor, serão dotadas de eficácia supralegal (situando acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal).³³⁵ No que tange à questão da Reprodução Humana Assistida, ela passou a ocupar discussões acerca dos Direitos Humanos no tocante ao direito ao planejamento familiar.

Com efeito, em 1968, na Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada em Teerã, o tema do planejamento familiar foi abordado quando dispôs acerca da necessidade de a comunidade internacional continuar velando pela família e crianças, pois os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento.³³⁶

No encontro da Conferência Mundial de População, no ano de 1974, em Bucareste, firmou-se entendimento no sentido de apresentar ações com o fito de auxiliar os casais e indivíduos a satisfazerem os seus objetivos reprodutivos, valendo-se de todos os mecanismos para efetivar o princípio do planejamento familiar.³³⁷

Nesse contexto, é importante fazer menção à Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do ano de 1994, que ocorreu em Cairo, sendo recepcionada pelo ordenamento brasileiro, tratando, dentre muitos temas, dos direitos reprodutivos e da saúde reprodutiva.³³⁸

A Conferência de Cairo tem papel de suma importância, pois estabelece uma participação proativa dos governos e comunidades internacionais através da disponibilização de informações de fácil acesso, além de aconselhamento e participação do casal no planejamento familiar.³³⁹

³³⁵ OHCHR. Declaração universal dos direitos humanos. Disponível em: http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020.

³³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³⁷ Ibidem. p. 34.

³³⁸ NETO, Manuel Jorge e Silva. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³³⁹ Ibidem.p.36.

Contudo, ela não se limitou a tratar do planejamento familiar propriamente dito, mas também trouxe a previsão do direito reprodutivo da mulher. Essa denominação nos interessa, pois a Conferência de Cairo reconheceu um direito básico de todos os casais e indivíduos decidirem livre e responsavelmente sobre o número, espaçamento e o momento certo para terem os seus filhos, bem como o acesso à informação sobre a forma como fazê-lo e se beneficiarem de saúde sexual e reprodutiva do mais alto nível.

A Conferência de Cairo acrescenta que, no conceito de direito reprodutivo e saúde reprodutiva, está implícito o direito de homens e mulheres à informação e ao acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha, seguros, eficazes, aceitáveis e que estejam dentro de suas posses, assim como outros métodos de sua escolha para regular a fecundidade, que não infrinjam a lei, e o direito de acesso a serviços de cuidados sanitários que permitam à mulher uma gravidez e parto seguros.³⁴⁰

Estabeleceu que, até o ano de 2015, todos os países deveriam garantir o acesso aos mecanismos da saúde reprodutiva, inclusive com a prevenção e tratamento da esterilidade, como se vê no seguinte trecho:

Todos os países devem esforçar-se por tornar, tão depressa quanto possível e o mais tardar até ao ano de 2015, o acesso à saúde reprodutiva, através do sistema de cuidados de saúde primários, a todos os indivíduos com a idade adequada. Tais cuidados devem incluir, entre outros: aconselhamento sobre planejamento familiar, informação, educação, comunicação e serviços; [...] prevenção e tratamento de esterilidade; [...]³⁴¹

Nesse sentido, no ano de 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijing, buscou novamente renovar o que foi determinado na Conferência de Cairo e “assegurar, em benefício dos homens e das mulheres, igualdade de acesso e de tratamento em matéria de educação e cuidados de saúde, e melhorar a saúde sexual e reprodutiva e a educação das mulheres”.³⁴²

A Conferência de Beijing reafirmou a necessidade de atentar aos direitos reprodutivos, porém, desta vez, voltado ao seu desenvolvimento perante a

³⁴⁰ FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência internacional sobre população e desenvolvimento. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/arquivos/conferencia.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020. p. 17.

³⁴¹ Ibidem, p. 35.

³⁴² Ibidem, p. 35.

sociedade, que funciona como fator limitador no crescimento profissional, como se vê:

[...] na maior parte dos países, a falta de atenção aos direitos reprodutivos da mulher limita gravemente suas oportunidades de educação e o pleno exercício de seus direitos econômicos e políticos. A capacitação das mulheres para controlar sua própria fertilidade constitui uma base fundamental para o gozo de outros direitos. A responsabilidade compartilhada pela mulher e pelo homem, no tocante às questões relativas ao comportamento sexual e reprodutivo, também é indispensável para o melhoramento da saúde da mulher.³⁴³

Já na Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, no ano de 1995, discutiu-se a importância do papel da mulher na sociedade e a necessidade de garantir a igualdade entre homem e mulher, dentro de um contexto de desenvolvimento econômico e social. Um aspecto relativo à existência ou não de um “Direito Fundamental à reprodução”, como previsto na Conferência de Cairo, é que, ao adotar este posicionamento, seria necessário garantir meios e recursos para efetivação do tratamento da Reprodução Humana Assistida pelo Sistema Único de Saúde, além de aconselhamentos genéticos e outras formas de acesso à informação a fim de garantir a saúde reprodutiva.

Para enfrentar tal tema, a dissertação de mestrado de Michelle Cristine Assis Couto, ao tratar das Conferências Internacionais que marcaram o curso histórico, observa que elas referendaram um direito não reprodutivo, que, aliás, condiz perfeitamente com os ideais conclamados no discurso feminista de autodeterminação e liberdade, já que não se reconhece no curso da história desse movimento uma reivindicação em prol da maternidade.³⁴⁴

E por fim, entendeu que a reprodução humana deve ser entendida apenas como uma faculdade, decorrente da autonomia individual dos sujeitos, o que revela a possibilidade ou não de ocorrer, não existindo supedâneo legal para sustentar tal tese, mesmo porque a própria Constituição não permite tal hermenêutica, permitindo

³⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica Sentença, de 28 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

³⁴⁴ COUTO, Michelle Cristine Assis. Existe um direito de ter filhos? Dissertação (Mestre em Direito Privado e Econômico) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007, p. 181.

apenas “uma liberdade de constituição familiar, que pode implicar, mas não de maneira necessária ou imprescindível em uma função procriativa”.³⁴⁵

Nesse mesmo sentido, a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH), ao tratar do caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, em novembro de 2012, determinou que a Costa Rica tornasse sem efeitos a proibição do uso da técnica de fertilização *in vitro*, após a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 24.029-S de 1995, sob o argumento que a técnica com “descarte de embriões atentava contra a vida e a dignidade humana.”³⁴⁶

Para a CIDH, a atitude do Estado em declarar inconstitucional o referido Decreto evidencia uma arbitrariedade do Estado, gerenciando a vida privada e o planejamento familiar, através de sua proibição, violando o artigo 11 da Convenção Americana, que veda ações arbitrárias das autoridades estatais que afetem a vida privada das pessoas.³⁴⁷

Ao enfrentar as correntes que tratam do início da vida, a CIDH adotou o entendimento que o embrião *in vitro* não seria uma pessoa, de maneira que se filiou à decisão do Supremo Tribunal Federal, inclusive fazendo menção ao julgamento da ADI 3.510/2008/DF71, que aplicou a teoria natalista, ligando a vida aos direitos da personalidade.

Entendeu, contudo, a CIDH que o fato de o procedimento dever ser permitido não implicaria necessário dever estatal de o prover, como se vê. O Tribunal afirmou que o presente caso não se relaciona com um suposto direito a ter filhos ou um direito a ter acesso à FIV. Ao contrário, o caso se concentrou no impacto gerado por uma interferência desproporcional em decisões sobre a vida privada, familiar e os demais direitos envolvidos, e o impacto que esta interferência teve na integridade psicológica.

Em que pese a sentença tenha sido nesse sentido, a técnica de fertilização *in vitro* continuou proibida no país, em razão da ausência de regulamentação, mantendo a proibição por quase 15 anos.

³⁴⁵ VILELA, Helena Cristina Aguiar De Paula; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. Aspectos éticojurídicos do embrião *in vitro*: caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Conpedi, Florianópolis, v.00, n.11, p. 20, dez. 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-%c3%a9tico-jur%c3%addicos-do-embri%c3%a3o-vitro-caso-artavia-murillo-vs-costa-rica>. Acesso em: 06 ago. 2022.

³⁴⁶ Ibidem.

³⁴⁷ Ibidem.

Outro diploma internacional que merece menção sobre o tema é a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de outubro de 2005, ocorrida na Conferência Geral da UNESCO. Trata-se de um marco histórico, pois os Estados membros e a comunidade internacional se comprometeram a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único.

Os avanços tecnológicos na área das ciências médicas levantaram questões éticas na seara da biotecnologia, permitindo o tratamento de enfermidades que antes eram desconhecidas, além da manipulação da própria vida, através das técnicas de reprodução assistida que estiveram, desde a década de 70, no curso evolutivo dos estudos bioéticos, representando esse documento a definitiva aproximação entre Direito e Bioética, no âmbito do Direito Internacional.³⁴⁸

Este contexto também abre margem para discussões acerca de eventuais responsabilidades sociais dos atores, além da vulnerabilidade do ser humano, que merecem proteção pelo Estado.³⁴⁹

Chama atenção o teor do artigo 22³⁵⁰ da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, que se refere ao papel dos Estados, os quais devem adotar as medidas apropriadas, do ponto de vista Legislativo e Executivo, para efetivar os princípios da Declaração, inclusive mediante a criação de comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas, e também por meio da educação e acesso à informação.

O fato de o Brasil ser signatário desta Declaração reforça o argumento acerca da necessidade de *lege ferenda* de regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida, uma vez que ela é oriunda dos avanços tecnológicos das ciências médicas e levanta, ainda hoje, questões acerca do seu uso. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO, de 1997, determina, por seu turno, que o genoma humano é a base da unidade fundamental

³⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 06 maio. 2022.

³⁴⁹ CRUZ, M. R.; OLIVEIRA, S.D. L. T.; PORTILLO, J. A. C. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – contribuições ao Estado brasileiro. 2010, p. 2-3

³⁵⁰ Artigo 22º. 1. Os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas – legislativas, administrativas ou outras – para pôr em prática os princípios enunciados na presente Declaração, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. Tais medidas devem ser apoiadas por uma ação nos domínios da educação, da formação e da informação ao público.

de todos os membros da família humana, ao passo que veda a transação financeira do genoma humano.³⁵¹

Nesse contexto, ao discorrer dos direitos dos indivíduos, impede qualquer tipo de discriminação com base nas características genéticas, além de garantir o sigilo dos dados genéticos dos indivíduos, condicionada à legislação específica. Em relação à pesquisa, garante-se sua liberdade quando necessária ao avanço do conhecimento, equiparando-a à liberdade de pensamento. Com efeito, os benefícios advindos da pesquisa devem ser disponibilizados a todos.³⁵²

Para tanto entende-se então que a proposta ideal para uma real efetivação dos direitos reprodutivos, em especial acerca da técnica do diagnóstico genético pré-implantacional seja proposto uma *lege ferenda* capaz de sanar o vácuo legislativo que envolve o tema.

Embora, não exista uma legislação própria para a Reprodução Humana Assistida, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina vêm, em parte, dando o suporte ético-jurídico. Todavia essa não é capaz de solucionar todos os embates que envolvem o tema, pois alguns aspectos específicos ainda carecem de melhores esclarecimentos.

É preciso antes de tudo elevar os principais conceitos e técnicas referentes à Reprodução Humana Assistida, definindo quais as opções básicas que o casal pode recorrer antes de se submeter às técnicas mais complexas de reprodução.

Após definir os conceitos básicos para aprofundamento do estudo, é preciso analisar os Documentos Internacionais de Direitos Humanos e Bioética, a fim de verificar quais as diretrizes morais que os diplomas internacionais estabelecem acerca do tema.

Importante discutir brevemente, sobre o direito reprodutivo da mulher, presente na Conferência de Cairo e reafirmado na Conferência de Beijing, indagando-se se haveria ou não um direito a ter filhos, diante de uma análise da Decisão da Corte Internacional de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*. A verificação dos Documentos Internacionais reforçou a necessidade de *lege ferenda* em relação ao uso das técnicas de reprodução assistida.

³⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 06 maio. 2022.

³⁵² Ibidem, p. 8-9.

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito constitucional, o Direito Fundamental ao planejamento familiar em conjunto ao direito à saúde, fundamentam o uso da reprodução assistida. Mas por outro lado, a escassez de recursos e a reserva do possível representam dificuldades para o acesso universal e a efetivação de todos os direitos fundamentais contido na Constituição.

Adentrando a legislação infraconstitucional, é possível constatar a disciplina da matéria em, ao menos, 4 diplomas: Código Civil, Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), Lei n.º 9.263/1996 e a Lei n.º 9.656/1998.

O Código Civil, por seu turno, trata da reprodução assistida de forma breve, apenas fazendo menção à presunção de paternidade nas hipóteses de uso de material genético do próprio casal e na hipótese do uso consentido de material de terceiros. Depreendeu-se que o planejamento familiar deveria ser efetivado através do Sistema Único de Saúde, além de incumbir às instituições públicas e privadas a participação para sua efetivação.

Após realizar minuciosa análise das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, desde a primeira, n.º 1.358/1992, passando pelas Resoluções n.º 1.957, n.º 2.013/2013, n.º 2.121/2015, até a última, n.º 2.168/2017, a fim de verificar o tratamento da matéria em outros países, a legislação mais recente de países do sistema continental latino, semelhante ao Brasil, como Portugal e Espanha, constata-se que, embora não tenham legislação específica acerca do tema, a escassa disciplina pátria mostra-se, por vezes, mais evoluída.

Essas normativas são insuficientes para solucionar casos mais complexos, como os que envolvem a técnica do bebê medicamento, que constantemente entra em conflito com princípios basilares do nosso ordenamento jurídico.

Conforme o exposto, a presente investigação conclui que o ordenamento jurídico brasileiro necessita se adequar à realidade enfrentada atualmente. As soluções disponíveis nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina em conjunto como conteúdo da escassa lei esparsa não estão, ainda, adequadas para todos os problemas atuais enfrentados, de maneira que as respostas devem alcançadas de *lege ferenda*, ou através da moderação dos valores envolvidos, como consequência da vedação do *non liquet*.

5 CONCLUSÃO

A ideia central da presente dissertação gira entorno do questionamento: “quando se inicia a vida?” Conforme previamente exposto, para a ciência pode-se seguir cinco visões diferentes, quais sejam a visão genética, a visão embriológica, visão neurológica, visão ecológica e visão metabólica. E, quando envolve posições religiosas, o tema fica ainda mais abrangente e complexo, variando de crença para crença.

Em que pese todas essas posições científicas ou religiosas, as principais teorias estudadas e apresentadas na esfera legal são as teorias Concepcionista, Natalista e da Personalidade condicionada.

Resumidamente, a Teoria Concepcionista admite que a origem de toda pessoa humana e o termo inicial da necessária tutela estaria na concepção, assim, o embrião tem igual valor ao de uma pessoa plenamente desenvolvida. Enquanto a Teoria Natalista reconhece diferenciada proteção, na qual o início da vida se dá com o nascimento com vida. E, por fim, a Teoria da Personalidade condicionada defende ser o embrião uma pessoa humana potencial, com autonomia a lhe assegurar um estatuto próprio.

Primeiramente cumpre esclarecer que a Constituição Federal foi omissa em relação aos direitos do nascituro, não optando por seguir nenhuma das teorias doutrinárias, servindo como fonte de interpretação para as normas infraconstitucionais e entendimentos jurisprudências.

Em regra, entende-se que o Brasil adota a Teoria Natalista, pois o Código Civil em seu artigo 2º, é bem claro ao dizer “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Em contrapartida, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), ao interpretar casos concretos, não tem uma opinião definida a respeito, sendo que ele tem aplicado as duas teorias, ora seguindo a Teoria Natalista, ora seguindo a Teoria Concepcionista. Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentou o seu posicionamento seguindo a Teoria Concepcionista, conhecendo assim o nascituro como de direito a reparação do dano moral.

Embora, não exista uma legislação própria para a Reprodução Humana Assistida, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina vêm, em parte, dando o suporte ético-jurídico. Todavia essa não é capaz de solucionar todos os embates que envolvem o tema, pois alguns aspectos específicos ainda carecem de melhores esclarecimentos.

Dito isso, adotou-se, no presente trabalho, a posição voltada a considerar o embrião um ser capaz de proteção, tendo como base a Teoria Concepcionista, tratando-o como uma pessoa humana com um potencial e, por ter a natureza humana, detentor de todos os direitos, independentemente de sua qualidade de implantado ou não no útero materno.

O direito à vida é o direito pertencente a toda pessoa, configurando em pressuposto para a existência de demais direitos, pois é inerente ao ser humano, independente da fase em que se encontra o ser humano. Não podendo considerar o embrião desprovido do direito à vida, até mesmo porque possui característica de humanidade, detentor de dignidade a ser tutelada.

Deste modo, pode-se considerar que o direito à vida consiste no direito de todos os humanos que viverem, isso se dá porque na Constituição Federal, em seu art. 5º, quando trata do direito à vida, o legislador optou pelo uso da expressão “todos”, devendo, assim, ser abrangido nesse sentido não somente as pessoas já nascidas, mas também o embrião e o nascituro.

Portanto, o embrião, o nascituro ou a pessoa tem o direito à vida garantido. A Constituição Federal, também em seu art. 5º, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, preservando ainda a integridade física e proibindo qualquer forma de discriminação.

Infraconstitucionalmente, no art. 2º do Código Civil, há um marco estabelecendo o início da personalidade jurídica, onde “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Seguindo essa linha de proteção, não se pode negar proteção do direito à vida ao embrião, ou seja, ao ser humano desde sua fase embrionária. Proteção essa que deverá ser realizada por meio de analogia, uma vez que a lei foi omissa acerca do embrião.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que os elementos inseridos na norma em questão tratam de proposição hipotético-condicional, não podendo o

intérprete, ao realizar a interpretação do artigo, se restringir apenas ao significado do que seja nascituro, mas também considerar o embrião que não foi ali disposto. Por esse motivo, propõe-se a utilização da analogia em face ao direito positivado, que trouxe o direito à vida tutelado ao nascituro, garantindo-se também o direito à vida ao embrião.

A previsão do direito à vida como direito fundamental possui conteúdo garantista, impondo deveres tanto aos particulares, os quais devem respeitá-lo por meio de suas condutas, quanto ao Estado, ao qual cabe deveres que visem sua efetivação.

Logo, o direito à vida torna-se o mais fundamental de todos os direitos, constituindo em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, bem como um fundamento para a efetivação de todos os demais. Ou seja, a personalidade do nascituro é incondicional, não dependendo de nenhum evento para que seus direitos personalíssimos (vida, liberdade, saúde) sejam garantidos.

É por isso que se adota a posição do embrião como um ser humano vulnerável, titular de personalidade jurídica, não podendo assim ser instrumentalizado a ponto de sua coisificação, sendo a dignidade da pessoa humana o elemento limitador que impõe sua proteção desde sua concepção até à vida que se estenderá, de forma que deve ser protegido em qualquer procedimento ao qual for submetido.

Diante do exposto, apresentou-se a técnica de reprodução humana assistida do “bebê medicamento”, tema central da presente dissertação, que é um procedimento onde um embrião é previamente selecionado através do diagnóstico genético pré-implantacional, cuja características genéticas servem exclusivamente para doar órgãos ou tecidos a um irmão doente. Em suma, são bebês gerados com a única finalidade de serem salvadores ou auxiliarem no tratamento de um irmão enfermo.

Embora a intenção da técnica seja salvar a vida de uma pessoa, é importante ressaltar que o diagnóstico genético pré-implantacional, em síntese, é um procedimento que seleciona vidas excluindo embriões saudáveis para escolher somente aquele que será compatível geneticamente com a pessoa doente. Com isso, gera-se um perigoso processo de seleção humana já que a técnica enseja a fecundação de um grande número de embriões, e consequentemente um maior

descarte, podendo causar dano ao embrião, além de submeter em risco a saúde da mãe que terá a estimulação ovárica.

Ademais, a técnica exprime pouca eficácia, devido ao grande descarte de embriões saudáveis que são excluídos com a única finalidade de encontrar aquele que seja perfeitamente salubre e compatível geneticamente.

Analisando por essa perspectiva, esse procedimento de reprodução humana assistida exprime grave atentado contra a diversidade genética, gerando instabilidade jurídica no sentido de que este embrião seja usado como um meio e não como um fim em si mesmo. Seria injusto incumbir a sua existência na única função de “remédio” para outro indivíduo.

Nesse procedimento vários embriões acabam sendo descartados apenas por não serem compatíveis com aquele que receberá a doação. Embriões que perderam a chance de nascer, e ainda, aquele que teve a sorte de ser concebido, vem como única esperança de cura para o irmão mais velho que sofre de alguma doença rara.

Mas uma dúvida paira no ar: a seleção de embrião com finalidade terapêutica não resultaria numa coisificação da própria vida humana, submetendo compulsoriamente a criança selecionada em um instrumento para salvar a vida do irmão? O fato é que uma pessoa foi concebida simplesmente para ser usada.

O ético nem sempre é o mais benéfico espontaneamente, e pela garantia de um bem maior, seja esse o da dignidade da pessoa humana, continua indigno instrumentalizar um ser humano empregando-lhe sofrimento alheio para impor uma opinião, um projeto de vida que não lhe pertence.

As novas tecnologias tornam disponível aquilo que, até então, era indisponível e deixado a cargo da natureza e do acaso, o que a princípio não é maléfico, todavia necessita de equilíbrio e cautela.

A instrumentalização do ser humano e, precisamente, do embrião, e seu uso como mero meio, é avesso ao que reza o princípio personalista. Trata-se de uma visão antropológica considerar o homem um fim absoluto. Logo, o embrião, sob a visão antropológica, é um fim absoluto e não deve ser coisificado, não deve ser tratado como meio.

O Direito e a Ética devem garantir que cada ser humano continue sendo uma novidade para a humanidade, para certificar não somente a pluralidade humana, mas também para asseverar que todo sujeito de direito, seja individualizado na

exata medida de suas necessidades, garantindo com isso o verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana.

É preciso ter cautela diante das novidades tecnológicas e evitar um projeto (mesmo que disfarçado de boas intenções) de uma homogeneização dos seres humanos futuros, justificado em função de critérios, necessariamente arbitrários, que os manipuladores genéticos do presente podem fixar.

Ainda, cita-se o fato de que os pais não poderão prever a priori a aceitação do novo filho sobre as condições que lhe foram arbitrariamente impostas. A utilização do seu corpo sem seu consentimento, e a seleção genética que visa exclusivamente a salvação do outro filho, é na prática a satisfação dos desejos exclusivos dos pais, desconsiderando a liberdade de autonomia daquele futuro ser.

O problema da engenharia genética é que as 'crianças projetadas' não são inteiramente livres. até mesmo os melhoramentos genéticos desejáveis conduziram a criança a essa ou àquela escolha de vida, conduta esta que fere sua autonomia e violando seu direito à escolha própria de um projeto de vida.

A titularidade das situações jurídicas subjetivas existenciais é exclusivamente da pessoa que, por esse motivo, tem o direito de se autodeterminar. Essas situações jurídicas subjetivas existenciais devem ser amparadas pelo Estado, com o fim de que os direitos da personalidade se concretizem como expressão da dignidade. Diante de tudo o que foi exposto, pode-se perceber que o Direito Civil constitucionalizado passou a se preocupar com a categoria do ser ao invés do ter.

Assim, as situações jurídicas subjetivas existenciais, identificadas como direitos da personalidade, alcançaram o topo na hierarquia constitucional, passando a ser protegidas pelo Direito como forma de alcançar o respeito à dignidade da pessoa humana.

O ser humano deve exercer os seus direitos da personalidade a partir de sua autonomia privada, ele é livre para regular a sua própria vida, no entanto, o seu âmbito de liberdade não pode ultrapassar a autonomia privada alheia, garantindo-se o bem comum de toda a sociedade, de forma que sejam concretizados os interesses particulares, sem que haja o desrespeito dos direitos da personalidade dos outros.

É por isso que se adota a posição do embrião como um ser humano vulnerável, titular de personalidade jurídica, não podendo assim ser instrumentalizado a ponto de sua coisificação, sendo a dignidade da pessoa humana o elemento limitador que impõe sua proteção desde sua concepção até à vida que

se estenderá, de forma que deve ser protegido em qualquer procedimento ao qual for submetido.

Nessa perspectiva, conclui-se que o ser humano não deve servir de meio, e sim como um fim em si mesmo. Toda criança tem o direito de nascer pela sua própria importância, acolhida em função de uma existência própria e ser amada pelo o que ela é em si mesma.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. op. cit., p. 11.

ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 181-190.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *O planejamento familiar no Brasil*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br /aparte/pdfs/texto_pf_jeda_05jun10.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. A proteção ao ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoas e a condição de sujeito de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 147-148.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. *Revista Jurídica UNIFACS*, Salvador, jul./2007, p. 07.

ARAÚJO, Fernando. *A procriação medicamente assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 14.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 9.

BARBOZA, Heloísa Helena. Bioética e biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 28.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110 Ibidem, p.113-114.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética no início da vida. *Revista Pistis Praxis, Teol. Pastor, Curitiba*, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. p. 42.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural*. Disponível em: <http://advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 21 maio. 2022.

BASTOS, Celso. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Parecer jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000 apud PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

BERQUÓ, Elza; ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Abep no contexto político e no desenvolvimento da demografia nas décadas de 1960 e 1970. *Revista Brasileira de Estudos de População*. Disponível em: <
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982005000200003>. Acesso em: 31 maio. 2022.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 115.

BOCCATTO, Marlene; Vieira, Tereza Rodrigues. Estudo com células-tronco e seus aspectos bioéticos. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Ensaio de Bioética e Direito*. 2. ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 22.

BOURGUET, Vicent. O ser em gestação: Reflexões bioéticas sobre o embrião humana. Trad. Nicolás Nymi Campanario. São Paulo: Loyola, 2002, p. 109.

BRASIL, *Código Civil*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL, *Portaria n. 48/1999 do Ministério da Saúde*. Disponível em:
<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacao/id2150.htm>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL, *Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher do Ministério da Saúde*. Disponível em:
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/assistencia_integral_saude_mulher.pdf . Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL, *Projeto de Lei n. 10.774/2018*. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1683700&filename=PL+10774/2018. Acesso em: 10 maio. 2022.

BRASIL, *Projeto de Lei n. 478/2007*. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B44CA223BCCF8AB5F77C5F7498D093A1.no de2?codteor=447598&filename=Avulso+-PL+478/2007. Acesso em: 20 maio. 2022.

BRASIL, *Projeto de Lei n. 478/2007*. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B44CA223BCCF8AB5F77C5F7498D093A1.no de2?codteor=447598&filename=Avulso+-PL+478/2007. Acesso em: 20 maio. 2022.

BRASIL, *Projeto de Lei n. 788/2019*. Disponível em:
<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>

/prop_mostrarintegra?codteor=1710624&filename=PL+788/2019. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL, *Resolução RDC n. 29, de 12 de maio de 2008 do Ministério da Saúde*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/rdc0029_12_05_2008.html. Acesso em: 20 maio. 2022.

BRASIL. *Ministério da Saúde*. Direitos sexuais e direitos reprodutivos uma prioridade do governo. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno n. 1, Brasília, 2005. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_direitos_sexuais_reprod.pdf. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. *Ministério da Saúde*. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais, Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; caderno nº 2, Brasília, 2006, 52 p. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24816. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 QO. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde - CNTS. Relator: Marco Aurélio, Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 30 ago. de 2022.

CAMPS, Maria da Conceição. O estatuto do embrião humano em Tomás de Aquino e Gregório de Nissa. A relação alma-corpo e o início da vida humana. *MEDIAEVALIA*: Textos e estudos (Revista do Gabinete de Filosofia Medieval da Faculdade de Letras da Universidade do Porto), Porto, n. 25, p. 131-142, 2006, p. 132.

CANOTILHO, Joaquim J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. I, p. 446-447.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 12, p. 181-199, 2013, p. 185.

COSTA, Ana Maria. *Planejamento familiar no Brasil*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v4/planeja.html>>. Acesso em: 21 maio. 2022.

COSTA, Ana Maria; GUILHEM, Dirce; PRATA, Lynn Dee. Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão. *Rev. Bras. Saude Mater. Infantil.*, Recife, v. 6, n. 1, p. 75-84, março de 2006. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292006000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio. 2022.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p. 1051.

DELGADO, Mário Luiz. A responsabilidade civil da mãe gestante por danos ao nascituro. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

DELGADO, Mário Luiz. A tutela da vida humana embrionária. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI200193,71043-A+tutela+da+vida+humana+embrionaria> Acesso em: 22 nov. 2019.

DELGADO, Mário Luiz. op. cit., p. 293.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 406.

DONADIO, Nilka Fernandes et al. Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisas de células-tronco. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 11, p. 665-671, nov. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032005001100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 maio. 2022.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 341.

EÇA, Liliam Piñero Marcolin. Diálogo do feto com o corpo da mãe no início da vida humana. In: GIMENES, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ROCHA, Renata da (coords.). *Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito*. São Paulo: Atheneu, 2015, p. 44-45

ENGELHARDT JR., Hugo. Tristram. Fundamentos da bioética. São Paulo: Loyola, 1998, p. 289.

FONSECA SOBRINHO, Délcio da. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: CEDEPLAR, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 782.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48.

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 72.

GONTIJO, Dhanilla Henrique. *Direitos do nascituro: uma breve análise da teoria concepcionista à luz da Lei nº 11.804/2008 (Lei de Alimentos Gravídicos)*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22274>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 1, parte geral. 9.ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 318.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 171.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 174.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V, p. 269-270.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

KANT, Immanuel. *Liberdade bem-ordenada: Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

KOSHLAND JUNIOR, Daniel. Les sept piliers de la vie. Sciences et Médecine, Paris, 22 maio 2002, p. 15.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade? Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 126.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: Mito ou realidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 124.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião: Mito ou realidade? Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 128.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Da Bioética ao Biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação*, palestra proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito, Londrina, 1997.

LUCAS, Ramón. *El estatuto antropológico del embrión humano*. Disponível em: www.bioeticaweb.com Acesso em: 22 maio. 2022.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do Embrião. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Bioética, Biodireito e Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168-169.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118; ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p.182.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia básica*. Trad. Maria das Graças Fernandes Sales et. al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 2.

MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 101.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Quando a vida começa?: Aborto é assassinato? Pesquisar células-tronco é brincar com pequenos seres humanos? Manipular embriões é crime? *Revista Super Interessante*. Publicado em 31 out. 2005. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>. Acesso em: 14 out. 2022.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146-147.

PAZ, Lilian da. *STJ de Portugal reconhece personalidade jurídica do nascituro*. Disponível em: Acesso em: 20 dez. 2022.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. op. cit., p. 251.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005, p. 250.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2005, p. 250.

PLATÃO. *A República*. Trad. de Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

PORTUGAL, Relatório-Parecer sobre experimentação no embrião – n. 15 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 1995. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059306_P015_ExperimentacaoEmbriao.pdf. Acesso em: 12 maio. 2022.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro: Parte especial: arts. 121 a 183. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 450.

PRANKE, Patricia. A importância de discutir o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 56, n. 3, p. 33-38, Sept. 2004 . Disponível em:

<http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000300017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 maio. 2022.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 47.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *Política demográfica e parlamento: Debates e decisões sobre o controle de natalidade*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas). Campinas: Núcleo de Estudos da População da Universidade Estadual de Campinas, 1993, p. 33.

ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 75.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 155.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 125.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2000, p. 37.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I: Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 347.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 105-106.

SIERRA, Vânia Morales; MESQUITA, Wania Amélia. Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em Perspectiva*, v. 20, n. 1, p. 148-155, jan./mar. 2006, p. 149-150.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006, p. 197.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 110.

SOCIEDADE Civil Bem-estar Familiar no Brasil (BEMFAM). *O que é planejamento familiar*. Rio de Janeiro: Departamento de informação e educação, 1980.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 6, p. 71.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 119.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Minorias sexuais e ações afirmativas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p. 32.

VELOSO, Zeno. Livro V – Do direito das sucessões. Título I – Da Sucessão em Geral. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1900.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 142; LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 251-255.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 143.

