

PROTEÇÃO DO NASCITURO EM FACE À POLÊMICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTES¹

Thálye Salvador e Silva²

RESUMO

Este estudo tem por objetivo fomentar o debate, ainda incipiente, sobre a proteção do nascituro em face à polêmica dos embriões excedentes, sendo estes embriões, pessoas ou não de direitos. Tratará também sobre a proteção do Direito à vida, prevista na Constituição Federal do Brasil de 1988 e a normatização dos direitos do nascituro pelo Código Civil Brasileiro de 2002, e principalmente o pacto São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, onde protege todos os seres humanos ao direito a vida, e ninguém será restringido dela arbitrariamente. Mas o tema ainda se mostra muito frágil, pelo fato dos embriões não serem considerado nascituro. Com a lei da Biossegurança tentou-se apresentar uma solução para os embriões excedentários, porém ainda com muitas lacunas, deixando assim aberta para várias interpretações. Com esse estudo busca-se uma maior e melhor normatização por parte do legislador com relação aos embriões excedentes, sua utilização e ao seu destino final. Busca também impor limites por uma lei específica, que acompanhe os avanços tecnológicos de maneira responsável, sem que haja conflitos de princípios constitucionais, e que o maior bem, a “vida”, não seja utilizada como “meio” ou meramente como “coisa” pelos casais, ou pelas clínicas particulares de manipulação genética.

Palavras-chave: Embriões excedentes; Fertilização “*In Vitro*”; Lei Biossegurança; Dignidade da Pessoa humana; Reprodução Assistida.

ABSTRACT

This study aims to foster debate incipient about protecting the unborn in the face of controversy embryos, and these embryos people or not rights. Treat also about protecting the right to life as provided in the Constitution of Brazil in 1988 and the normalization of the rights of the unborn by the Brazilian Civil Code of 2002, and especially the pact San Jose, Costa Rica, ratified by Brazil in 1992, which protects all humans the right to life, and nobody will be restricted it arbitrarily. But the issue still appears very fragile, because the embryos are not considered unborn child. With the law of Biosafety tried to present a solution to the surplus embryos, but still many gaps, thus leaving open to various interpretations. With this study we seek to more and better regulation by the legislature in relation to embryos, their use and their

¹ Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Opet e aprovada com grau máximo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, aqui adaptada ao formato de artigo para publicação na Revista Jurídica ANIMA, sob recomendação da banca examinadora.

² Graduada do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba/PR. Contato: thalye_ss@yahoo.com.br

destination. Search also impose limits by a specific law, accompanying technological advances responsibly, without conflicts with constitutional principles, and that the greater good, "life", is not used to "medium" or merely as "thing" by couples, private clinics or by genetic manipulation.

Keywords: Embryos; Fertilization "in vitro"; Biosecurity Act; Dignity of the Human Person; Assisted Reproduction.

1 INTRODUÇÃO

A medicina nos dias atuais está em constantes transformações no que diz respeito a saúde, esta busca desenfreada por novas técnicas e soluções deixam cada vez mais marcas e questionamentos para vários ramos, como na biologia, na filosofia e principalmente no âmbito jurídico.

O presente o estudo explicitará o conceito de pessoa e personalidade, bem como suas teorias, tanto para a filosofia quanto para o direito abordando os direitos dos nascituros.

Ademais, buscar-se-á um entendimento sobre as principais técnicas existentes de reprodução assistidas, seus conceitos e modalidades, contudo dando ênfase na técnica da fertilização "In Vitro", nas quais resultam os embriões excedentários e suas problemáticas.

O estudo visa aprofundar hipóteses, jurisprudências, doutrinas que apoiem o direito do nascituro e até onde o ordenamento jurídico protege os embriões provenientes da fertilização "In Vitro".

Nosso ordenamento jurídico se preocupou em regulamentar o uso de embriões excedentes provenientes da fertilização "In Vitro" nas pesquisas terapêuticas, com a promulgação da Lei da Biossegurança (Lei nº. 11.105 de 24 de março de 2005), porém observa-se a necessidade de aperfeiçoar o entendimento da norma, com a criação de leis específicas que possam efetivamente regular a questão dos embriões supranumerários.

Por fim, busca-se nesse trabalho o posicionamento quanto a natureza biológica e jurídica do embrião, partindo das teorias existentes acerca do início da vida, bem como, dos princípios constitucionais, especialmente da Dignidade da Pessoa Humana, e o dever do Estado Democrático de Direito em buscar soluções possíveis, cuja Lei 11.105/2005 revela-se omissa e despreparada para solucionar conflitos pertinentes a manipulação genética, bem como demonstrar que os embriões são merecedores de benefícios legais.

2 PESSOA X PERSONALIDADE

2.1 CONCEITO DE PESSOA NA FILOSOFIA

O conceito de pessoa na filosofia em relação ao embrião ainda é muito disperso. A filosofia ainda se pergunta o que é pessoa. O embrião é um ser humano? Partindo dessas premissas encontramos duas grandes teorias.

Uma das teorias é a Filosofia Funcionalista³, que se encontra subdividida em duas outras teorias. A Teoria Funcionalista Reducionista sustenta a separação dos

³CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano**: na fecundação, o marco da vida. São Paulo: Paulinas, 2007, p. 36-42.

princípios e dos fatos, ou seja, uma pessoa pode ser um “ser humano”, bem como, pode haver um “ser humano” que não seja “pessoa”. Em resumo, esta teoria vislumbra que para ser considerada uma “pessoa” precisa ter consciência e raciocínio, coisa que os embriões não possuem, com efeito, ele é considerado um ser humano. Ao contrário de um animal, como um cachorro, que possui raciocínio, logo ele é uma “pessoa”, porém não é um ser humano.

A Teoria Funcionalista empirística, por sua vez, só defende o “ser pessoa”, sendo assim, a partir do momento que aparecer no indivíduo sinais ou propriedades que demonstram a capacidade de exercer certos atos. Para esses defensores só será uma “pessoa” quando o sistema nervoso do embrião responder a estímulos, ou seja, após 40 dias de fecundação e com início das atividades do sistema nervoso central.

Por fim a Teoria do Personalismo Ontológico⁴ formula a unicidade dos princípios e dos fatos, ou seja, “pessoa”, “ser humano” e “vida humana” encontram-se na mesma hierarquia de igualdade, desta forma, o início do “ser humano” se dá pelo momento da fecundação.

2.2 CONCEITO DE PESSOA PARA O DIREITO

O conceito de “pessoa” deriva do latim “persona”, que significa máscara. Em Roma os atores usavam as máscaras para compor seus personagens. Posteriormente isso foi interpretado como personalidade, passando a indicar o papel do ser humano na sociedade e no mundo.

Segundo W. Barros Monteiro⁵,

O vocábulo “pessoa” é oriundo do latim persona, que, adaptado a linguagem teatral designava máscara. Isto é assim, porque persona advenha do verbo personare, que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma persona que fazia ressoar, mais intensamente, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde persona passou a exprimir a própria atuação do papel representado pelo ator, e por fim, completando esse ciclo evolutivo, a palavra passou a indicar o próprio homem que representava o papel.

Atualmente, com o avanço na área jurídica a concepção de “pessoa” passou a significar um conjunto de direitos e obrigações que um indivíduo adquiriu para si.

2.3 PERSONALIDADE JURÍDICA X CAPACIDADE JURÍDICA

A personalidade Jurídica, nos termos do doutrinador Silvio Venosa, “é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um: é projeção social da personalidade psíquica, com conseqüências jurídicas”⁶.

⁴Ibid., p. 45-47.

⁵MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 133.

No atual Código Civil Brasileiro está determinado o direito da personalidade no seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁷.

No atual Código trata-se personalidade civil da pessoa como início do sujeito poder adquirir direitos e obrigações, porém, o Código prevê segurança jurídica ao nascituro, que será objeto de estudo deste trabalho ao final.

O ordenamento jurídico adotou a Teoria Natalista, do nascimento com vida, para dar início à personalidade jurídica.

Segundo os ensinamentos Silvio Venosa⁸ conceito de nascimento,

Dá-se com a positiva separação da criança das vísceras maternas, pouco importando que isso decorra de operação natural ou artificial. [...]

Se comprovando que a criança respirou, então houve nascimento com vida [...] Se a criança nascer com vida e logo depois falecer será considerado sujeito de direitos. Por breve espaço de tempo houve personalidade.

Desta forma conclui-se que a personalidade está diretamente atrelada à pessoa, ou seja, basta ter nascido com vida para contraírem direitos e deveres. Outrossim, a personalidade se estende a todas as pessoas e, por óbvio, na ordem jurídica positivando-se nas legislações e nos direitos constitucionais.

Por sua vez, entende-se por capacidade o ser humano que está sujeito a direitos e deveres na esfera civil, como dispõe o artigo 1º do Código Civil Brasileiro, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A capacidade civil divide-se em capacidade de direito e de exercício. A capacidade de direito ou de gozo, para a doutrinadora Maria Helena Diniz⁹

A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade. Entretanto, tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela a intercorrença de um fator genérico, como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (deficiência mental, surdo-mudez). Aos que assim são tratados por lei o direito denomina incapazes.

De outra sorte, a capacidade de fato é também denominada de exercício, nos termos de Diniz¹⁰:

É aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, da aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Tais restrições da capacidade de fato ou de exercício estão denominadas nos artigo 3º e 4º do Código Civil¹¹, porém, não é foco dos nossos estudos.

⁷BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo código civil. In: **Novo Código Civil**, Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

⁸VENOSA, op. cit., p.136.

⁹DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

¹⁰Ibid., p. 6.

¹¹Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: 1. Os menores de 16 anos; 2. Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; 3. Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

2.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

É relevante ressaltar que para Direito Brasileiro personalidade não é um direito, e sim uma ideia que apóia os direitos e deveres que deles ensejam, podemos dizer que a personalidade é direito subjetivo da pessoa, dando a ela o poder de defesa de si próprio, ou seja, o direito de defender sua identidade, liberdade, sociabilidade, reputação, honra, autoria, entre outros.

Segundo Maria Helena Diniz¹²,

A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Logo, direitos da personalidade são direitos subjetivos “excludendi alios”, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial.

Portanto, no tocante da personalidade diz claramente no Artigo 11 do Código Civil¹³, eles são intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis. E Para muitos doutrinadores o direito da personalidade é absoluto, sendo assim, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, pois são inatos, quer dizer são adquiridos no instante da concepção, assim não podem ser retirado da pessoa.

Diante disto, o principal objetivo da personalidade é preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente.

3 CONDIÇÃO DO NASCITURO

3.1 PERSONALIDADE DO NASCITURO PARA O DIREITO ROMANO E PARA O DIREITO COMPARADO

O direito da personalidade e da pessoa teve seu início no Direito Romano. Os romanos só consideravam “pessoa”, aquele que tivesse no mínimo seis meses de gestação, nascesse com vida e tivesse forma humana. Porém, em Roma os escravos não eram considerados pessoas, e sim comparados a coisas. E para contemplar a personalidade era necessário preencher dois requisitos, primeiro deles era ter o nascimento extrauterino com vida, forma humana e sustentável para sobrevivência; segundo requisito, o homem tinha que ser livre e cidadão romano¹⁴.

No Direito Civil Francês e Holandês não basta o nascimento com vida, é necessário que o recém-nascido seja viável, isto, é apto para a vida.

Para o Espanhol e Português, é necessário nascer com vida, ter forma humana e tenha vivido no mínimo 24 horas, para que possa no final adquirir personalidade.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

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

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹²DINIZ, 2004, p. 120.

¹³Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹⁴SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Delrey, 1998, p. 48.

E no Código Argentino, Austríaco, Venezuelano e Húngaro, basta à concepção para adquirir a personalidade.

No Chile, México, Colômbia, Suécia, Alemanha e Itália seguem a mesma linha de raciocínio do atual Código Civil Brasileiro, que encontra-se positivado em seu artigo 2º, a proteção daquele que está por nascer, porém a personalidade somente se alcança com o nascimento com vida.

3.2 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Atualmente há uma questão polêmica em relação nascituro, só há personalidade quando há nascimento com vida. Pergunta-se, qual o significado de nascituro? E o que vêm a ser personalidade?

Nas palavras de Silvio Venosa¹⁵:

O nascituro é um 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 a noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido.

No entendimento Deocleciano Torrieri Guimarães¹⁶: “nascituro é ser humano concebido, mas ainda no ventre materno. O nascituro tem expectativa de direito, que se consolida com o nascimento com vida. O seu direito à vida é tutelado pela lei penal, que pune o aborto”.

No ensinamento Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁷, significado do nascituro “aquele há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”.

Para Código Civil, embora o nascituro não seja considerado pessoa e não detenha de personalidade, possui regime protetivo que tem por objetivo proteger seus interesses através de seu representante.

No entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸,

Investigação de paternidade – nascituro – possibilidade científica e jurídica – extinção dos autos em primeira instância por falta de interesse – descabimento – possibilidade conferida pela lei processual à mãe para ser investida na posse dos direitos cabentes ao nascituro e à proteção legal da dignidade deste último tudo aliado a ampla garantia constitucional da proteção à vida – inclusão do nascituro no pólo ativo, pois já deve ter nascido – Apelo Provido.

No entanto, com os grandes avanços extraordinários do conhecimento científico e biotecnológicos, hoje o conceito de nascituro tornou-se mais específico, compreendendo não somente o feto, mas o embrião.

Conforme lição de Giovanni Cipriani¹⁹,

De fato, o biólogo, no processo de desenvolvimento e amadurecimento do embrião humano, descobre que não há saltos qualitativos nem mudanças

¹⁵VENOSA, 2009, p. 137.

¹⁶GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004, p. 406.

¹⁷FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1393.

¹⁸TJSP – Ap. Cível 349.128-4/4, 2-2-2005, 5º Câmara de Direito Privado – Rel. Dimas Carneiro.

¹⁹CIPRIANI, 2007, p. 55.

substanciais, mas continuidade: o embrião mantém constantemente a sua identidade, individualidade e unicidade, permanecendo constantemente o mesmo idêntico indivíduo ao longo de todo o processo que inicia com a fusão dos gametas.

Também na mesma linha, o ensinamento de Dernival da Silva Brandão²⁰, “usa-se o termo embrião para designar o nascituro durante as primeiras semanas de vida, reservando-se o termo feto para designá-lo no período subsequente”.

Na embriologia define-se o embrião como primeira etapa das fases de desenvolvimento do ser humano, ou seja, independente de como são chamadas as fases de pré-embrião, embrião, mórula ou feto, o importante é que são apenas etapas para o desenvolvimento do nascituro.

Destarte, com as novas técnicas de fertilização “In Vitro” e do crioconservação dos embriões, houve certo impasse para entendimento do conceito de nascituro, devido à existência de várias correntes doutrinárias em relação à “pessoa”. Porém sobre o prisma do atual Código Civil não se admite embrião como um nascituro, mesmo tendo proteção jurídica e ser considerada pessoa virtual.

3.3 DIREITOS DO NASCITURO

As legislações pertinentes que asseguram os direitos do nascituro tiveram início no século XIII com a Magna Carta de João Sem Terra, que já vislumbrava preocupações com o ser humano; tal diploma tutelava da pessoa contra o abuso do Poder Público.

Vale ressaltar as grandes teorias que se desenvolveram junto com a Magna Carta, que também visavam proteger o ser humano. Dentre essas teorias, o Cristianismo que se preocupava com a dignidade do homem, a Teoria do Jusnaturalismo que protegia os direitos natos do ser humano e a Teoria do Iluminismo que tinha como escopo a valorização do indivíduo perante o Estado.

O grande marco inicial além da Magna Carta foi o Direito Público que tinha finalidade de dar proteção ao homem, resguardando seus direitos e limitando seus deveres perante do Poder Estatal.

Diante disso se sucederam durante a história dos direitos da personalidade, a Declaração Americana de 1778, a Declaração Francesa e por fim a Declaração Universal da ONU de 1948.

Conforme ensinamento do Doutrinador Cesar Fiúza²¹,

Com a evolução do capitalismo industrial, a concentração, a massificação, os horrores da Segunda Guerra mundial, com o desenvolvimento da tecnologia principalmente da biotecnologia, etc., a perspectiva muda. O paradigma do Estado Liberal é substituído pelo Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passam integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, sua dignidade, contra a ganância e o poderio do mais forte. Ao lado desse prisma privatístico, continua a subsistir o público, em socorro do indivíduo contra o Estado. Tendo em vistas essas duas esferas, privada e pública, os direitos da personalidade pertencem a ambas. Na esfera privada, fala-se em direitos da personalidade... Na esfera Pública, em direitos humanos ou direitos fundamentais.

²⁰BRANDÃO, Dernival da Silva. **A vida dos direitos humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 493.

²¹FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo, de acordo com o código civil de 2002. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 134.

Conforme a Convenção Pacto de São José de Costa Rica, promulgada em 22 de novembro de 1969, aprovada em 1992 pelo Congresso Nacional Brasileiro pelo Decreto legislativo número 27, em seu artigo 3º sobre a personalidade e no inciso I do artigo 4º fala-se em direito à vida, *in verbis*:

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

I. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Sendo assim, encontra-se positivado na Convenção Americana que se deve levar em conta que toda pessoa é considerada ser humano, sem fazer qualquer distinção.

A Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e pela Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral nas Nações Unidas (ONU) em 1959, tratam dos direitos das crianças, em seu preâmbulo artigo 1º: “Em virtude de sua falta de maturidade física e mental, a criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

Atualmente a Declaração foi adaptada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, que visa à proteção especial a criança.

No ordenamento Jurídico Brasileiro, existem vários dispositivos resguardando todos os interesses e direitos do nascituro. Na Constituição Federal o nascituro tem proteção positivada, nos termos do caput do artigo 5º²², que diz a respeito das garantias fundamentais, ademais, a Constituição enseja também à proteção a maternidade e, conseqüentemente, à gestante no artigo 201 inciso II²³ e artigo 203 inciso II²⁴.

Outro importante princípio que está subjetivamente na Constituição Federal, é o direito à integridade física que é nada mais que o direito à vida e o direito ao próprio corpo, ou seja, o nascituro é uma pessoa biologicamente jurídica.

No Código Civil atual, os requisitos da personalidade não se enquadram na nomenclatura do nascituro, porém ele tem proteção legal e seus direitos resguardados desde sua concepção, como dispõe no artigo 2º.

Vale lembrar, que os direitos do nascituro estão diretamente ligados com a filiação, conforme dispõe os artigos 1.596²⁵ e 1.597²⁶. De outra sorte, os artigos

²²Art. 5. 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.

²³Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

²⁴Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

²⁵Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁶Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

1.633²⁷, e parágrafo único do artigo 1.779²⁸ do Código Civil, dispõem sobre o direito a uma assistência adequada de pré-natal, e representação de curatela, defendendo os interesses patrimoniais do nascituro.

Ainda neste contexto, o artigo 877²⁹ e parágrafo único do 878³⁰ do Código Processo Civil, garantem à gestante a posse em nome do nascituro e dos direitos que lhe assistirem.

No que diz respeito aos direitos sucessórios, os artigos 542³¹, 1.784³², 1.798³³, no inciso I do artigo 1.799³⁴ e parágrafo terceiro do artigo 1.800³⁵ do Código Civil revelam os casos de incapacidade de seus genitores de receber a herança, quando contemplados com uma doação.

Preserva também, o direito à paternidade, quando reconhecido como filho, podendo ser adotado e reconhecido pelo seu genitor, ou até mesmo possuir legitimidade ativa para investigação de paternidade, direito a filiação nos previstos nos artigos 1.596³⁶ e 1.597³⁷ do Código Civil.

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²⁷Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

²⁸Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

²⁹Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

³⁰Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

³¹Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

³²Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

³³Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

³⁴Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

³⁵Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...]

§3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, seri-lhe-a deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

³⁶Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³⁷Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) adota em seu artigo 4^{o38}, o dever da família e do Estado como prioridade absoluta à efetivação do direito à vida e outros direitos fundamentais inerentes a criança e ao adolescente, e em seu artigo 8^{o39}, a proteção integral e especial à gestante, assegurando-a um atendimento em todos os períodos da gestação, bem como, a alimentação, parto com dignidade e outros direitos, como estão previsto no artigo 10^{o40} da Lei 8.069/90.

Por fim, o Código Penal também protege os nascituros, em seus artigos 124⁴¹, 127⁴² e 128 incisos I e II⁴³, onde penaliza as formas de aborto, salvo suas exceções.

Assim, vislumbra-se que independentemente do embrião ser qualificado como pessoa ou não, intra ou extra uterina, merece a proteção jurídica. Relevante ressaltar que os direitos mencionados e protegidos do nascituro perante as Legislações não são taxativos, portanto subtendesse que tais direitos deveriam abranger os embriões, em sua condição de pessoa concebida ou ainda não nascida.

Desta feita, o Estado tem o dever legal de resguardar a segurança jurídica, o conforto e um desenvolvimento sustentável à saúde do nascituro.

4 BIOÉTICA (BIOGENÉTICA) E DIREITO

O estudo da Bioética teve seu início nos Estados Unidos em 1971, com o Inglês Van Rensselaer Potter sob a finalidade de utilizar a ética em suas pesquisas biológicas. Houve a grande necessidade de estudar esse novo ramo, devido os grandes avanços alcançados pela ciência e tecnologia. Para avançar no tema, é necessário compreender o significado de “BIO” e “ÉTICA”.

Ética é o estudo moral da humanidade, capaz de envolver todas as relações da sociedade, compreendidos como atos da vida social.

Bio significa “VIDA” que implica em dizer, o maior bem do ser humano, aquele que mais se aproxima ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que seria dizer à proteção da vida ou da integridade física.

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

³⁸Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

³⁹Art. 8º. É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

⁴⁰Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares. [...]

⁴¹Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

⁴²Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

⁴³Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Bioética segundo entendimento de Luciano Dalvi⁴⁴ “Quer dizer uma forma de se realizar a ciência, isto é, só valerá a experiência científica se pautada por critérios humanos e morais que respeitem o principal direito, qual seja, a vida”.

Assim, a Doutrinadora Vanessa Iacomini⁴⁵ salienta.

Bioética é o estudo centralizado a vida humana com valor e dignidade superior em relação aos demais seres vivos, devendo-se considerar até mesmo o lado espiritual, a racionalidade e o emocional; assim, fortalecendo as diferenças, e definindo a bioética com a disciplina do conhecimento biológico, que proporciona uma nova realidade científica, em conjunto com princípios éticos que induzem à exteriorização da ciência.

Portanto, a bioética é um ramo propriamente dito como o estudo das relações humanas no âmbito da saúde, aquilo que visa o bem estar social e um cuidado a vida, com caráter moral baseando-se nos princípios morais e nos macro valores.

Biodireito para Luciano Dalvi⁴⁶

Seria a regulamentação da bioética, através de normas, isto é, uma positivação da Biociências. [...] O Biodireito é a estrutura normativa das regras que regulam as condutas científicas direcionadas a evolução, desenvolvimento e análise da vida humana e do meio ambiente.

Conforme Noberto Bobbio (1995) apud Vanessa Iacomini⁴⁷

O biodireito é o ramo do direito que se referem tais fatos e eventos que surgem a partir das pesquisas das ciências. Da vida que surgem do aumento do poder do homem sobre o próprio homem que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou criar novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permitir novos remédios para as suas indigências.

Sendo assim o Biodireito é na nova esfera, tratando de uma relativização da norma humana, onde regula através de normas os seus limites específicos, diante dos avanços da ciência, da tecnologia e da medicina.

Maria Helena Diniz⁴⁸ afirma que: “o biodireito é uma nova disciplina que surge em face dos desafios levantados pela biomedicina, que, tomando por fontes imediatas, a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal”.

Vale salientar que seria um novo ramo do direito juntamente com a bioética, pois é indispensável o estudo da ética moral, ao direito que atentam a existência básica para uma vida com qualidade, e aos princípios humanos e garantias fundamentais para que não ocorram as violações de tais direitos.

4.1 TEORIAS EXISTENTES ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

4.1.1 Teoria natalista

⁴⁴DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008, p. 16.

⁴⁵IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

⁴⁶DALVI, op. cit., p.16.

⁴⁷IACOMINI, 2009, p. 40.

⁴⁸DINIZ, Maria Helena. **Biodireito, in dicionário jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 40.

É a teoria adotada atualmente pelo Código Civil Brasileiro e pela parte majoritária da doutrina.

Nas palavras do Doutrinador Sergio Abdalla⁴⁹:

Segundo a doutrina natalista, o nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direitos, e só é considerado como existente desde a sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. (*infantus conceptus pro Jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*).

Na teoria natalista os direitos do nascituro previstos no Código Civil não são taxativos, ou seja, é considerado uma pessoa como tal, com direitos e deveres após o nascimento com vida, ou a separação do corpo ou das vísceras maternal e após respirar.

No entanto, o nascituro é apenas um ser de direito virtual, que não possui vida independente e sim depende totalmente, do corpo da mãe, pois é considerado como um órgão em comum. Sendo assim, não pode ser chamado de “pessoa”.

O Doutrinador e defensor dessa teoria, Caio Mário da Silva Pereira⁵⁰, diz que: “o nascituro enquanto não nascido tem direitos meramente potenciais que só se confirmarão com o nascimento com vida, ou seja, com aquisição da personalidade”.

Conforme San Tiago Dantas (1942-1945, p. 170) apud retromencionado autor⁵¹

A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida é, pois, o elemento essencial para que se inicie a personalidade. De fato, desde o momento em que o homem está concebido, mas ainda no ventre materno, já a ordem jurídica toma conhecimento da sua existência e confere-lhe a sua proteção. Essa proteção se manifesta de muitos modos. Por exemplo, todas as vezes em que a mãe se encontra numa posição jurídica em que seu interesse é contrário ao interesse do nascituro, isto é, ao interesse daquele que vai nascer, manda a lei que se de um curador ao ventre, que é o defensor dos direitos do nascituro.

De maneira que, parece que desde o período de sua vida intra-uterina já o homem é sujeito a direitos, já tem uma capacidade, já se iniciou, por conseguinte, a sua personalidade. Os projetos do Código Civil Brasileiro variaram na solução que deviam adotar com relação a esta data do início da personalidade, mas, no nosso Código Civil, o assunto não tem lugar a dúvidas. A personalidade data do nascimento.

Destarte, a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º, considera o início da personalidade civil somente a partir do nascimento com vida, assim o nascituro não é considerado pessoa, e, portanto, não tem personalidade.

Para a Teoria Natalista, os embriões criopreservados não podem ser considerados nascituros, conseqüentemente não serão tutelados pelo Direito.

4.1.2 Teoria concepcionista

⁴⁹SEMIÃO, 1998, p. 40.

⁵⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 221.

⁵¹SEMIÃO, 1998, p. 42-43.

A Teoria Concepcionista é adotada pelos doutrinadores minoritários, que defendem os direitos do nascituro desde sua concepção.

Conforme ensinamento da Doutrinadora Renata da Rocha⁵²

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição, a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.

Subtende-se dessa teoria que o embrião possui suas características próprias, tendo assim capacidade absoluta de desenvolvimento sem interferência de terceiros.

Segundo André Franco Montoro (1953, p. 10) apud Sergio Abdalla⁵³

A personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.

Falar em direitos do nascimento é reconhecer-lhe qualidade de “pessoa”, porque, juridicamente, todo titular de direitos é pessoa. “Pessoa”, em linguagem jurídica, é exatamente o sujeito ou o titular de qualquer direito. Dito que o nascituro tem direitos, estar-se-á, *ipso facto*, afirmando que ele é sujeito de direitos e, portanto, pessoa.

Há quem defenda o direito do nascituro desde a sua concepção, porém, é uma corrente minoritária. Segundo Silmara Chinelato Almeida⁵⁴, defensora dessa teoria, apenas alguns direitos patrimoniais estariam dependendo de certa condição para sua concretização, tais como o direito de herança e da doação.

Maria Helena Diniz⁵⁵ defende que:

[...] Que dentro do útero, o nascituro possui personalidade jurídica formal no que se refere aos direitos da personalidade e aos personalíssimos. E apenas teria personalidade material a qual alcançaria os direitos patrimoniais quando nascesse com vida. estes direitos patrimoniais permaneceriam em estado potencial ate ocorrer o nascimento.

Na visão da Teoria Concepcionalista, a defesa utilizada para a interpretação do artigo 2º do Código Civil baseia-se juntamente no caput do artigo 5º da Constituição Federal, tratando da inviolabilidade do direito à vida, bem como, da igualdade. Ainda o Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1992, que diz respeito em seu inciso I do artigo 4º, fundamentando que toda pessoa tem o direito à vida, e ninguém será privado dela.

Partindo dessa interpretação pergunta-se: Por que estes direitos não são estendidos aos embriões que se encontram em situações extracorpóreas? Com base no artigo 2º do Código Civil Brasileiro, em nenhum momento está prevista

⁵²ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 75.

⁵³SEMIÃO, 1998, p. 35.

⁵⁴ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direitos de Personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, dez. 1992, p. 23.

⁵⁵DINIZ, 2004, p. 8.

taxativamente que a concepção deve ocorrer dentro do útero da mulher, e também que a proteção jurídica só ocorrerá caso exista a gravidez em sua plenitude.

Vale ressaltar ainda, o ensinamento de Maria Helena Diniz⁵⁶,

Embora a vida se inicie com a fecundação, e à vida viável com a gravidez, que se dá com a *nidação*⁵⁷, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

Portanto, se o embrião encontra-se dentro ou fora do corpo da mãe, sua natureza biológica é mesma, nunca deixando de ser um embrião.

4.1.3 Teoria da personalidade condicionada

A teoria da personalidade condicionada defende que o nascituro já é possuidor de personalidade, porém para ocorrer a confirmação, depender-se-á de uma condição, um acontecimento futuro e incerto, que seria com o nascimento com vida.

Doutrinador defensor desta teoria, Washington de Barros Monteiro⁵⁸, assevera: “o nascituro é uma pessoa condicional e aquisição da personalidade estaria sob dependência de uma condição suspensiva, ou seja, o nascimento com vida”.

E segundo o voto do Excelentíssimo Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹ sobre a Teoria da personalidade Condicionada, “*In Verbis*”:

Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do quantum. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não tenha transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando-se dar solução definitiva ao caso e evitando inconveniente e retardamento da solução jurisdicional.

Vislumbra-se, portanto, que as atuais Jurisprudências dos Tribunais estão baseando-se na Teoria da Personalidade Condicionada. Assim, dando ao nascituro sua real perspectiva de personalidade.

5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS LIMITES

⁵⁶DINIZ, 2004, p. 9.

⁵⁷[Do ingl. Nidation.] S.f. embr. Processo de fixação do blastocisto no endométrio; implantação. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1468.

⁵⁸MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de direito civil**: v.1. São Paulo: Saraiva, p. 60.

⁵⁹STJ, Resp. 399.028/SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. – J. em 26.02.2002.

Considerada a quarta geração do Direito, abrange principalmente os estudos bioéticos e as restrições éticas aos avanços biotecnológicos.

Houve uma evolução nas técnicas de reprodução humana, que são utilizadas para tratamento de algumas alterações da fertilidade do casal. Insta salientar a diferença entre reprodução ou procriação assistida e engenharia genética.

Segundo Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen⁶⁰: “a primeira visa, basicamente, a realizar o desejo de ter filhos, a segunda consiste nas inúmeras técnicas de manipulação de material genético, podendo alterar sua estrutura natural”.

A seguir, far-se-ão considerações acerca de tais técnicas.

5.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL OU *IN VIVO*

É considerado o método mais simples de fecundação, também conhecida como inseminação intrauterina, subdivide-se em dois tipos: a inseminação homóloga, quando o sêmen ou óvulo, ou ambos do mesmo casal são utilizados na reprodução e a inseminação heteróloga, quando ocorre a participação de um terceiro através do banco de sêmen da clínica. Nesses dois casos os embriões são coletados, preparados e transferidos para colo do útero, sem aplicação de anestesia. Portanto nessa técnica, não ocorre à fecundação, mas sim tão somente a transferência do sêmen para a cavidade uterina, podendo ou não ocorrer à fecundação do óvulo. É um auxílio dentro do processo natural da fecundação humana.

5.2 TRANSFERÊNCIA DE GAMETAS PARA AS TROMPAS – *GIFT (GAMETHA INTRA FALLOPIAN TRANSFER)*

É considerada a técnica mais humanizada, pois não ocorrem os embriões excedentes, uma vez que acontece a fecundação naturalmente dentro do útero, ou seja, “*In Vivo*”, e não no laboratório “*In Vitro*”.

Na técnica GIFT, são coletados e selecionados os espermatozóides e os óvulos, e então são transferidos imediatamente para as trompas da mulher.

5.3 TRANSFERÊNCIA DE ZIGOTO PARA AS TROMPAS – *ZIFT (ZYGOT INTRA FALLOPIAN TRANSFER)*

Segundo Juliana Frozel de Camargo⁶¹: “Neste caso, a transferência é feita quando a célula fusionada possui dois núcleos. Posteriormente, o pré-embrião ou zigoto é transferido para a trompa da mulher”.

Nessa técnica, a pequena diferença é a fecundação “*In Vitro*” e após, o embrião é implantando na trompa, que leva o mesmo tempo de uma gravidez

⁶⁰HRYNIEWICZ, Severo; SAWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro” da bioética ao biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

⁶¹CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003, p. 33.

natural, tende a percorrer o caminho até o útero, assim permitindo que lhe encontre um ambiente mais propício para sua implantação.

5.4 FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA OU FECUNDAÇÃO “*IN VITRO*” – *FIV (IN VITRO FERTILIZATION)*

A técnica também é conhecida como FIV ou Fivete, que surgiu com objetivo de ajudar casais com dificuldade de reprodução. O primeiro “bebê de proveta” que aconteceu com a reprodução “*In Vitro*” ocorreu em 1978 na cidade de Oldham na Inglaterra, chamada Louise Brown.

Segundo ensinamento de Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen⁶²,

A técnica da fertilização assistida ou “*In Vitro*” consiste em retirar, normalmente por laparoscopia, um ou vários óvulos de uma mulher – sua produção é, geralmente, provocada por estimulação hormonal – e colocá-los em um meio nutritivo. Em seguida, aos óvulos, reúne-se o esperma. Com a fecundação, após horas ou até dois dias, o óvulo é colocado no útero da mulher. Se ocorrer a nidificação (adesão ao útero), a gravidez segue seu ritmo normal.

Na fertilização “*In Vitro*”, é necessária a utilização de 50 a 100 milhões de espermatozoides para cada óvulo na proveta, após a fecundação dos embriões eles são transferidos para o útero da mulher.

Para Olga Jubert Gouveia Krell⁶³,

Na prática das clínicas da reprodução assistida, são criados pré-embriões em números superiores aos efetivamente transferidos para o útero da beneficiária. Essa reprodução de sobras embrionárias deve a vontade de aproveitar ao máximo a necessária “hiperindução” de ovulação para a captação de cerca de quinze óvulos, que normalmente causa enormes sofrimentos físicos – além do estresse psíquico - com objetivo de poupar a mulher, para que ela não precise de submeter de novo a este processo doloroso, caso a fecundação artificial não logre êxito neste ciclo.

A partir dessa técnica, já se observa o grande acúmulo de embriões que são fecundados, e não utilizados na transferência para útero da mulher e assim são *criopreservados*⁶⁴.

No Brasil, a resolução n.1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina⁶⁵, impõe limite de embriões implantados no útero materno que pode variar de dois a quatro embriões.

Os embriões não utilizados são congelados pelos casais, porém, quando ocorre êxito na fertilização “*In vitro*”, surge um grande debate que norteiam o fim ético que deve, ou pelos menos deveria ser dado, aos embriões excedentários.

6 DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

⁶²HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008, p. 91.

⁶³KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 127.

⁶⁴[De crío - + conservação.] S.F. Biol. Conservação de células ou de outras matérias biológicas em temperaturas extremamente baixas. Cf. FERREIRA, 2010, p. 611.

⁶⁵6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

Conforme explanado sobre fertilização “In Vitro”, há uma necessidade enorme pela parte da medicina, primeiramente de resguardar o aspecto físico e o psicológico da mulher que realizará o tratamento, produzindo o máximo de embriões possíveis, caso não logre êxito na primeira tentativa da fertilização assistida, não venha passar novamente pelos mesmos tratamentos.

Consequentemente ocorre os chamados embriões supranumerários ou excedentários, aqueles que não foram utilizados na transferência para útero feminino.

Nas palavras de José Mariano Amabis e Martho⁶⁶,

O que fazer com os embriões não utilizados? Eles devem permanecer congelados indefinidamente ou descartados? Podem ser doados ou vendidos a outra pessoa? Afinal de contas, todos os embriões que se desenvolvem em um processo de fertilização in vitro são irmãos do que se desenvolveu. Descartá-los não seria equivalente a um aborto?

O presente estudo se presta para tentar dirimir este conflito.

6.1 DOAÇÃO, PESQUISAS OU DESCARTE?

6.1.1 Doação

Adoção seria uma solução menos polêmica a ser dado ao embrião excedente. Por que não ajudar outros casais de baixa renda, sem possibilidade financeira para custear um tratamento tão “caro” como a fertilização “In Vitro”?

A Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina trata em seu capítulo IV⁶⁷ da doação dos gametas ou embriões para terceiros, resguardando como sem fins lucrativos ou comerciais, bem como, o sigilo da identidade dos doadores e dos receptores e vice-versa. Observa-se que o Conselho Federal de Medicina preocupou-se em tentar solucionar o problema dos embriões excedente, optando pela doação.

6.1.2 Pesquisas

⁶⁶AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. **Conceito de biologia**. v. 1. São Paulo: Moderna, 2001, p. 175.

⁶⁷IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

A utilização dos embriões excedentes nas pesquisas atualmente é a mais defendida, porém, aceitar a usá-los não seria o mesmo que tratá-lo como coisa? E por que utilizar os embriões excedentes nessas pesquisas?

As células embrionárias são consideradas pluripotentes, isso quer dizer que são as únicas células capazes de multiplicar-se e transformar-se em 216 novos tecidos, o que para a medicina seria uma revolução.

Insta salientar que as células-tronco também são possíveis de serem retiradas da medula óssea, cordão umbilical, sangue, placenta, fígado e do líquido amniótico, também chamadas de células “unipotentes” ou “oligopotentes”, porém não possuem a mesma capacidade de se transformarem em outros tecidos. Em geral, se limitam ao tecido de origem.

Para utilização desses embriões excedentes nas pesquisas para a obtenção de células - tronco, automaticamente acarreta a sua destruição e afrontando o Princípio da Dignidade da Pessoa. Porém, vislumbra-se a colisão dos princípios fundamentais, de um lado os direitos dos embriões, e em outro pólo os direitos das pessoas enfermas.

A respeito da colisão de direitos fundamentais, o entendimento de Pedro Lenza (2010, p. 747) apud Liliana Cechinel e Meirelles⁶⁸

Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ à luz da razoabilidade e da consonância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer, ou seja, ao não conseguir harmonizar os direitos fundamentais, caberá ao Judiciário observar qual deve prevalecer, e faz isso através da equidade e da ponderação.

Será dever do Judiciário decidir, quando houver o conflitos de interesses sobre os direitos fundamentais, no qual prevalecerá o direito à vida do embrião, ou se sucederá o direito de ter uma vida com dignidade de sobrevivência.

Portanto, para se prevenir desses possíveis conflitos, pugna-se pela intervenção do Estado, em uma regulamentação digna, e uma lei completa e adequada.

6.1.3 Descarte

A lei de Biossegurança em seu inciso V, artigo 6^o⁶⁹ proibiu a destruição ou descarte dos embriões excedentes. Partindo dessa conjectura há uma breve expectativa de solução, já que o legislador impõe a impossibilidade de descarte.

⁶⁸CECHINEL, Liliana; MEIRELLES, Jussara. A constitucionalidade da lei nº 11.105/2005 em face da discussão acerca do destino dos embriões excedentes de fertilização in vitro e a pesquisa com células-tronco embrionárias. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 47.

⁶⁹V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

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

Porém, ainda há alguns questionamentos, pelo fato da grande quantidade de embriões hoje criopreservados em clínicas. Com relação a esta premissa, do simples descarte ou destruição do embrião, pergunta-se: Por que não, pelo menos dar a ele uma utilidade? Qual seja, ajudará pessoas que estão na expectativa de uma solução para as doenças incuráveis, que aguardam algum posicionamento da medicina sobre a utilização das células embrionárias.

Tal hipótese é uma afronta direta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e um atentado contra a vida. Por óbvio, o simples descarte seria mesma coisa que “assassinar” os embriões, sem dar a eles a chance de “ajudar” outras pessoas que ainda possui esperanças de tratamento.

6.2 LEI DA BIOSSEGURANÇA 11.105/2005 E ADIN - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3510

O Procurador Geral da República Sr. Cláudio Lemes Fonteles ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 – DF contra artigo 5^o da Lei 11.105/2005 Biossegurança, fundamentando que tal dispositivo violava o Direito à Vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal, com uma votação apertada de 6 x 5, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e os argumentos utilizados pelos Ministros foram que não havia na lei a violação do direito à vida, e que os embriões criopreservados da fertilização “In Vitro” não eram pessoas.

Vale destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes que além de ter entendido ser constitucional a Lei 11.105/2005, destacou a necessidade do controle das pesquisas por um Comitê Central de ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde.

Partindo do resultado da votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da ressalva do Ministro Gilmar Mendes, ficou clara a dificuldade que a Lei da Biossegurança trás ao seu entendimento e sua interpretação, principalmente do artigo 5^o.

Sendo assim, vislumbra-se a necessidade da criação de um Órgão responsável especificadamente para a fiscalização e controle das clínicas e laboratórios de engenharia genética, bem como, aplicações de sanções severas, às práticas de manipulação e modificação, que envolvam seres humanos e sobre as fertilizações “In Vitro”.

6.3 CRÍTICAS À LEI 11.105/2005 – BIOSSEGURANÇA

⁷⁰Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

A Lei 11.105 de 2005 preocupou-se em regulamentar sobre os assuntos que versam sobre os organismos geneticamente modificados de seres humanos vivos e não vivos. Destacam-se alguns pontos controvertidos que a lei impõe, sem fundamento técnico e jurídico, e impossibilitando dar a efetiva interpretação.

Quando a lei menciona em seu artigo 5º inciso II⁷¹, sobre a possibilidade de pesquisa com embriões excedentes provenientes da fertilização “In Vitro”, ela estipula um prazo de 3 (três) anos depois de congelados e inviáveis, porém não deixa claro o porquê de tal prazo estipulado, como já foi constatado pela medicina a utilização de embriões que estavam a mais de 20 (vinte) anos congelados, e dela nasceram crianças completamente normais e saudáveis. E no mesmo artigo em seu inciso I⁷², deixa lacunas quando menciona a utilização de “embriões inviáveis”. O que seria ou qual respaldo o legislador se embasou para criação deste inciso? Quando e como constatar que um embrião é “inviável” para pesquisas?

Portanto, verifica-se o vazio jurídico, a falta de argumentos e a insuficiência legislativa presente na Lei. E, principalmente, a falta de regulamentação específica com relação às práticas existentes com embriões excedentes.

Por tal razão, o Direito tem o dever de tutelar os direitos dos seres humanos, como está previsto na própria Constituição Federal em seu artigo 225⁷³ e seus incisos.

6.4 PAPEL DO ESTADO SOLIDÁRIO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana é recente, foi concretizado em 1948 com advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁴, após as experiências ocorridas na Segunda Guerra Mundial.

Dignidade da Pessoa Humana encontra-se positivada na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III⁷⁵, é considerada uma garantia constitucional, onde possui três sentidos.

⁷¹Art. 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:

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.

⁷²Art. 5º [...]

I – sejam embriões inviáveis;

⁷³Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

⁷⁴Aprovado em 10 de dezembro de 1948 pela assembléia geral da ONU, realizada em Paris.

Segundo José Afonso da Silva⁷⁶

(1) Reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, 'que não provem de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano', parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estatalidade dos direitos fundamentais. (2) 'prescrições que vedam determinadas ações do poder público', ou 'formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual'; (3) 'proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia' ou 'recurso jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura'.

Conforme o posicionamento adotado, a Dignidade da Pessoa Humana não é uma criação normativa feita pelo Legislador, é uma garantia preexistente, inerente da pessoa.

Complementando a ideia, a explicação de Alexandre de Moraes⁷⁷:

O princípio fundamental consagrado na Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal que a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *sum cuique tribuere* (dê a cada um que lhe é devido).

A dignidade da pessoa humana aborda também o direito à vida que está previsto no *caput* no artigo 5º da Constituição Federal⁷⁸.

Conforme o Doutrinador José Afonso da Silva⁷⁹

Vida, no texto constitucional (artigo 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se,

⁷⁵ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 187.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46-47.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ SILVA, 2009. p. 197

progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Ressalta José Afonso⁸⁰ que o direito à vida, é como fonte primária de todos os bem jurídicos, ninguém terá o direito de dispor da própria vida e de outrem. Até o presente, o feto é considerado como um ser humano.

Immanuel Kant influenciou o pensamento no Ocidente sobre a dignidade. O filósofo⁸¹ defendia em sua teoria, a liberdade para dar a si suas próprias leis, e o ser humano como o único valor absoluto.

Segundo Immanuel Kant (1986, p. 79 e 67) apud Selma Rodrigues Petterle⁸²:

O fundamento da dignidade humana repousa na autonomia do ser humano, na condição de ser racional. Quanto ao significado dessa autonomia da vontade, sob a perspectiva Kantiana, deve ser entendida como ‘faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis’, capacidade esta encontrada apenas nos seres racionais.

Ressalta-se que a concepção Kantiana refere-se aos seres irracionais como “coisas”, aqueles sem muito valor, enquanto em outro pólo, refere-se aos seres racionais como “pessoas”, assim contemplados pela dignidade da pessoa humana.

O homem existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, diz Kant apud Petterle⁸³. Tal posicionamento de que o homem nunca poderá usar ou ser usado como meio, no qual afronte a Dignidade da Pessoa Humana.

Salienta ainda Giovanni Ciprianni⁸⁴

Para Kant, o ser humano é pessoa somente enquanto é depositário da lei moral e dotado de autonomia; nisso está fundamentada a sua dignidade e ele é sempre digno de respeito. Por isso a pessoa é sempre “fim” e não “meio”, tem “dignidade” e não “preço”.

Esta teoria teve sua grande relevância no conceito de “pessoa” e da “dignidade”, principalmente nos aspectos éticos e jurídicos dos seus significados. Contudo, apesar da sua influência, a concepção da acepção “pessoa” e “dignidade” tenham evoluído.

6.4.2 Papel do estado solidário e possíveis soluções

O Legislador ao colocar a Dignidade da Pessoa Humana como um direito fundamental da República subentendeu-se um valor supremo, de tal maneira que o Estado está em função das pessoas e não as pessoas em função do Estado, ressalta Rita de Cássia Espolador⁸⁵.

⁸⁰Ibid., p. 198 e 234.

⁸¹Filósofo alemão, fundando da filosofia crítica, nasceu na Cidade de Königsberg na Prússia, em 22 de abril de 1724 e faleceu em 12 de fevereiro de 1804, na mesma cidade.

⁸²PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

⁸³PETTERLE, loc. cit.

⁸⁴CIPRIANI, 2007, p. 47.

⁸⁵ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 239 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 130. Disponível em:

Salienta ainda Canotilho (2003, p. 409) apud Liliana Cechinel e Jussara Meirelles⁸⁶

Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Nesse sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos [...] da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticados por terceiros.

Consiste em dizer que o Estado está para a pessoa, do mesmo jeito que o Direito também está em função da pessoa, para que exista a segurança jurídica e possa proporcionar o seu desenvolvimento⁸⁷. Há necessidade do Estado tutelar medidas de controle que visem evitar abusos e impor limites, e não apenas da intervenção, e regulamentar uma simples lei que “reboque os fatos”, destaca Rita de Cássia Espolador⁸⁸.

Diniz⁸⁹ defende “que a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico”.

É dever do Estado através do Direito regulamentar as práticas existentes hoje, para evitar possíveis consequências e frustrações irreversíveis sobre o ponto de vista da proteção do ser humano, e assim, o embrião deve ser estendido de forma sequencial dessa proteção - Como já foi demonstrado que o embrião não deve ser rebaixado e ser tratado como “coisa”, porque possui sua carga genética própria e seu valor biológico próprio - portanto, nesse contexto merece tal proteção do Estado e sua devida regulamentação.

Ainda Rita Cássia Espolador⁹⁰ afirma que “o vazio normativo acerca das manipulações genéticas abre espaço para graves atentados contra a vida humana. A necessidade de uma melhor delimitação justifica-se pela ausência de controle e, portanto, pela omissão do Estado”.

Pugna-se aqui a imposição do Estado sobre os assuntos delicados que estão atrelados sobre os embriões geneticamente modificados. E também os limites jurídicos que devem ser dados, para que se possa preencher esses vazios que existem atualmente, e regulamentar as condutas.

A Constituição Federal 1988, em seu artigo 218⁹¹ preocupou-se com a liberdade científica, contudo o Legislador deixou claro em seu artigo 5º “caput”⁹²

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24335/Rita%20Tarifa.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 19 out. 2012.

⁸⁶CECHINEL; MEIRELLES, 2011, p. 46.

⁸⁷ESPOLADOR, op. cit., p. 130.

⁸⁸Ibid., p. 198.

⁸⁹DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

⁹⁰ESPOLADOR, 2010, p. 198.

⁹¹Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

como garantia fundamental a inviolabilidade do direito à vida, não se fala em vedar o avanço da medicina, nem obstaculizar a liberdade técnica científica, mas sim criar limites para as práticas de pesquisas com embriões advindos da fertilização “In Vitro” e não rechaçar uma garantia fundamental e individual.

Tal regulamentação merece uma releitura das normas existentes pelo Direito. No ponto de vista que seria mais adequada a delimitação do tema levando-a para exatidão, bem como, tais hipóteses seria, também no ponto de vista de Rita Cássia Espolador⁹³.

a) A exata definição dos limites de manipulações conjugado material genético e de pessoas e animais; b) A limitação nas técnicas de reprodução artificial, da quantidade de embriões produzidos, visando diminuir a quantidade de embriões excedentes ou supranumerários; c) precisar o conceito de inviabilidade, para fins de permissão de utilização de embriões criopreservados que efetivamente não tenham potencialidade de se tornarem vidas; d) estabelecer punições severas em caso de manipulações genéticas visando à eugenia⁹⁴; e) estruturar uma equipe técnica destinada à fiscalização das clínicas e laboratórios de engenharia genética, bem como de outras instituições, públicas ou privadas.

Simple regulamentação exposta acima normatizaria o assunto e não impediria o desenvolvimento científico, mas sim, um acompanhamento a esses avanços de maneira responsável, não obstante é por óbvio que o Direito jamais será completo e suficiente para resolver as questões pertinentes.

Por fim, conforme Cláudia Maria Lima Scheidweiler (2005, p. 82) apud Liliana Cechinel e Jussara Meirelles⁹⁵

O ideal seria obter um avanço tecnológico que não destruísse o embrião após a retirada das células-tronco, o que, segundo os pesquisadores, já esta sendo analisado, mas enquanto não se tem uma posição concreta, é necessário solucionar os problemas existentes, pois o respeito à pessoa humana justifica todas e quaisquer formas de intervenções do Direito.

Perante a visão da Bioética seria uma das hipóteses mais plausíveis para o Legislador se pautar, porém ainda são meramente estudos hipotéticos, não impossíveis, que apenas requerem mais estudos no âmbito da medicina.

Outra possível solução segundo Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 220) apud Liliana Cechinel⁹⁶: “seria encontrar uma limitação do número de óvulos à fecundação, de maneira a evitar embriões em quantidade superior à necessária ao

§4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

⁹²Art. 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.

⁹³ESPOLADOR, op. cit., p. 207.

⁹⁴[Do fr. Eugénie (v. eu-e-genia).] S.f. Méd. Ciências que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana. [Cf. eugénia , s.f., e Eugénia, antr.] Cf. FERREIRA, 1999, p. 852.

⁹⁵CECHINEL; MEIRELLES, 2011, p. 44.

⁹⁶Ibid., p. 51.

tratamento da infertilidade”; ou o possível congelamento de óvulos femininos, ao invés de embriões fecundados.

A prioridade do Estado deve primeiramente respeitar os Princípios Constitucionais, como o da Dignidade da Pessoa Humana, da liberdade, direito à vida, à saúde, à intimidade, permitindo, assim o avanço da ciência. Para garantir justiça igualitária, a efetiva normatização da norma, e assim consequentemente suprir as lacunas da Lei 11.105 de 2005, com objetivo de garantir sua aplicabilidade, sem deixar ao mero subjetivismo do julgador.⁹⁷

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visou expor, que a medicina nas suas tentativas de reprodução humana trouxe vários benefícios para os casais que sofrem de infertilidade, porém, trouxe consigo várias problemáticas que versam sobre os embriões excedentes.

A Bioética como campo do Direito, que estuda ciência pautada por critério humano e morais, tem o objeto maior o respeito à vida. Desta forma, o Direito sendo uma ciência, que tem como escopo normatizar e regulamentar as condutas humanas em sociedade, tem o dever de ampliar a sua proteção e interferir quando necessário, e responder a atual problemática sobre o destino dos embriões excedentes.

No que se refere à Lei da Biossegurança, existe a necessidade de releitura e melhor regulamentação, uma vez que a vida, o grande bem jurídico é protegido pela Constituição Federal, que tem primazia e valor hierárquico. Nesse entendimento não há porque se discutir o momento do início da vida, mas sim que se dê a vida seu devido valor e proteção.

Importante entender que o direito do nascituro funda-se em princípios gerais indispensáveis, que foram reconhecidos pela Constituição Federal, visando a correta aplicação do direito.

Obstaculizar a medicina não seria correto, pois a humanidade necessita dos avanços da biotecnologia para equacionar problemas, contudo, o caminho seria achar soluções na produção excessiva dos embriões excedentes.

Por fim, a ausência de lei positivada sobre este tema, constata a iminente necessidade de alteração normativa, capaz de contemplar e resguardar os embriões como se fossem pessoas já nascidas.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Chinelato. Direitos de Personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, dez. 1992.

AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. **Conceitos da biologia**. v. 1. São Paulo: Moderna, 2001.

⁹⁷CECHINEL; MEIRELLES, 2011, p. 53.

BRANDÃO, Dornival da Silva. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo código civil. In: **Novo código civil**. Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

_____. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990 retificado em 27 set. 1990.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003.

CECHINEL, Liliana; MEIRELLES, Jussara. A constitucionalidade da lei nº 11.105/2005 em face da discussão acerca do destino dos embriões excedentes de fertilização in vitro e a pesquisa com células-tronco embrionárias. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano: na fecundação, o marco da vida**. São Paulo: Paulinas, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.957/2010**. Brasília: CFM, 2010. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>.
Acesso em: 18 out. 2012.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Biodireito, in dicionário jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Código civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 239 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em:

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24335/Rita%20Tarifa.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 out. 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

_____. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo, de acordo com o código civil de 2002**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRIAS, Lincoln. **A ética do uso da seleção de embriões**. Santa Catarina: UFSC, 2012.

GALIANI, Fernanda Silva. O princípio constitucional do direito a vida e a pesquisa com células-tronco embrionárias. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/519/515>>. Acesso em: 23 out. 2012.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

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

IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria**. Curitiba: Juruá, 2009.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de direito civil: parte geral**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PETTERLE, Selma Rodrigues. O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROBERTI, Maura. **Biodireito: novos desafios**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

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

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Delrey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WESTPHAL, Euler Renato. **O oitavo dia: na era da seleção artificial**. São Bento do Sul, SC: União Cristã, 2004.

ZUCCARO, Cataldo. **Bioética e valores no pós-moderno**. São Paulo: Edições Loyola, São Paulo, 2007.