

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A PROTEÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONFERIDA AOS DIVERSOS
ESTÁGIOS DA EVOLUÇÃO HUMANA: análise do embrião até o nascimento com
vida**

ANA GABRIELA SOARES BARBOSA

Maceió/Alagoas
2011

ANA GABRIELA SOARES BARBOSA

**A PROTEÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONFERIDA AOS DIVERSOS
ESTÁGIOS DA EVOLUÇÃO HUMANA: análise do embrião até o nascimento com
vida**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas / Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Olga Jubert Gouveia Krell.

Maceió/Alagoas
2011

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

B238p Barbosa, Ana Gabriela Soares.
 A proteção civil-constitucional conferida aos diversos estágios da evolução humana: análise do embrião até o nascimento com vida / Ana Gabriela Soares Barbosa. – 2018.
 122 f.

Orientadora: Olga Jubert Gouveia Krell.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 113-122.

1. Direito civil. 2. Embrião humano – Aspectos jurídicos. 3. Nascituros (Direito). 4. Direito à vida. I. Título.

CDU: 347.122



ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO FINAL

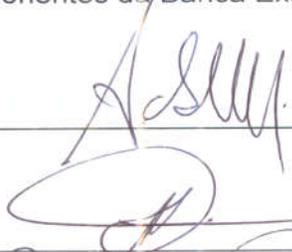
Em sessão pública, no dia dezanove de maio de dois mil e doze, às nove horas, no mini-auditório da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA / UFAL, deu-se início a Defesa de DISSERTAÇÃO FINAL DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, com área de concentração em Fundamentos Constitucionais dos Direitos, da aluna **Ana Gabriela Soares Barbosa** orientanda da Prof^a. Dr^a. Olga Joubert Gouveia Krell intitulada: “**A proteção civil-constitucional conferida aos diversos estágios da evolução humana: análise do embrião até o nascimento com vida**” como requisito para a obtenção do título de MESTRE. A banca examinadora ~~foi~~ constituída pelos seguintes membros: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL), presidente da banca; Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL) e como convidado externo, Prof. Dr. Eduardo Rabenhorst (UFPB). A defesa constituiu de uma apresentação oral de 20 (vinte) minutos, seguida de inquirições de 20 (vinte) minutos para cada um dos examinadores e das respostas; e foi assistida pelas pessoas que se fizeram presentes. Ao final, a Banca Examinadora reuniu-se reservadamente e decidiu em atribuir ao conteúdo do trabalho e à defesa a menção: aprovado (9,0), com base no art. 45 do Regimento Interno do Curso. Nada mais tendo a tratar, deu-se por encerrada a defesa, e para constar, eu, Sara Regina Albuquerque França _____, Secretária do Curso de Mestrado em Direito da FDA, lavrei a ATA, que para produzir os efeitos legais, vai por mim assinada e pelos componentes da Banca Examinadora.

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell _____
(UFAL/AL) Presidente da Banca

Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão _____
(UFAL/AL)

Prof. Dr. Eduardo Rabenhorst _____
(UFPB/PB)

FDA/UFAL – Maceió/AL, 19 de maio de 2012.


Adrualdo de Lima Catão
Coordenador
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL
C14/PF 1548976

Aos meus queridos!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que estiveram comigo neste sonho!

Agradeço, primeiramente, aos meus pais. Ao meu pai, “Mário Arnaldo”, que sempre me incentivou e me acompanhou nas madrugadas adentro de intenso estudo. À minha mãe, “Nina”, pelas discussões, pelo incentivo à educação, por sempre exigir mais e fazer com que eu acredite que sempre posso mais. Sempre costumo dizer que na minha família os papéis dos meus pais são invertidos. Meu pai é o maior exemplo de dedicação e amor imensurável por todas as filhas, fazendo muito mais que o esperado. Mima todas as filhas, e nunca diz não, é pura dedicação e afeto. Minha mãe é mais racional. Criou as filhas para serem mulheres fortes e independentes. Sempre priorizou a educação, acima de tudo. Do equilíbrio dos dois, eis a minha pessoa.

Agradeço às minhas irmãs: Carolina, Katherine e Rafaela. Por entenderem a minha ausência ao longo do mestrado, por me acalmarem, por serem o meu chão. Pelos sobrinhos maravilhosos que me deram e que só alegam os meus dias. Não poderia amá-los mais, ainda que fossem meus filhos.

Ao meu amor, Diogo, por simplesmente colorir as minhas manhãs, todos os dias. Por ter me ensinado a sonhar alto, mas sempre com os pés no chão.

A minha querida professora Olga. A quem dedico todos os méritos deste trabalho. Por abrir os meus horizontes, por toda a dedicação e carinho que vai muito além da relação orientadora-orientanda. Tive a prazer de tê-la como minha professora e orientadora, mas muito mais que isso, tive o privilégio de ter uma amiga ao meu lado nessa jornada.

À Universidade Federal de Alagoas e todos os professores que compõem a Faculdade de Direito e o curso de Pós-Graduação. Não posso nomear separadamente cada ajuda singular dos meus professores, porque posso cometer a grande injustiça do esquecimento. Mas sou profundamente grata pelo maior presente que me proporcionaram: o conhecimento jurídico.

Agradeço também, em especial, aos meus amigos, por todos os momentos de distração. E a todos aqueles que sempre torceram por mim. Muito obrigada!

*Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim
todos os sonhos do mundo.*

Fernando Pessoa
Tabacaria

RESUMO

BARBOSA, Ana Gabriela Soares. **A PROTEÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONFERIDA AOS DIVERSOS ESTÁGIOS DA EVOLUÇÃO HUMANA: análise do embrião até o nascimento com vida**. 2011. 118f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito/Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió.

O presente trabalho tem por objeto a análise da proteção civil-constitucional conferida ao ser humano quando ainda em formação gestacional, considerando desde o embrião laboratorial até o momento do nascimento. A problemática é analisada sob a perspectiva dos direitos fundamentais, na interface da Bioética e do Biodireito com o Direito Constitucional, além dos institutos do Direito Civil de sujeito de direito e da personalidade jurídica. Entende-se o embrião e o nascituro enquanto sujeito de direito, sem, contudo, serem considerados pessoas. Com isso, o ser humano ainda em formação recebe proteção jurídica, mas o Direito não especifica claramente qual o limite dessa proteção, principalmente se estariam resguardados pelo direito à vida. A nova Lei da Biossegurança relativizou a proteção à vida humana em formação, possibilitando as pesquisas que se utilizam do embrião humano laboratorial; o Código Penal, em certas circunstâncias, também relativiza a proteção à vida do nascituro, possibilitando o aborto. Essa definição é importante para que as questões biojurídicas recebam uma proteção jurídica adequada. Ante a ausência de uma norma definidora, o trabalho analisa, sob a ótica da hermenêutica constitucional, a possibilidade de ponderar o direito à vida em face de outros direitos fundamentais assegurados, principalmente o direito à saúde, o direito ao patrimônio genético e o direito sexual reprodutivo. Com isso, entende-se ser possível limitar a proteção à vida desses sujeitos em face da proteção de outros direitos assegurados à pessoa humana já nascida. Utiliza-se como parâmetro hermenêutico o princípio da dignidade da vida humana em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Após essa análise doutrinária acerca do tema proposto, estudam-se os julgados do Supremo Tribunal Federal até junho de 2011, cujos termos “embrião” e “nascituro” surgem como objeto de apreciação para se constatar a postura adotada pelos Ministros diante dessas omissões legais.

Palavras-chave: embrião; nascituro; direito fundamental à vida; colisão de princípios.

ABSTRACT

BARBOSA, Ana Gabriela Soares. **THE ANALYSIS OF THE PROTECTION GIVEN BY THE CONSTITUTION AND CIVIL CODE TO THE DIFFERENT STAGES OF EMBRYONIC DEVELOPMENT: from fertilization to birth.** 2011. 118f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito/Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió.

This dissertation examines the protection given by the Civil Code and the Constitution to the different stages of human life, considering since the embryos produced in vitro until the moment of birth. The problem is analyzed from a fundamental rights perspective, contrasting Bioethics and Biolaw with Constitutional Law, as well as the civil concepts of legal subjects and legal personality. This dissertation considers the embryo and the conceptus as a subject of law, without including them in the juridical concept of person. Thus, the human life still in development receives legal protection, but the law does not specify clearly the limits of this protection, especially if they would be under the legal protection of life. The new Biosafety Act relativized the legal protection of human life in embryonic stage, enabling research with embryos resulting from assisted reproduction. The Criminal Code also relativizes the juridical protection of life, allowing the abortion under certain circumstances. This definition is important so that biojuridical issues receive a just legal protection. Considering the absence of a statutory definition, this dissertation analyzes, from a constitutional hermeneutics perspective, the possibility to ponder the right to life with other fundamental rights, especially the right to health, the right to genetic heritage and reproductive rights. This dissertation suggests it is possible to limit the protection of life of these subjects in contrast with the protection of other human rights guaranteed to the person already born. The principle of the dignity of human life in relation to the principle of human dignity is used as an hermeneutical parameter. With this analysis, this dissertation examines the decisions of the Supreme Court until June 2011, in which the terms “embryo” and “conceptus” are analyzed to consider the attitude adopted by the Ministers facing these statutory omissions.

Keywords: embryo; conceptus; fundamental right to life; collision of principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 SUJEITO DE DIREITO E PESSOA NATURAL: a necessidade de se precisar os conceitos	16
1.1 Revendo os conceitos tradicionais.....	16
1.1.1 Sujeito de Direito.....	17
1.1.2 Pessoa Natural	20
1.2 A aquisição da personalidade jurídica	22
1.2.1 A tentativa de um conceito jurídico.....	Erro! Indicador não definido.
a) A concepção como marco marco inicial	24
b) O útero materno como limite para a proteção jurídica.....	27
c) O nascimento como condição à personalidade.....	29
d) O nascimento com vida.....	30
1.2.2 A tentativa de uma definição para além do Direito	31
2 O INÍCIO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA: análise dos diversos estágios da evolução humana	36
2.1 Os estágios da evolução humana.....	36
2.2 A proteção do embrião	38
2.2.1 Embrião <i>in vitro</i>	39
2.2.2 Embrião <i>in vivo</i>	46

2.3 Nascituro.....	50
2.4 Distinção ou equivalência entre embrião e nascituro	55
3 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: desafios e propostas a sua proteção e aplicação	60
3.1 A fundamentação ética dos Direitos Fundamentais	60
3.2 Proteção ao patrimônio genético: um novo desafio à luz das normas internacionais	67
3.3 Proteção aos direitos sexuais e reprodutivos como Direitos Humanos	75
3.4 Limites e possibilidades a proteção da vida do embrião e do nascituro.....	80
3.4.1 A ponderação dos interesses em jogo.....	80
3.4.2 A observância da dignidade da vida humana	88
4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO À VIDA HUMANA.....	94
4.1 O Estado da arte: análise da posição do Supremo Tribunal Federal	94
4.2.1 Nascituro enquanto titular de direitos expressamente previstos.....	96
4.2.3 Feto anencéfalo: não protegido pelo direito à vida	98
4.2.4 Feto anencéfalo: uma questão a ser debatida.....	99
4.2.5 A não proteção à vida humana do embrião	101
CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Ao Direito cabe a proteção da vida humana, não importando a forma como a vida se manifesta. Mesmo que de modo rudimentar e até frágil, a vida é o valor máximo da ordem jurídica. Porém não há um marco regulamentador acerca do início dessa proteção. A dificuldade de se precisar o marco inicial da proteção jurídica à vida decorre da manipulação técnica-científica sobre os mais diversos níveis de evolução da espécie humana, desde a concepção, com o surgimento do embrião humano, até o momento da implantação no útero materno, onde iniciará o processo de diferenciação celular do nascituro, o qual resultará no nascimento de uma pessoa natural.

O estudo dos diversos estágios da evolução humana percorre vários campos do saber, desde os aspectos fisiológicos estudados pela biomedicina, até os aspectos jurídicos, analisando-se a proteção jurídica conferida a essas etapas de desenvolvimento embrionário. Sob essa multidisciplinaridade, é imprescindível se estabelecer um corte epistemológico. Para o presente estudo, pretende-se analisar a proteção jurídica civil e constitucional concedidas aos estágios de desenvolvimento humano, desde a análise do embrião confeccionado artificialmente em laboratório, além do estudo do embrião localizado no corpo materno e do nascituro.

Para além das conceituações jurídicas, analisam-se esses estágios de desenvolvimento humano enquanto sujeitos, donde se verificará se já há o reconhecimento da vida humana em estágio mais primitivo, logo esses entes passariam a ser merecedores de proteção jurídica. Em caso afirmativo, pergunta-se, que proteção jurídica pode ser reconhecida ao embrião e ao nascituro? Os argumentos são variados. É possível encontrar defensores do valor intrínseco existente no ser humano, sem importar o estágio de desenvolvimento alcançado pelo sujeito. Como também é possível encontrar argumentos que só reconhecem a proteção jurídica a partir do nascimento.

Hans Jonas vê com bastante cautela o avanço biotecnológico sobre a espécie humana. Entende o filósofo que o avanço das pesquisas sobre o genoma humano se tornou uma grande ameaça para toda a humanidade, podendo aniquilar o ser humano tal qual entendido hoje. Os resultados a serem obtidos são incertos e podem transformar a realidade de modo que a

essência humana corre o risco de se perder. Desse raciocínio, o autor defende a limitação da intervenção humana no processo evolutivo natural.

A ordem internacional também está preocupada com a incerteza provocada pelo avanço da ciência. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, procura limitar as interferências no genoma humano, estabelecendo condutas a serem observadas nas intervenções, reconhecendo o código genético como patrimônio comum da humanidade.

Habermas reconhece o valor existente no embrião e no nascituro e defende a proteção da dignidade da vida humana. Com isso, o autor propõe uma limitação das atividades dos pesquisadores quando das manipulações genéticas, de modo a preservar o patrimônio genético humano. Trata-se de uma nova leitura do princípio da dignidade da pessoa humana. Dworkin também caminha nesse sentido, porém o autor introduz o conceito de sacralidade à vida humana. Assim, a vida humana é um valor sagrado e que deve ser protegida. Ambos os autores entendem que pouco importa os contornos jurídicos do embrião e do nascituro enquanto pessoa, o importante é o reconhecimento do valor da vida humana, seja este sagrado ou não, e protegê-lo.

Porém, a proteção absoluta à vida desses entes entra em conflito com outros interesses morais e socialmente relevantes. Trata-se do entrelaço entre a proteção do ser em formação e da pessoa humana já nascida, que padece de enfermidades que prescindem de uma resposta pela medicina, ou que se vê diante de uma gestação indesejada, que limita o seu direito sexual e reprodutivo, o seu direito à liberdade, à autonomia e à dignidade da pessoa humana.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, no Cairo e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, realizada em 1995, em Beijing reconhecem os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Essas conferências recomendam aos países signatários a revisão das leis que penalizam a conduta do aborto, ante a insegurança e os riscos que trazem às vidas e à saúde das mulheres que se submetem à prática de um aborto clandestino. O alto índice de mortalidade materna passa a ser considerado um problema de saúde pública que precisa ser solucionado pelos Estados.

Na tentativa de apresentar uma solução mais condizente com o pluralismo ideológico existente, uma vez que a discussão acerca dos limites definidores do que seria vida, sujeito e

pessoa, não encontra uma solução única e aceitável por todos, a problemática se volta para a tentativa de uma solução mais justa, mais coerente entre as possíveis. Com isso, analisa-se a ponderação dos valores envolvidos sob a proposta da argumentação jurídica racional de Robert Alexy. Quando há o confronto entre princípios jurídicos, há de se analisar qual melhor se adéqua a situação através do sopesamento dos interesses. Pretende-se apresentar alguns argumentos que permeiam a temática a fim de, ao final, analisar qual melhor responde ao problema posto.

Sob a perspectiva da proteção civil, pretende-se verificar a possibilidade da adequação, ou não, do embrião e do nascituro à condição de sujeito de direito e pessoa. Sob a qualificação de sujeito de direito seria possível reconhecer a titularidade de alguns direitos expressamente previstos pelo ordenamento jurídico, atribuindo capacidade jurídica a esses entes. Sob a ótica do instituto da personalidade, seria possível entender o embrião e o nascituro enquanto pessoa, reconhecendo a eles a titularidade de todos os direitos garantidos àqueles já nascidos.

No campo da proteção constitucional, analisa-se a proteção conferida à vida sob a fundamentação ética dos Direitos Fundamentais, onde é possível a introdução de valores morais no Direito, desde que esses valores sejam positivados em uma norma jurídica. Esses valores servem para nortear as decisões judiciais ante a existência de colisão de interesses. No caso específico do ser humano em formação, verificar-se-á a possibilidade, ou não, de relativizar os seus direitos, principalmente o direito à vida, frente à existência de outros interesses igualmente relevantes.

Não se tem a pretensão de haver esgotado quaisquer dos pontos a serem examinados. Pretende-se, apenas, analisar a partir de quando nasce a proteção jurídica do direito à vida e se essa proteção é absoluta ou não. Com isso, justifica-se a importância da pesquisa por reunir num único trabalho diversos argumentos racionais que podem legitimar decisões opostas, para, só ao final, sopesar os argumentos a fim de buscar uma solução mais razoável.

Propõe-se estabelecer as diferenças conceituais dos estágios embrionários, uma vez que o limiar que os diferenciam é controverso, inclusive entre o meio biomédico. Essas divergências se intensificaram a partir do surgimento das técnicas de reprodução assistida, o que possibilitou que a fecundação ocorresse fora do corpo materno. Os avanços biotecnológicos possibilitaram que o Direito se voltasse a estágios da evolução humana outrora desprotegidos de qualquer regulamentação jurídica.

A busca de uma definição jurídica objetiva, analisando os aspectos práticos, possibilita uma maior segurança, sem desembocar nos abusos dedutíveis desta ou daquela teoria. Por isso, o presente trabalho, problematiza os fundamentos teóricos de cada posicionamento, sem desmerecê-los, apontando os limites e possibilidades de cada teoria a fim de direcionar cientificamente qual delas deverá prevalecer.

Pretende-se, ainda, analisar a postura do Supremo Tribunal Federal ante o julgamento desses temas. Para isso, analisam-se quantitativamente as decisões que permeiam a temática. Após, debate-se sucintamente as decisões proferidas em cada julgado a fim de verificar os argumentos trazidos pelos Ministros. A intenção é analisar se no campo prático o Tribunal tem se posicionado no sentido de contribuir com o embate doutrinário dos limites jurídicos entre cada estágio de desenvolvimento humano.

No que se refere à metodologia adotada, com relação à coleta e tratamento dos dados do presente trabalho, realiza-se uma pesquisa essencialmente teórica, de cunho bibliográfico e documental. No tocante ao levantamento bibliográfico, foi ele exercido dentro da perspectiva da necessária visão interdisciplinar para o melhor desenvolvimento do tema trabalhado, na interface, portanto, do Direito Civil, da Bioética e do Biodireito com o Direito Constitucional e com os Direitos Fundamentais, além da leitura de textos da área médica para uma maior compreensão da temática.

Na tentativa de se encontrar a proteção jurídica mais condizente com a realidade social em que o Direito se encontra inserido, conferindo a cada estágio embrionário seus contornos e limites através da análise doutrinária sobre a temática, bem como analisando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, o trabalho se organiza em quatro capítulos os quais se passa a analisar.

No primeiro capítulo, o estudo conta com a análise dos conceitos jurídicos de sujeito de direito e pessoa. Após, analisa-se o instituto da personalidade civil, sob a ótica do Código Civil Brasileiro. Busca-se analisar as teorias da personalidade, concepcionista, da implantação no útero materno, da personalidade condicionada e contrapô-las à teoria natalista adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Aspira-se, com isso, ponderar os mais variados argumentos doutrinários utilizados por essas teorias, a fim de examinar em qual delas o embrião e o nascituro se vinculam. Ainda neste momento, busca uma conceituação do sujeito humano

para além do direito, a fim de tentar esclarecer, filosoficamente, a origem da proteção ao ser humano em formação.

No segundo capítulo, analisam-se as diversas etapas do desenvolvimento humano embrionário. Pretende-se, com isso, avaliar os conceitos de embrião *in vitro*, embrião *in vivo* e nascituro, assemelhando-os e distinguindo-os, sob a ótica jurídica. Nesse momento, são introduzidas, na discussão, as questões jurídicas que permeiam cada estágio de desenvolvimento humano.

No terceiro momento, passa-se a analisar a fundamentação constitucional a ser aplicada à temática, analisando as questões biojurídicas sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais. Remonta-se à fundamentação ética dos Direitos Fundamentais a fim de buscar nos conceitos morais um limite à interferência na proteção jurídica conferidas ao ser ainda em desenvolvimento gestacional. Trata-se de encontrar os limites e possibilidades constitucionais para a proteção à vida do ser ainda em formação. Procura-se, também, construir um debate acerca dos novos Direitos Fundamentais, protegidos no campo do Direito Internacional Público, como o direito ao patrimônio genético e os direitos sexuais e reprodutivos. Ao final, apresenta-se uma argumentação racional que pondera os valores envolvidos com a temática, principalmente sob a perspectiva da proteção à dignidade da pessoa humana.

Por fim, no quarto capítulo, analisam-se os julgados em tramitação no Supremo Tribunal Federal, sob a ótica da hermenêutica constitucional, nos quais o termo embrião e nascituro são objeto de apreciação. Pretende-se, com isso, verificar se há compatibilidade entre os conceitos doutrinários e a prática forense, uma vez que não há uma norma regulamentadora da matéria, além de compreender qual a postura tomada pelos intérpretes da Constituição quando se deparam com uma questão biojurídica.

Com isso, o intuito do trabalho é despertar para uma discussão atual, a qual deve ser regulamentada com certa urgência, impondo-se limites jurídicos aos avanços científicos. Ressalta-se que todo o saber é salutar, é necessário e de extrema importância para a construção de uma sociedade mais saudável, mas a carência de respostas médicas não pode servir de embasamento para a manipulação indiscriminada sob a natureza humana. O princípio da dignidade da pessoa humana deve servir de limite ao caminhar do homem.

1 SUJEITO DE DIREITO E PESSOA NATURAL: a necessidade de se precisar os conceitos

1.1 Revendo os conceitos tradicionais

Ao se analisar uma sociedade, imprescindível o estudo das pessoas. Para que se tenha uma sociedade regularmente constituída, é necessário que um conjunto de pessoas se relacione e seja ordenado pelo Direito. Assim, o Direito surge para regular as condutas intersubjetivas dentro de uma sociedade, ou seja, o homem frente a outro homem¹.

O homem, a partir do momento em que vive em comunidade, ou seja, relaciona-se com outros, precisa de regras que estabeleçam o convívio intersubjetivo. Inteligível pensar em uma sociedade organizada sem direito, ou até mesmo em um conjunto de pessoas sem um ordenamento próprio. Bem como, totalmente indispensável se faz o Direito quando se tem uma única pessoa (relação intrasubjetiva).

Mas, questiona-se, a partir de que estágio de desenvolvimento humano, o conjunto celular passa a ser considerado *pessoa*, e conseqüentemente, integrar a sociedade, tendo seus direitos resguardados sob o prisma jurídico? A doutrina é conflitante quanto ao início da personalidade natural. A definição do início da vida humana é imprescindível para que questões, hoje controversas, possam ser esclarecidas.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a vida humana, passível da proteção jurídica, inicia-se com o nascimento com vida, a partir da aquisição da personalidade jurídica. É do desligamento do feto com o ventre materno, através do corte do cordão umbilical, que se inicia uma nova pessoa, passível de direitos e obrigações sob o prisma jurídico.

Porém, o ordenamento jurídico confere proteção jurídica ao ser humano ainda em formação, seja quando situado no ventre materno, ou, seja num momento ainda anterior, quando em fase laboratorial nos casos decorrentes de reprodução humana assistida. Como se dá a proteção jurídica desses novos entes? Seriam eles considerados pessoas, ou é possível atribuir direitos a entes despersonificados?

¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XXV.

1.1.1 Sujeito de Direito

Parte da doutrina costuma afirmar que sujeito de direito é um atributo exclusivo das pessoas. Para esses autores², pessoa é todo ente físico ou coletivo passível de direitos e obrigações, confundindo essa terminologia com sujeito de direito. Assim, ser *sujeito de direito*, ou seja, ser capaz de adquirir e exercer direitos é um atributo exclusivo das pessoas. Pontes de Miranda comunga desse entendimento, afirmando que “sujeito de direito é a *pessoa*. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito”³.

Essa posição tradicional da doutrina não encontra respaldo com a realidade do Direito atual, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro, para englobar as diversas situações sociais, imputa a titularidade de direitos e deveres a outros entes que não são pessoas.

Para atender a realidade do tráfego social, o art. 12 do Código de Processo Civil Brasileiro atribuiu a certos entes sem personalidade jurídica, ou seja, entes que não são pessoas, a possibilidade de serem sujeitos de direito. São eles: as sociedades não-personificadas e sociedade irregular, o espólio, a herança jacente e vacante, a massa falida, os condomínios, o nascituro e o concepturo.

Assim, o conceito tradicional de sujeito de direito enquanto atributo exclusivo das pessoas não deve persistir. Uma vez que o próprio ordenamento jurídico conferiu o atributo de sujeito de direito a certos entes despersonalizados. Sob essa nova perspectiva, o conceito de sujeito de direito é anterior ao conceito de pessoa, uma vez que toda pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito é pessoa⁴.

A partir das novas possibilidades fáticas valoradas pelo sistema jurídico, em que foi possível conceber direitos a entes que antes estavam à margem da proteção legal, os conceitos de pessoa natural e sujeito de direito deixaram de corresponder ao mesmo significado. A

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 123. No mesmo sentido, MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito**. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57, “pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica”. RIBAS, Antônio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. II. Brasília: Conselho Editorial, 2003, p. 26.

³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo I (introdução, pessoas físicas e jurídicas)**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 161.

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia (1ª parte)**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

comunidade jurídica conferiu titularidade de direito e/ou deveres a certos institutos, fazendo deles sujeito de direito, sem, contudo, conferi-lhes personalidade jurídica.

Para Marcos Bernardes de Mello, sujeito de direito é todo ente, podendo possuir natureza humana ou não (universalidades patrimoniais), o qual o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de terem direitos e obrigações, ou seja, capacidade jurídica⁵. Assim, desse conceito pode-se concluir que ser pessoa não é a única condição para ser sujeito de direito; e, ser sujeito de direito não significa ser apenas titular de um direito, mas, também, titular de um dever. Essa nova construção doutrinária decorre de uma evolução histórica do ordenamento jurídico, o qual precisou se moldar para abarcar as novas situações fáticas. Os conceitos jurídicos devem ser interpretados em consonância com o panorama social em que estão inseridos⁶. Trata-se de uma releitura da teoria geral do direito, uma vez que pessoa e sujeito de direito decorrem de fatos jurídicos distintos, deles decorrendo, conseqüentemente, efeitos jurídicos diferentes.

No mesmo sentido também entende Olga Jubert Gouveia Krell, a qual afirma que sujeito de direito é um conceito anterior ao de ser pessoa, podendo haver sujeitos de direito que não são pessoas, a exemplo do nascituro. O nascituro, assim, como o concepturo têm direitos assegurados, logo têm capacidade de ser parte e possuem titularidade de pretensões (características de sujeito de direito), sem, contudo, serem pessoas, uma vez que não possuem personalidade jurídica, decorrente do nascimento⁷.

Portanto, ser sujeito de direito, ativo ou passivamente, é um atributo das pessoas, mas não exclusivamente. Ao se analisar a realidade social, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu a quem não é pessoa, uma posição no mundo jurídico. Mas pelo fato de se tratar de entes cuja existência é transitória ou fugaz, faz-se recomendável atribuí-los direitos, sem, contudo, conferi-lhes o atributo da personalidade, pois este pressupõe lapso temporal durável, estabilidade, mesmo que não em caráter definitivo. O principal fundamento para reconhecê-

⁵ MELLO, op. cit., p. 125.

⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). **Revisando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 549-570, p. 553.

⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 128.

los enquanto sujeito de direito é garantir segurança às relações jurídicas, uma vez que é possível que terceiros exerçam suas pretensões contra eles⁸.

A titularidade atribuída a esses entes despersonalizados não é absoluta, como ocorre com as pessoas. Trata-se de uma titularidade limitada à pretensão ou à obrigação específica a depender do caso concreto. Com isso, o Direito optou por fazer desses entes sujeitos de direito, sem deles fazer pessoas. Assim, sujeito de direito é o titular de interesses juridicamente protegidos, pouco importando se esse titular é um homem ou uma mulher, podendo também tal titularidade ser conferida a entes ideais⁹.

Pode-se concluir que sujeito de direito é o gênero, do qual advêm duas espécies: sujeito de direito personificado (possuem o atributo da personalidade civil) e sujeito de direito despersonalizado. Resguardado pelo atributo da personalidade, o sujeito de direito também recebe a denominação de pessoa, estando autorizado a realizar todos os atos jurídicos desde que não proibidos pela lei. Ao contrário, os sujeitos de direito despersonalizados só podem praticar os atos previstos, expressamente, em lei e que estejam em acordo com a sua finalidade¹⁰.

Dessa forma, indispensável a distinção entre sujeito de direito e pessoa que repercutirá, conseqüentemente, na proteção que a lei confere aos diversos estágios de desenvolvimento humano. Assim, são sujeito de direito despersonalizados os seres já concebidos ou não, mas que o ordenamento confere alguma consequência jurídica: o nascituro (art. 2º, do Código Civil¹¹); os embriões *in vitro* viáveis (art. 1.597, inciso IV, do Código Civil¹²); os seres ainda não concebidos, conhecidos por concepturo (art. 1.799, inciso I, do Código Civil¹³, e art. 225 da Constituição Federal de 1988¹⁴).

⁸ MELLO, op. cit., p. 127.

⁹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito civil – LICC e parte geral**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 111. Entes ideais possui um conceito abstrato, servindo de instrumento para melhor regular a vida em sociedade; possuem natureza incorporável, a exemplo do condomínio edilício, espólio.

¹⁰ Idem, p. 112.

¹¹ “**Art. 2º.** A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

¹² “**Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”

¹³ “**Art. 1.799.** Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

¹⁴ “**Art. 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”.

1.1.2 Pessoa Natural

Pessoa é o sujeito de direito personificado. O conceito de pessoa só pode ser atribuído àquele ente ou instituição a que o ordenamento jurídico reconheceu expressamente a atribuição da personalidade. Por esse entendimento, as espécies de pessoas são previamente estabelecidas. Somente são pessoas os seres humanos e certos entes criados pelo homem (pessoa jurídica) a quem o ordenamento jurídico assim atribuiu. Não sendo possível, portanto, conferir personalidade jurídica a outros entes não previstos em lei.

Disso, pode-se concluir que pessoa é um conceito criado pelo Direito, sendo, portanto, uma imputação jurídica, decorrente dos aspectos culturais e históricos que compõem o Direito¹⁵. Porém, tal conclusão não encontra respaldo em toda a doutrina. Há quem defenda que a pessoa física (o homem) é o próprio criador do Direito, sendo, portanto, impossível este criar seu criador. Por esse entendimento, afirmam que o homem é o próprio motivo de existência do Direito, sendo este uma criação do homem. Assim, o homem antecede o Direito, sendo uma contradição a personalidade jurídica decorrer das normas jurídicas. De mesmo modo, é inconcebível considerar a pessoa como eficácia de um fato jurídico¹⁶.

Hans Kelsen¹⁷, apesar de reconhecer a precedência do ser humano frente ao Direito, reconhece que a personalidade jurídica é uma criação da ordem jurídica conferida aos seres humanos e certas entidades, a fim de regulamentar o convívio social. Afirma o autor que a idéia de pessoa física decorre de uma construção da ciência jurídica, sendo, assim, uma pessoa jurídica.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 2º, confere personalidade civil àqueles que nasceram com vida. O nascimento com vida decorre do ato do nascituro respirar¹⁸, sendo irrelevante a impossibilidade de posterior sobrevivência. O fato jurídico que

¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia (1ª parte)**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 140-141. Esse autor destaca como defensor dessa teoria José de Oliveira Ascensão, Díez-Picazo e Gullón, Hernandez Gil, dentre outros autores.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 194.

¹⁸ EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 113-114. Esse autor ainda acrescenta que é irrelevante o corte do cordão umbilical ou até mesmo a viabilidade da vida extrauterina, bastando tão somente a respiração para que o ser humano deixe de ser nascituro e passe a ser considerado pessoa. “Denomina-se *docimasia hidrostática de Galeno* um dos exames mais utilizados para verificar o ingresso de ar nos pulmões do recém-nascido e aferir se chegou a respirar e, com isso, se teve personalidade reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que tenha falecido nos minutos seguintes. Ausente a respiração, inexistente personalidade jurídica a ser conferida ao *natimorto*”. (grifos no original).

resulta na personalidade é o nascimento, onde o nascer é o núcleo do suporte fático, oportunidade em que o ser humano se insere no mundo jurídico¹⁹.

No prisma da teoria jurídica, o conceito de pessoa decorre do seu relacionamento frente a outras pessoas, ou seja, decorre da idéia de relação jurídica. Com isso, é o fato de estar ou poder estar em relação com outras pessoas que confere eficácia mínima à personalidade²⁰. Sob esse entendimento, o conceito de pessoa coincide com o do legislador brasileiro, tendo por marco inicial o nascimento com vida, não podendo estender o conceito de pessoa ao ser já concebido, mas ainda em formação no corpo materno, sob pena de descaracterizar a estrutura física do significado de pessoa²¹.

Porém, Marcos Bernardes de Mello²² entende que o fato de ser pessoa, decorrente do evento nascimento, produz eficácia jurídica na esfera da pessoa nascida, no plano intrasubjetivo, sem estabelecer uma relação jurídica entre duas pessoas (intersubjetivo). Assim, ser pessoa é uma qualidade jurídica, criada pelo Direito, para imputar personalidade jurídica àqueles que nascem com vida, não sendo necessário um inter-relacionamento entre as pessoas para configurar a eficácia da personalidade. O mesmo ocorre com o fato de ser sujeito de direito, qualidade do sujeito de possuir direitos e contrair obrigações, o que não carece de um relacionamento para sua configuração.

Tanto o ser pessoa ou ser sujeito de direito são classificados como situações jurídicas simples, unissubjetivas, porque são qualificações pessoais, mas que só possuem um sentido relevante quando analisadas no seu caráter interrelacional, no plano da intersubjetividade, porque “o homem sozinho, sem interferência de outras condutas, não *necessita ser capaz*, ou *ter personalidade de direito*”²³.

Assim, não há como negar que tanto a qualidade de ser pessoa, quanto a qualidade de ser sujeito de direito é uma imputação criada pela norma jurídica a fim de regulamentar a vida em sociedade.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo I (introdução, pessoas físicas e jurídicas)**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p.153.

²⁰ LÔBO, op. cit., 2010, p. 107-108.

²¹ Idem, p. 105.

²² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

²³ Idem, p. 176.

1.2 A aquisição da personalidade jurídica: a tentativa de um conceito jurídico

O conceito de pessoa foi transmutado ao longo da história. Com a positivação do Direito, a definição da personalidade passou a ser entendida como atribuição do Estado. No Brasil, o nascimento com vida é condição suspensiva para o atributo da personalidade, conforme dispõe o artigo 2º do Código Civil brasileiro. A personalidade independe do estágio de consciência ou vontade do ser humano²⁴, a criança e o louco, por exemplo, são pessoas e, em decorrência, dotados de personalidades. Qualidade inerente à pessoa natural dentro do ordenamento jurídico, atributo que independe de qualquer análise psíquica, bastando, tão somente, o nascimento com vida.

Para Pontes de Miranda, a personalidade decorre da entrada do ser humano no mundo jurídico. Seu conceito está relacionado ao atributo da dignidade do homem, impedindo que o mesmo seja objeto de uma relação jurídica, qualidade substancial para a diferença entre o homem, sujeito de direito, e os demais seres animados²⁵.

Porém, tais requisitos, nascimento e vida, para concretizar o instituto da personalidade não são uníssomos. Para o Direito Romano, pessoa era o ente que, além desses requisitos, possuía a forma humana²⁶. Assim, a tradição romana negava a personalidade ao *monstrum vel prodigium*²⁷. O antigo Código português também exigia a forma humana, não mais assim exigindo²⁸.

No próprio antigo ordenamento jurídico brasileiro, em seu Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, para se adquirir a personalidade, era necessário que a pessoa nascesse e fosse viável²⁹. Mesmo critério utilizado pelo Código Civil francês e pelo antigo Direito italiano³⁰.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 182, “A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável”.

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo VII**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 29.

²⁶ RIBAS, Antônio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. II. Brasília: Conselho Editorial, 2003, p. 28.

²⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38.

²⁸ PEREIRA, op. cit., p. 187. No mesmo sentido, MOCADA, Luis Cabral de. **Lições de direito civil: parte geral**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 253. Art. 13º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910: “Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove que nasceu com vida e figura humana”.

²⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 37.

³⁰ PEREIRA, op. cit., p. 186.

O Código espanhol em seu artigo 30 exige mais um requisito, forma humana ao recém-nascido e que tenha vivido 24 horas. O Código argentino, em seu artigo 70, adota o princípio da vida intra-uterina, tomando o início da vida desde a concepção, sendo este o marco inicial da personalidade³¹.

Caio Mário da Silva Pereira³² traça severas críticas ao requisito da forma humana exigido no ordenamento espanhol. Afirma que os que nascem defeituosos podem retomar a forma humana através de intervenções cirúrgicas. Argumenta também que, como o Direito pode negar o atributo da personalidade àqueles que nascem defeituosos, se mantém tal atributo àqueles que, por acidente, perderam a forma humana.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro restringe a personalidade a uma condição básica: nascimento com vida. Isso decorre da saída do corpo do nascituro do corpo da mãe, mesmo que ainda ligados pelo cordão umbilical³³. Nesse instante, o nascituro perde essa denominação, sendo chamado de pessoa. Mas só o evento da separação não basta, é necessária a comprovação da respiração por parte do feto. Com isso, é considerada pessoa, dotada de personalidade, a criança que, além de sair do corpo materno, tenha ar atmosférico em seus pulmões.

Segue a linha do Código Civil brasileiro o Código alemão (art. 1º), o Código suíço (art. 31), o Código italiano (art. 1º) e o Código português (art. 66, nº1)³⁴. Um posicionamento mais claro, que não gera dúvidas. Nascendo, o indivíduo passa a ser pessoa com todas as respectivas implicações jurídicas.

Em vários dispositivos do Código Civil, o nascituro tem resguardados os seus direitos, apesar do ordenamento não lhe conferir personalidade. É, portanto, o nascituro sujeito de direito, titular de direitos e obrigações.

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito**. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59-60.

³² PEREIRA, op. cit., p. 187.

³³ Idem, p. 186. Em sentido contrário: MONTEIRO, op. cit., p. 59-60. Para o autor, evento nascimento decorre do completo desligamento da criança com o ventre materno, ou seja, é necessário o rompimento do cordão umbilical para caracterizar o nascimento e, com isso, o nascituro se tornar pessoa natural. Também é necessário, para prova inequívoca do nascimento, que a criança apresente sinais de vida, como vagido e movimentos próprios. Por fim, observa-se a respiração da criança. Só após a análise em conjunto desses fatores, dar-se-á o advento da personalidade.

³⁴ PEREIRA, op. cit., p. 188.

Esses direitos concedidos ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, ganharão forma com o nascimento com vida. O fato de o nascituro ter proteção jurídica não o faz possuidor de personalidade. Esta só advém do nascimento com vida³⁵.

Porém, o início da personalidade jurídica, apesar de definido no ordenamento jurídico brasileiro, suscita dúvidas quando se analisa as figuras do embrião e do nascituro. Afirma-se que a personalidade jurídica não é uma criação do direito, mas um direito inerente à condição humana, devendo ser atribuída desde o surgimento da vida humana³⁶, seja esse marco inicial com a concepção (embrião), com a possibilidade de viabilidade do feto (nascituro), ou apenas quando do nascimento com vida (pessoa).

Com o intuito de determinar a abrangência da proteção jurídica conferida aos diversos estágios embrionários e, com isso, compatibilizar essa proteção com os princípios positivados no ordenamento jurídico brasileiro, doutrinadores construíram teorias para consolidar o início da personalidade, como: a) a que defende que a vida humana se inicia com a fertilização ou concepção (teoria concepcionista); b) os que sustentam que a vida se inicia a partir da implantação do embrião no útero; c) a teoria da personalidade condicional; e, por fim, e) os que acreditam que a vida decorre do nascimento com vida do nascituro (teoria natalista).

1.2.1 A concepção como marco inicial

Apesar de não ter sido recepcionada pelo Código Civil Brasileiro, a teoria concepcionista possui adeptos na doutrina. Influenciada pelo Direito francês, a teoria concepcionista defende que o instituto da personalidade jurídica surge com a concepção³⁷. Assim, o embrião e o nascituro são considerados pessoa.

Os defensores dessa teoria se resguardam no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, defendendo a tese de que a personalidade começa a partir da concepção ou fecundação. Dessa feita, a interpretação constitucional protege a vida e a integridade física da pessoa humana,

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 135.

³⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 76.

³⁷ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 18, Porto Alegre: Magister, pp. 33-48, maio/jun. 2007, p. 38.

dilatando o conceito de personalidade jurídica a todos os estágios de desenvolvimento humano e, atualmente, também, ao embrião *in vitro*.

Também remetem seus argumentos ao Pacto de São José da Costa Rica³⁸ (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969), ratificado no Brasil em 25 de setembro de 1992 e inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, que dispõe em seu art. 4º, inciso I, que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da lei arbitrariamente”.

Defendem os adeptos da teoria concepcionista que essa é a regra do Direito Penal. Ao tipificar a conduta do abortamento como delituosa, estaria resguardando a vida intra-uterina, ou seja, o nascituro. Aborto é a morte do produto da concepção em razão da interrupção da gravidez. Assim, o pressuposto do crime de aborto é que haja uma gravidez fisiologicamente normal e o bem jurídico protegido é a vida intra-uterina.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca da matéria quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, oportunidade na qual o Ministro Relator Carlos Britto defendeu, em seu voto, a tese de que o Direito Penal não adota a teoria concepcionista. A vedação ao aborto é o reconhecimento de que a vida pré-natal, apesar de não ser uma pessoa física ou natural, merece ter a sua dignidade reconhecida³⁹.

O Direito Civil⁴⁰ reconhece a proteção do ser humano desde a concepção, quando prevê a possibilidade de lhe ser nomeado um curador; quando admite o reconhecimento da filiação aos filhos já concebidos, mas ainda não nascidos; quando possibilita a doação e a possibilidade de ser beneficiário de um testamento.

³⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p.131. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 03, Porto Alegre: Magister, pp. 95-106, nov./dez. 2004, p. 95. CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: ALVES, Joses Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 43-81, p. 56.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de julho de 2009, pp. 136-137.

⁴⁰ “**Art. 2º**. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. “**Art. 1.597**. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. “**Art. 1.799**. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Os Direitos da Personalidade, previstos nos arts. 11 a 22 do Código Civil, são os direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Destacam-se o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, dentre outros. Para os defensores da teoria concepcionista, essa proteção dos Direitos da Personalidade englobam também o embrião e o nascituro; sendo, pois, “direitos reconhecidos e assegurados pela lei, e não mais mera expectativa de direitos”⁴¹.

A proteção jurídica abraça também os embriões *in vitro* porque, sob a perspectiva biológica, a concepção é o início da vida e não a implantação do embrião no útero. Assim, desde a concepção, há uma nova vida de um novo ser humano, que merece respeito e tratamento como pessoa, independentemente do local onde ocorreu essa concepção.

O Código Civil não fez nenhuma menção à gravidez, logo, nada leva a concluir que a concepção só possa ser possível dentro do útero materno, o que de fato não é, visto os avanços da ciência com as técnicas de reprodução humana assistida. Assim, para os adeptos dessa teoria, é possível estender a proteção ao embrião pré-implantado.

Flávio Tartuce ⁴² busca fundamentação na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Afirma o autor que a utilização de embriões humanos para fins de pesquisa com células-tronco embrionárias só pode ocorrer mediante o atendimento de certas exigências; assim, configura-se a exceção e não a regra. “Como a regra é a sua não-utilização, foi adotada a *teoria concepcionista*, reconhecendo-se que o nascituro é uma pessoa humana”.

Silmara Chinelato⁴³ também defende a teoria concepcionista, entendendo nascituro sob o sentido amplo. Defende a autora que certos direitos tutelados para o nascituro independem do evento *nascimento com vida*, a exemplo dos Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido. Em caso de nascimento sem vida, agir-se-ia da mesma forma como a morte, para os já nascidos.

A autora não reconhece a titularidade de todos os direitos, dependendo alguns do evento nascimento com vida, a exemplo dos direitos patrimoniais materiais, como a herança e

⁴¹ TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: ALVES, Joses Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 85-104, p. 94.

⁴² Idem, p. 95.

⁴³ CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: ALVES, Joses Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 43-81, p. 51 - 58.

a doação. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento com vida. Com isso, a autora nega a teoria da personalidade condicional, onde a personalidade civil começa do nascimento com vida, uma vez que reconhece direitos aos ainda em formação, mas os direitos do nascituro ficam sujeitos a condição suspensiva; seriam direitos eventuais. Assim, esses direitos teriam sua eficácia atrelada à ocorrência de um evento futuro e incerto (o nascimento com vida).

No anteprojeto do Código Civil de Clóvis Beliváqua, o autor adotava a teoria concepcionista, afirmando que a personalidade se inicia com a concepção. Em sua proposta, o artigo 3º do Código Civil deveria ter a seguinte redação: “a personalidade começa com a concepção sob a condição de nascer com vida”. O mesmo entendia Texeira de Freitas, o qual defendia a teoria concepcionista afirmando que aqueles que ainda não nasceram poderiam adquirir direitos como se nascidos fossem⁴⁴.

O que ocorre entre os defensores dessa teoria é o erro de compreender o instituto da pessoa como sinônimo de sujeito de direito, donde só há direitos assegurados às pessoas. Uma vez que o ordenamento confere proteção jurídica ao embrião e ao nascituro, devem ser eles considerados pessoas, sob pena de haver direitos assegurados sem sujeitos. Mas esse posicionamento não deve prevalecer frente à diferenciação nos conceitos de pessoa e sujeito de direito. É possível haver a proteção jurídica, ou seja, o reconhecimento de direitos assegurados, sem, contudo, estar diante de uma pessoa natural.

1.2.2 O útero materno como limite para a proteção jurídica

Há doutrinadores que defendem o início da proteção jurídica concomitante com a implantação do embrião no útero materno (nidação), seja pela via natural, *in vivo*⁴⁵, ou, seja pela via artificial, quando da implantação do embrião *in vitro* no útero materno. Dessa forma,

⁴⁴ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22-23.

⁴⁵ SANTOS JÚNIOR, José Domingues dos. MIRANDA, Ana Tereza Cavalcanti de. **A saúde de adolescentes e jovens: competências e habilidades. Métodos contraceptivos**. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/adolescente/textos_comp/tc_08.html>. Acesso em: 25 de setembro de 2009 A fecundação no corpo da mulher, ou *in vivo*, ocorre nas trompas de falópio e não no útero. Transcorridos 14 (catorze) dias dessa fecundação, a célula-ovo se aninha no útero, momento em que ocorre a nidação.

a personalidade jurídica se iniciaria com a possibilidade de viabilidade de embrião. Sem que ocorra a nidação, não há o que se falar de nascituro, muito menos de pessoa.

Olga Jubert Gouveia Krell⁴⁶ entende não ser possível dilatar a personalidade jurídica para os embriões *in vitro* por não ser possível atribuir a titularidade de direitos a esses seres, seja de ordem pessoal, mas principalmente, de cunho patrimonial. Reconhecer direitos ao embrião significa dotá-los de capacidade jurídica, logo, reconhecê-los como sujeito de direito. A autora entende que a futura viabilidade desse embrião está vinculada a vontade de terceiros (médico e genitores) para que possam ser implantados no útero. Logo, não deveriam ser reconhecidos a eles todos os direitos previstos em lei em benefício do nascituro.

Os autores Ana Thereza Meirelles Araújo e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁷ também só admitem a proteção do nascituro. “A nidação (momento de instalação do embrião nas paredes do útero configurando a possibilidade de vida viável) seria o termo inicial de existência do nascituro, protegido desde então como pessoa, titular de direitos personalíssimos, e mesmo, patrimoniais”.

Há, também, o entendimento⁴⁸ no sentido de ser possível estender aos embriões *in vitro* o instituto da personalidade, porém com ressalvas. Entende-se que no que concerne aos direitos à vida e à integridade física e psíquica, totalmente possível tal proteção; mas se reconhece que não é cabível a proteção dos direitos patrimoniais.

Contrário a esse entendimento, Edison Namba⁴⁹ afirma não ser possível estender a personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, uma vez que não possui individualidade própria. É só a partir do 14º dia da gestação que surge os primeiros sinais de desenvolvimento encefálico, ocorrendo a independência da vida do nascituro. Reporta-se à Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que trata de transplantes de órgãos e tecidos humanos, a qual estabelece, em seu artigo 3º o fim das atividades cerebrais como o marco para se estabelecer a morte da pessoa humana. Logo, por analogia, a vida humana também tem o seu começo com o início das atividades cerebrais.

⁴⁶ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 132.

⁴⁷ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 18, Porto Alegre: Magister, pp. 33-48, maio/jun. 2007, p. 38

⁴⁸ KRELL, op. cit., p. 132.

⁴⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

Observa-se mais um equívoco por parte dos doutrinadores: a associação do termo pessoa com o início da proteção à vida humana, no caso específico dessa teoria a vida humana passível de proteção deve ser a vida considerada viável, individualizada. Mas, pouco importa o conceito que se atribui a pessoa, se considera o embrião humano pessoa ou não, logo revestido da proteção jurídica da personalidade ou não. A proteção é da vida humana individual, vida sagrada, passível de proteção jurídica⁵⁰. Essa proteção é anterior ao reconhecimento da personalidade jurídica, uma vez que esta só decorre do nascimento com vida.

1.2.3 O nascimento como condição à personalidade

A teoria da personalidade condicional assegura direitos ao embrião e ao nascituro, desde a concepção, porém, esses direitos ficam sob a condição resolutiva do nascimento com vida. Assim, entende-se haver vida humana em estágio embrionário, pessoa em caráter potencial, porém, para não gerar um conflito com os direitos assegurados pelo ordenamento (direito à sucessão, transmissão de propriedade), atribui a eficácia desses direitos ao nascimento⁵¹.

Porém, a teoria da personalidade condicional não explica os Direitos da Personalidade, direitos absolutos, incondicionais e inerentes à condição humana, dentre os quais se insere o direito à vida, em relação de superioridade quando confrontado com outros direitos. O direito à vida deve ser resguardado não sob a condição de nascer com vida, uma vez que a intenção pretendida por esse dispositivo é justamente assegurar um desenvolvimento gestacional apto a gerar uma pessoa humana. O mesmo se diz a respeito do direito à integridade física, o direito à saúde do nascituro. Todos esses direitos têm aplicabilidade imediata e não têm sua eficácia condicionada ao nascimento com vida, conforme pretende essa teoria⁵².

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2º Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 15.

⁵¹ LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 329-359, p. 346.

⁵² CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp 43-81, p. 54.

Trata-se de uma ramificação da teoria concepcionista⁵³, uma vez que reconhece a personalidade desde a concepção, porém essa teoria é falha ao assegurar a irradiação dos efeitos jurídicos após o nascimento com vida, porque com isso, afasta a proteção imediata dos Direitos da Personalidade, ou seja, não reconhece como conceitos autônomos a pessoa e o sujeito de direito.

1.2.4 O nascimento com vida

A teoria natalista concebe a interpretação literal do art. 2º do Código Civil, vinculando a personalidade civil ao nascimento com vida. Antes do nascimento, o nascituro não tem personalidade, tendo, tão somente, expectativa de direito. Logo, o nascituro não é pessoa.

Defende-se a tese de que não se reconhece o atributo da personalidade jurídica ao nascituro, logo, o nascituro não seria pessoa, muito embora existam certos direitos que a ele são concedidos, direitos esses que dependem, para a sua efetivação, da condição futura do nascimento com vida⁵⁴. Para os defensores dessa teoria, se o nascituro fosse pessoa, o Código Civil não precisaria mencionar seus direitos um a um. Todos aqueles direitos conferidos às pessoas se estenderiam ao nascituro automaticamente⁵⁵.

A partir desse entendimento, o nascituro não tem vida autônoma em relação à genitora, sendo, apenas, parte integrante do corpo materno. Esse posicionamento se confirma quando se analisa a placenta, órgão comum ao feto e a mãe, concretizando a idéia de que o nascituro é parte das vísceras de sua genitora⁵⁶. Após o nascimento, ocorre a separação dos corpos, mas a personalidade só surgirá se o nascituro nascer com vida, tornando-se, pessoa.

Não se trata de tentar instrumentalizar o embrião, mas é importante entender que os estágios de desenvolvimento da pessoa não se confundem com a própria pessoa humana. Assim, embrião é embrião e feto é feto e a pessoa humana é a pessoa humana, todos merecedores de proteção jurídica, mas em proporcionalidade distintas.

⁵³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 36.

⁵⁴ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito civil – LICC e parte geral**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 118.

⁵⁵ SEMIÃO, op. cit., p. 40.

⁵⁶ Idem, p. 42.

A teoria natalista é a que mais se coaduna com os avanços biotecnológicos acerca da intervenção dos cientistas nos primeiros estágios embrionários. Fixando o marco inicial da proteção jurídica com o nascimento, as pesquisas genéticas que manipulam embriões humanos se tornam legais, legítimas.

A pessoa é uma ficção jurídica, mero conceito doutrinário que tem como marco inicial o nascimento com vida. Desse evento, o Direito reconhece o instituto da personalidade jurídica, ou seja, faz do sujeito (homem) pessoa. A essência do sujeito, a vida humana, ocorre num momento anterior a esse reconhecimento jurídico, mas esse momento é de difícil conceituação até para os biólogos que não conseguem precisar em qual exato instante surge a vida humana.

O início da vida biológica é um assunto controverso entre os cientistas, ora com a concepção, ora com o momento da implantação no útero materno, onde iniciara o processo de diferenciação celular. Porém, a idéia de proteção do embrião é moral e não biológica. Decorre do valor intrínseco da vida humana. Responder se um embrião é pessoa humana através dos requisitos biológicos é ambíguo e pode não representar nenhuma utilidade para as respostas acerca do início do valor da vida humana ou da proteção de seus interesses. A pergunta se o embrião é pessoa é a mais complexa, uma vez que o conceito de pessoa não é pacificado⁵⁷.

1.2.5 A tentativa de uma definição para além do Direito

O conceito de pessoa é imprescindível para a atribuição do instituto da personalidade, bem como para compreender a partir de qual estágio de desenvolvimento humano é possível atribuir essa proteção jurídica. Na tentativa de uma conceituação interdisciplinar, busca-se analisar como a filosofia entende esse conceito. Vários são os posicionamentos apresentados, de modo que não há uma conceituação clara e decisiva acerca da pessoa.

A primeira concepção de pessoa, sob um conceito metafísico elaborado pelos pensadores cristãos, surgiu na Idade Média, a qual definia como marco inicial da personalidade a racionalidade. É a alma racional que diferencia o ser humano dos demais

⁵⁷ DWORIKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2º Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 29.

seres vivos. Essa alma racional decorre de uma interação divina com o embrião em desenvolvimento, a partir do 40º ao 80º dia de gestação. Assim, o embrião humano, logo após a concepção, não é dotado de racionalidade, logo não é pessoa humana, mas a partir da recepção da alma racional, o embrião humano é considerado pessoa. Essa teoria é chamada de criacionista e perdura até os dias atuais, quando se atribui a personalidade jurídica ao embrião com o início de suas atividades cerebrais⁵⁸.

Porém, a pessoa, entendida como um ato divino de racionalidade, remonta a pergunta acerca da própria existência de Deus e o porquê de sua criação. A doutrina da criação peca por não responder questões iniciais, as quais entende serem lógicas, mas que de fato são suposições arbitrárias⁵⁹.

Para uma segunda noção, a personalidade se iniciaria a partir da capacidade de inter-relacionamento do homem. Sob esse prisma, o embrião, quando da troca afetiva e fisiológica com o corpo materno, já é considerado pessoa. A personalidade, então, decorre da troca de relação, uma construção evolutiva das circunstâncias relacionais entre o embrião, num primeiro momento, a criança, e o adulto com o mundo⁶⁰.

Contrariando esses posicionamentos, o terceiro entendimento da personalidade decorre da teoria da evolução, onde cada etapa de desenvolvimento humano remota aos passos das espécies ao longo da formação do mundo animal. Assim, num primeiro momento, o embrião humano, apesar de possuir todos os elementos genéticos de um homem já nascido, ainda está num processo de personalização, sendo, apenas, pessoa em potencial. A partir do nascimento, os elementos genéticos vão se aperfeiçoando, até atingir a maturidade consciente, onde o indivíduo já está apto a pensar, fazer escolhas. A personalidade não é fruto da recepção da alma racional por Deus, nem das relações harmoniosas entre o embrião e a mãe, mas, simplesmente, um produto da evolução, que ocorre anos após o nascimento, através da manifestação consciente dos desejos⁶¹.

⁵⁸ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6º ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1995, p. 67-68.

⁵⁹ JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 100.

⁶⁰ PESSINI, op. cit., p. 68.

⁶¹ Idem, p. 69.

Para Hegel⁶², a idéia de dignidade deve ser concomitante com a condição de cidadão, ou seja, quando o homem é reconhecido pela sociedade e pode assumir responsabilidade perante as outras pessoas. Hegel refuta a idéia ontológica de dignidade que afirma ser a dignidade uma qualidade inata da espécie humana, mas sim fruto do reconhecimento social, a partir do momento em que uma pessoa possui capacidade de reconhecer e respeitar os outros enquanto pessoas. Por esse entendimento, o ser humano em formação se mostra incapaz de exprimir vontades, incapaz de reconhecer e interagir com o social, logo não é pessoa.

Numa outra acepção, a pessoa é um valor. Para a filosofia, os julgamentos devem se afastar da fé, tornando-se independentes. A única maneira de se concretizar um sujeito, atribuindo a ele existência, se isso for possível, é, para a filosofia, reconhecendo-se o valor desse sujeito⁶³.

O valor distingue-se do fim ou objetivo que se atribui as coisas. O fim justifica a criação de um objeto e é definido pelo homem. A constatação da finalidade das coisas não decorre de uma valoração sobre as mesmas, mas apenas de um reconhecimento, ou seja, o martelo serve para martelar pregos na parede, um tribunal serve para decidir questões judiciais. Não cabe, ao se analisar o fim das coisas, julgar sua utilidade ou concordar com suas decisões, apenas constatar suas ações⁶⁴. Não há dúvida de que as coisas e os objetos foram criados para atender a um fim e que o titular final (fim último) será sempre o homem⁶⁵. Diferentemente, a pessoa, o homem, não possui um fim específico. Na concepção kantiana, o ser humano deve ser sempre um fim em si mesmo, não podendo ser meio para se atingir outras finalidades. O ser é um valor que existe por si, não decorrendo de escolhas ou desejos para a sua concretização⁶⁶.

Nicolai Hartmann vê o sujeito como pressuposto da pessoa e como resultado das modificações que este sofre a partir das determinações emanadas dos valores, seria o conceito de sujeito anterior ao conceito de pessoa⁶⁷. Não é possível definir o ser, mas é possível reconhecer certas características básicas que são inerentes ao sujeito. Essas características

⁶² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do Direito**. Trad.: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 40.

⁶³ JONAS, op. cit., p. 102.

⁶⁴ Idem, p. 107.

⁶⁵ Idem, p. 114.

⁶⁶ Idem, p. 149.

⁶⁷ HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin: Walter de Gruyter, 1949, cap. XIX, p. 185-186, *apud* ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 144.

decorrem da qualidade intrínseca do sujeito enquanto um ser em si mesmo, com isso não é possível erigir o sujeito a qualidade de objeto, o sujeito é um ser social, é valorado a partir da idéia de sociedade e decorre da relação social em que o sujeito está inserido⁶⁸.

Também comunga desse entendimento, Ernst-Wolfgang Böckenförde⁶⁹

Esse primeiro instante da vida humana, em que ela especificamente se aperfeiçoa e se desenvolve, começa com a fecundação, e não apenas em momento posterior. Por meio dela, constitui-se uma nova e autônoma essência de vida humana, na qualidade de célula-semente ou célula-ovo, que também são espécies de vida humana. É caracterizada individualmente pela junção inconfundível de uma quantidade definida de cromossomos, e não de modo diverso. Este é – cientificamente incontroverso – o fundamento biológico do homem particularizado. Por este prisma, o desenvolvimento anímico e intelectual posterior já está fundamentado: o homem é uma *unidade formada pelo espírito, corpo e alma*.

Dworkin também compartilha dessa concepção valorativa do sujeito, porém desenvolve seu posicionamento a partir da idéia de sacralidade da vida humana, ou seja, a vida é um valor sagrado. A sacralidade da vida inicia-se concomitantemente com a vida biológica, independentemente do estágio ou da forma como ela se exterioriza⁷⁰.

Mas esse entendimento sucinta diversas divergências tanto no meio jurídico como também no meio biológico. Não um consenso moral acerca da essência humana, ou de quando a vida humana se inicia e não se espera nenhuma descoberta científica que possa solucionar esse impasse. Trata-se de um debate de convicções próprias, onde não há o certo ou o errado, apenas espera-se um posicionamento jurídico mais claro a fim de resguardar a proteção jurídica do homem em formação⁷¹.

Por isso, entende-se que pessoa não se confunde com sujeito de direito. Assim, é possível reconhecer direitos àqueles ainda em fase de formação, seja no útero materno ou até mesmo num momento anterior. Essa proteção não decorre da idéia de sacralidade da vida humana como pretende Dworkin, porque essa idéia remete a um ideal religioso e não é esta a proposta, mas protege-se a vida humana por entender o seu valor enquanto tal, que o diferencia das demais criaturas animais e que deve, portanto, ser protegida.

⁶⁸ HARTMANN, Nicolai. *Von neukantismus zer ontology. Kleinere Schriften*, Band III. Berlin: Walter de Gruyter, 1957, p. 335, *apud* ADEODATO, op. cit., p. 103.

⁶⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais do debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 59-75, p. 37.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2º Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 13.

⁷¹ Idem, p. 11-12.

Não é relevante tentar entender ou conceituar o momento exato do surgimento da pessoa. Esse é um mero conceito criado pelo Direito. O que é relevante para a discussão é a vida humana, a natureza humana, única e merecedora de proteção jurídica, mas qual proteção? Sob esse entendimento, o embrião e o nascituro são sujeitos de direito e não pessoa. São protegidos por uma tutela jurídica específica, sem receber a proteção da totalidade dos direitos assegurados àqueles que já nasceram com vida.

Apesar de receberem a mesma classificação enquanto sujeitos de direito, o embrião não se confunde com o nascituro. Ambos recebem a proteção jurídica por já existir vida humana neles, mesmo que em princípio. A partir dessa primeira conceituação, passar-se-á a analisar as minúcias que permeiam esses estágios do desenvolvimento humano, tanto seus limites biológicos quanto jurídicos.

2 O INÍCIO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA: análise dos diversos estágios da evolução humana

2.1 Os estágios da evolução humana

Ao Direito coube a proteção jurídica do nascituro, silenciando acerca das outras etapas do desenvolvimento natural do homem em fase gestacional. A proteção jurídica conferida pelo Código Civil resguarda direitos ao nascituro, fazendo dele um sujeito de direito, mas ressalva que esses direitos se efetivam apenas a partir do nascimento com vida, quando se reveste de personalidade jurídica, tornando-se pessoa. Ao mesmo tempo, omite-se na tentativa de conceituar e diferenciar cada estágio da evolução humana.

O que ocorre é a omissão do legislador frente aos avanços da biotecnologia. O silêncio em conceituar e, por fim, solucionar os impasses de cada esfera jurídica nada mais é que o medo de adentrar em campos do saber distintos da seara jurídica. É necessário buscar auxílio em outras ciências para estabelecer os limites concretos do início e fim de cada etapa, consequentemente, conferindo a cada uma delas proteções jurídicas distintas.

O fato é que com o advento das técnicas de reprodução humana assistida, novos sujeitos surgiram nos estágios de desenvolvimento humano os quais carecem de proteção jurídica específica. São os embriões *in vitro*, os embriões *in vivo*, o nascituro e a pessoa natural. Neste capítulo, analisa-se cada espécie de natureza humana, atribui-se a elas sua respectiva proteção jurídica conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo-se, ou não, sua condição de sujeito de direito. Verifica-se, em tempo, o posicionamento conflitante da doutrina acerca dessa nova temática.

Muitos são os termos utilizados pela ciência jurídica para qualificar diferentes estágios da evolução da pessoa humana, a exemplo de concepturo, embrião, nascituro e pessoa natural. Concepturo se refere a uma pessoa natural que ainda não foi concebida, também conhecido na doutrina como *nondum conceptus*⁷². Significa a possibilidade de beneficiar, através do testamento, alguém que não está concebido, ou seja, uma prole eventual. O Código Civil faz menção a este estágio da vida humana em seu art. 1.799, inciso I e no art. 1.800, parágrafo 4º. A possibilidade de testar em benefício de uma prole eventual; ou seja, ainda não concebida,

⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia (1ª parte)**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137.

deve respeitar o prazo de 02 (dois) anos, contados da morte do testador, para a concepção da mesma⁷³.

O termo embrião é mais utilizado para qualificar o primeiro estágio do desenvolvimento celular após a concepção. Refere-se às células já fecundadas, mas que se encontram fora do útero materno, ou porque a fertilização ocorreu por métodos artificiais (fertilização *in vitro*), ou porque o aglomerado celular formado a partir da fertilização *in vivo* ainda não alcançou o útero materno. A concepção *in vivo* ocorre nas trompas de falópio e não no útero. Somente após 14 (catorze) dias contados da concepção é que o aglomerado celular se fixa no útero materno, ocorrendo o fenômeno da nidação. Só a partir desse instante, é que a divisão celular começa a tomar forma humana, sendo possível falar em nascituro⁷⁴.

Em que pese a característica da eventualidade nos conceitos de prole eventual e embrião, principalmente embrião *in vitro*, a concepção é o marco divisório entre ambos os conceitos. O Direito protege a concepção futura, que ainda não ocorreu e que pode nunca vir a existir, com o instituto do concepturo. Ao passo que protege a célula-ovo já concebida quando do embrião, mesmo que, eventualmente, esse embrião nunca se torne pessoa humana, caso não seja implantado ao útero materno e, conseqüentemente, não venha a nascer⁷⁵.

O termo nascituro designa aquele ser já concebido, mas ainda em estágio de desenvolvimento no útero materno; ou seja, aquele que está por nascer. Seu conceito pressupõe a localização intra-uterina. Lembra-se, oportunamente, que independentemente do modo como ocorreu a concepção, natural ou artificialmente, a figura do nascituro só existe a partir da nidação da célula-ovo, ou seja, de sua implantação na parede do útero de sua genitora⁷⁶.

Por fim, pessoa natural é aquele ser que nasceu com vida de uma mulher, independentemente de suas características físicas ou mentais⁷⁷, que teve seu corpo separado

⁷³ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito civil – LICC e parte geral**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 125.

⁷⁴ SANTOS JÚNIOR, José Domingues dos. MIRANDA, Ana Tereza Cavalcanti de. **A saúde de adolescentes jovens: competências e habilidades. Métodos contraceptivos**. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/adolescente/textos_comp/tc_08.html>. Acesso em: 25 de setembro de 2009.

⁷⁵ LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 329-359, p. 345.

⁷⁶ EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 118.

⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia (1ª parte)**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146. O autor enfatiza a irrelevância dos aspectos físicos e mentais porque, no passado, era comum acreditar que uma mulher pudesse gerar uma criança parte humana e parte animal. Essa idéia decorria,

do corpo materno e respirou, tem ar atmosférico em seus pulmões. Como já disposto anteriormente, é a partir do nascimento que se inicia a personalidade civil, atributo exclusivo da pessoa.

Discute-se, inclusive, a questão da titularidade dos direitos atribuídos a cada estágio de desenvolvimento. O fato de não possuir o atributo da personalidade civil não retira do concepturo, do embrião e do nascituro a possibilidade de serem sujeitos de direito. Basta, para tanto, que a legislação prescreva para esses entes direitos e obrigações, o que lhes conferem o atributo da capacidade jurídica. Problematiza-se as significações de cada estágio embrionário, estabelecendo os limites que os diferenciam.

Por ora, o estudo irá se ater apenas à análise das figuras do embrião e do nascituro. Esse corte metodológico decorre de fixar o estudo nas etapas de desenvolvimento humano em fase de formação, ou seja, já há vida humana, ainda que em estado incipiente, motivo pelo qual não cabe analisar o instituto do concepturo.

2.2 A proteção do embrião

O conceito de embrião é amplo, abarcando todos os estágios de desenvolvimentos do momento da fecundação à implantação da célula-ovo no útero da genitora. Após a junção dos gametas, o zigoto passa por um processo de multiplicação celular, mas essas células são indiferenciadas, apenas com o fenômeno da nidação, ou seja, com a fusão entre o zigoto e a parede celular do útero materno, pode-se falar em diferenciação celular e, conseqüentemente, no surgimento do nascituro.

Uma vez que é possível identificar material humano em seu conteúdo e vida humana em estágio inicial, o embrião carece de um tratamento exclusivo, diferente da proteção conferida ao nascituro, e, conseqüentemente, diferente da proteção conferida à pessoa humana⁷⁸. Com isso, o embrião está protegido pela dignidade da vida humana, uma vez que é

principalmente, da ignorância científica do ser humano. Hoje, com os avanços biotecnológicos, foi descartada a possibilidade de uma mulher gerar um “monstro”, de modo que o conceito de pessoa foi restringido ao ser nascido de mulher com vida.

⁷⁸ OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina**. 2ª ed. aum. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 280.

embrião de ser humano, sendo este o fundamento da proibição de comportamento abusivo no tocante à utilização do mesmo para fins de pesquisa.

2.2.1 Embrião *in vitro*

No que concerne à terminologia utilizada para se referir aos embriões obtidos por meio das técnicas de reprodução humana assistida, utilizam-se os termos pré-embrião, embrião *in vitro*, embrião criopreservado, embrião pré-implantatário. Por uma questão metodológica, utilizar-se-á somente a expressão embrião *in vitro*. Sem desmerecer qualquer terminologia adotada, apenas para tornar mais didática a leitura. Assim, embrião *in vitro* designará aquele que se encontra fora do corpo materno, ainda em laboratório, e embrião *in vivo*, aquele já implantado no corpo materno, mas ainda fora do útero, não nidado.

Inseminação artificial é o processo de fertilização do óvulo pelo espermatozóide, monitorado em laboratório, do qual resulta o embrião *in vitro*. Desses embriões criados em laboratório, alguns serão implantados no útero materno para uma futura gestação, outros não, chamados de embriões excedentes ou excedentários. Eles são conservados por meio da criopreservação⁷⁹.

A questão é qual fim proporcionar aos embriões *in vitro* excedentários. A melhor solução seria não permitir a criação de embriões excedentes ao limite necessário para a implantação no corpo da mulher, a fim de se obter uma futura gestação. Na Alemanha, em atenção a Lei de Proteção ao Embrião, de 1º de janeiro de 1991, só são fecundados três óvulos por procedimento de inseminação artificial, uma vez que este é o número máximo de embriões permitido para a implantação, assim, com o intuito de evitar a criação de embriões excedentários, limita-se a fecundação laboratorial apenas ao número de embriões a serem transferidos para o organismo da genitora⁸⁰.

⁷⁹ LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 329-359, p. 334. A técnica da criopreservação consiste no congelamento a 196°C.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de julho de 2009, p. 258. Trecho do voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Essa postura ética decorre da própria condição ontológica dos embriões. Não é a questão de se discutir se o embrião *in vitro* é pessoa humana desde o princípio ou não, até porque essa discussão encontra tanto defensores quanto opositores como já fora apresentado. Mas se trata de compreender que onde há célula humana, há um corpo humano, um indivíduo humano único, completo, donde ser imprescindível a proteção jurídica da dignidade, incompatível com a tentativa de instrumentalizar ou coisificar o ser em fase embrionária.

Mas apesar desse apontamento, a realidade é de produção excedente de embriões, seja em decorrência dos altos custos que o procedimento exige, seja, também, em virtude da preparação hormonal a qual a mulher se submete para alcançar esse fim. Como haverá os embriões excedentários, uma ponderação ética deve ser feita quanto ao destino deles.

As soluções que se podem apontar são o descarte e as doações, para o projeto parental de outra família e para pesquisa científica. A destruição dos embriões pelo descarte gera a figura do embrionocídio⁸¹. Apesar de ser uma conduta não tipificada como crime, nem a sua ação é enquadrada como abortamento, a sua ação gera desconforto, principalmente para os adeptos do entendimento que a vida humana se inicia com a fecundação, independentemente do local onde esta ocorra.

eticamente, a doação para outra família, desde que com a autorização dos doadores dos gametas é a mais plausível. Mas essa solução não resolve todos os casos dos embriões *in vitro* excedentários, uma vez que nem todos os progenitores consentem com a utilização de seus materiais genéticos por terceiros e nem todas as famílias inférteis querem recorrer a material genético distinto. Assim, resta a dúvida: destruição desses embriões pelo descarte ou a sua utilização para fins de pesquisa e terapia?⁸²

A Lei de Biossegurança, Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, possibilitou a utilização desses embriões excedentários para fins distintos do projeto parental. Tal diploma legal dispõe que

⁸¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 88. A autora compara à conduta do abortamento, só sendo diverso o modo de concretizá-la. Seria o mesmo que retirar um embrião *in vivo* do corpo materno e deixá-lo morrer naturalmente no ambiente natural.

⁸² FERNÁNDEZ, M. Carcaba. Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión). *In: La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco. Madrid: Trivium, 1988, pp. 391-399, p. 397.

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

O legislador brasileiro optou por conferir ao embrião *in vitro* uma proteção jurídica parcial, uma vez que veda a comercialização do material genético dos embriões, tipificando tal conduta como delituosa, assim, reconhece a dignidade humana existente nos embriões. Porém, no mesmo artigo, possibilita a destruição deste embrião quando a finalidade para essa conduta for a pesquisa, desde que atendidas as determinações exigidas no mesmo texto legal, quais sejam, a inviabilidade do embrião congelado, congelamento a mais de três anos e o consentimento dos doadores dos gametas.

O ordenamento jurídico brasileiro vetou o tratamento comercial dispensado aos embriões, mas não reconheceu a esta fase de desenvolvimento o mesmo tratamento concedido ao nascituro, destarte, previu a Lei a utilização dos embriões excedentários para fins terapêuticos. Porém, como o início da proteção jurídica da vida humana não é assunto pacífico na medicina e na biologia, os adeptos da teoria que estendem a proteção jurídica ao embrião *in vitro*, entenderam ser esse dispositivo uma ofensa ao Direito Constitucional à vida. De fato, a Lei de Biossegurança procurou pacificar esses entendimentos, mas, ao contrário, acalorou ainda mais a discussão, sendo seu artigo 5º objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510-0.

Derrick Rossi afirma que as pesquisas com células-tronco advindas de embriões humanos excedentários é de fundamental importância, uma vez que impulsionam todas as pesquisas em biologia celular. Critica o posicionamento religioso que diz ser imoral destruir embriões, sob a alegação de neles já existir vida humana. “Os embriões estão em clínicas de

fertilização e foram descartados. O destino deles é a lata de lixo. É um imperativo moral que sejam aproveitados em pesquisas para o bem da humanidade. Imoral é jogá-los no lixo”⁸³.

O avanço da biotecnologia possibilita, ainda, a prática de outras ações no embrião *in vitro*, como manipulação genética antes de sua implantação no útero, conhecido como diagnóstico pré-implantacional. Esse procedimento possibilita o exame genético do embrião de oito células a fim de prevenir a transmissão de doenças genéticas⁸⁴. A reprodução humana assistida encontra-se sem um arcabouço jurídico para tutelar seus procedimentos e implicações, mesmo assim, é reiteradamente praticada no Brasil. O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n.º 1.931/2009⁸⁵, regulamenta a reprodução assistida sob o ponto de vista ético médico, mas sem força normativa.

A possibilidade de se estudar o embrião *in vitro* antes de sua implantação favorece o êxito do processo reprodutivo, mas sem uma devida regulamentação jurídica acerca do liame divisório entre viabilidade e inviabilidade, difícil não ultrapassar os limites éticos num processo de eugenia. A utilização desse recurso deveria ser limitada apenas para averiguar doenças hereditárias graves, as quais comprometeriam a própria existência da futura pessoa a ser gerada. Somente assim poderia ser moralmente aceita⁸⁶.

É importante ressaltar que o diagnóstico pré-implantatário é realizado hoje através da análise das células somáticas do embrião (células que condizem às suas características pessoais), mas é possível que, futuramente, essa análise atinja também as células germinativas do embrião (células reprodutivas, as quais serão passadas para os futuros filhos do embrião).

⁸³ PETRY, André. Um avanço fascinante. **Revista Veja**. 2.224 ed., ano 44, n. 27, 6 de julho de 2011, São Paulo: Abril, pp. 17-21, p. 21. Entrevista a Derrick Rossi, cientista americano da Universidade de Harvard. Vale ressaltar que o biólogo não pesquisa tendo como fonte as células-tronco embrionárias. Sua pesquisa parte das células adultas, reprogramando-as e fazendo com elas retornem ao estágio inicial, assim como as células-tronco embrionárias, com a capacidade de se transformar em outros tecidos do organismo humano. Mesmo assim, entende serem fundamentais os avanços conquistados a partir da análise das pesquisas realizadas com embriões *in vitro* excedentários.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 24.

⁸⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica, em vigor a partir de 13 de abril de 2010. Diário Oficial da União Brasília-DF, 24 de set. de 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em: 20 de junho de 2011. No capítulo III – Responsabilidade Profissional, em seu artigo 15, parágrafo 2º, é vedado ao médico realizar a fertilização humana assistida com a finalidade de “I – criar seres humanos geneticamente modificados; II – criar embriões para investigação; III – criar embriões com a finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras”. Porém, já no artigo 16 possibilita a terapia gênica, ou seja, o diagnóstico pré-implantacional, o que possibilita a verificação de doenças genéticas degenerativas.

⁸⁶ HABERMAS, op. cit., p. 26.

Essa possibilidade preocupa porque, com isso, estaria aberto o processo de seleção artificial das futuras gerações, o que desencadearia num processo de eugenia discriminatória⁸⁷.

Ao passo que o diagnóstico pré-implantatório se dissemina como um procedimento normal da reprodução humana assistida, é mais difícil se estabelecer limites morais da manipulação genética. “É compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento?”⁸⁸.

Será possível deixar de enxergar a gravidade do cenário montado, por exemplo, pelas técnicas de diagnóstico genético de embriões, em que se torna possível selecionar geneticamente aqueles que merecem seguir adiante, descartando os demais porque portadores de defeito genético? Isso quer dizer que é possível descartar aqueles embriões em que se diagnostica a trissomia do cromossomo 21, como se os portadores da Síndrome de Down não tivessem o direito de viver⁸⁹.

Outro aspecto preocupante é a “perda da sensibilidade moral”⁹⁰ por parte da sociedade que passa a aceitar a manipulação genética como algo natural, sendo condição normal do processo de reprodução humana assistida, a seleção da futura prole.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO⁹¹, estabelece o genoma humano como herança comum da humanidade, necessitando de uma proteção especial e de âmbito internacional. O material genético encontrado nos embriões deve ser protegido para salvaguardar a perpetuação da espécie humana, como um valor em si.

Debate-se a questão apontando a necessidade de regulamentar a matéria normativamente, na tentativa de impor limites ao processo de eugenia. É necessário estabelecer critérios legais para uma permissibilidade restritiva no que tange a manipulação de embriões *in vitro*, possibilitando apenas aquelas intervenções benéficas, vetando toda e qualquer tentativa de eugenia liberal, cuja finalidade passa a ser o aprimoramento das

⁸⁷ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6º ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1995, p. 206.

⁸⁸ HABERMAS, op. cit., p. 28-29.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de julho de 2009, p. 263. Trecho do voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

⁹⁰ HABERMAS, op. cit., p. 29.

⁹¹ “**Artigo 1:** O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”.

características genéticas e não mais as intervenções terapêuticas, evitando, assim, que os cientistas “brinquem de Deus”⁹², tornando-se os próprios protagonistas da evolução.

Habermas aponta ainda outro questionamento acerca do diagnóstico pré-implantatório: existe o Direito Fundamental ao “patrimônio hereditário não-manipulado”?⁹³ Esse debate decorre da possibilidade de vislumbrar cada indivíduo como responsável pela sua própria trajetória de vida, mas no momento que terceiros interferem em seu material genético, manipulando as combinações, acaba a autonomia individual porque as características do indivíduo modificado geneticamente foram pré-combinadas. Ao passo que também acaba com a idéia de que todas as pessoas nascidas possuem iguais condições para concorrerem com os planos da vida.

As intervenções acabam com a idéia de liberdade ética ao passo que atribuem a terceiros a possibilidade de escolher as características de um ser humano. Após a escolha das combinações genéticas, da manipulação do patrimônio genético, é impossível reverter o quadro, o novo ser será gerado conforme aquela disposição. Essa postura pode, ainda que com cautela, ser considerada aceitável se tiver por finalidade evitar doenças adquiridas pela combinação genética que impossibilitem completamente a vida extra-uterina⁹⁴.

Habermas afirma que é indubitável o valor intrínseco da vida humana existente naqueles que ainda não nasceram. Pouco importa se esse valor decorre da idéia de sacralização ou não da vida. No entanto, os motivos pelos quais se deve proteger essa vida embrionária são questionáveis, sendo sua proteção um desacordo racional⁹⁵.

O argumento moral de que o embrião *in vitro* possui dignidade desde sua concepção, logo merecedor do direito à vida não condiz com pluralismo ideológico da sociedade atual. O objetivo que se pretende alcançar com a proteção jurídica do embrião *in vitro* não é unísono, seja para proteger a vida humana desde a concepção, ou, seja para proteger a saúde através das descobertas de novas terapias⁹⁶. Assim, a questão moral acerca da destruição de embriões *in vitro* para fins de terapia será sempre discutível, afinal não há um consenso quanto ao início

⁹² HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 30.

⁹³ Idem, p. 38.

⁹⁴ Idem, p. 87-88.

⁹⁵ Idem, p. 46.

⁹⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 175-192, p. 187.

da vida humana, nem quanto ao início de seu respeito através de uma tutela jurídica. Sempre haverá a dicotomia de pensamentos, embrião *in vitro* enquanto sujeito de direito, recebendo a proteção do direito à vida, mesmo que em potencial, e embrião *in vitro* como sujeito de direito, mas não resguardado pelo direito à vida, apenas protegido no que concerne à sua manipulação, através de um regramento que garanta o mínimo ético quando diante de embrião humano, assim, é possível utilizá-lo como meio para salvar outras vidas, de pessoas já nascidas.

Porém, o Direito não pode ficar inerte a essa discussão, afastando-se da tarefa de se posicionar acerca da problemática afirmando ser uma questão científica, biológica, ou até mesmo religiosa. A questão não é definir, para fins legais, o início da vida humana ou da pessoa humana, mas sim, o início da proteção à vida humana e como se dá essa proteção⁹⁷.

Essas questões suscitadas a partir da figura do embrião *in vitro* percorrem o entender que cada indivíduo possui acerca da dignidade humana. É certo que quando se fala em embrião humano, este possui mais dignidade que o embrião de um animal, mas essa idéia de proteção e cuidado que a sociedade transpõe para o embrião humano é inferior a criança em fase gestacional, principalmente quando se fala de uma criança já nascida. Assim, o fundamento da dignidade atribuída ao embrião é progressivo na medida em que o embrião vai tomando a forma e semelhança de uma pessoa humana⁹⁸. Cada intervenção que altera o ciclo natural do desenvolvimento de uma pessoa gradual, afronta a dignidade que se atribui aos estágios de desenvolvimento humano.

O embrião *in vitro*, por ser integrante da idéia cultural de natureza humana, mesmo não sendo acobertado pelo Direito Constitucional à vida, deve ter a sua dignidade incipiente respeitada e preservada. Essa proteção diz respeito a não materializar o embrião humano, comercializando-o, utilizando-o para fins de pesquisas cuja finalidade não seja o próprio bem-estar da sociedade.

Quando diante da impossibilidade desse embrião vir a gerar uma pessoa humana futura, seja por ser considerado inviável, ou, seja porque se tornou excedentário do projeto parental dos doadores dos gametas, os quais não mais possuem a intenção de implantá-lo, é

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2º Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 30-31.

⁹⁸CASSIERS, Léon. Dignidade do embrião humano. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 175-192, p. 205.

salutar atribuir a esses embriões uma finalidade em consonância com o interesse social: as pesquisas com células-tronco embrionárias. Essas pesquisas visam achar soluções para problemas genéticos que infelicitam milhares de famílias.

O legislador, ao disciplinar o uso de células-tronco advindas de embriões humanos excedentários, optou pela chamada teoria genético-desenvolvimentista⁹⁹, a qual se baseia no fato de o ser humano passar por diversas fases, desde a junção dos gametas até o nascimento, e em cada fase apresenta características distintas. A proteção à vida humana só ocorre num segundo momento, não logo após a formação da célula-ovo, quando diante de um embrião, mas quando do início ao processo de multiplicação e diferenciação celular, tornando-se um ser único, individualizado. Logo, é possível utilizar o embrião *in vitro* para fins de pesquisa.

Essa solução encontra respaldo no princípio da solidariedade¹⁰⁰, o qual decorre do vínculo existente entre as pessoas inseridas no mesmo contexto social. Uma ligação consciente, determinada e que gera o dever de cuidado entre os pares, dando-lhes assistência, ajuda, amparo. Resta, então, controlar essas pesquisas para que elas não ultrapassem o limiar entre a pesquisa consciente, responsável e a pesquisa egoísta, imoral.

2.2.2 Embrião *in vivo*

A fecundação pode ocorrer naturalmente dentro do organismo feminino. Seja através da conjunção carnal entre um homem e uma mulher, ou, seja através de técnicas de reprodução humana assistida menos invasivas, a exemplo da inseminação artificial¹⁰¹. Nesses casos, o resultado dessa fecundação é denominado embrião *in vivo*, pois se localiza no organismo da genitora, mas ainda não atingiu o útero materno, ainda não ocorreu o fenômeno da nidacão.

Com o passar das etapas de desenvolvimento humano mais nitidamente se observa a proteção ao direito à vida, mas quanto mais prematuro o estágio gestacional, mais difícil se

⁹⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p.31. Essa teoria também é conhecida como “origem sucessiva da vida”.

¹⁰⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.87.

¹⁰¹ FERRARI, Rita Vieira Guarnieri. Técnicas de reprodução assistida: inseminação artificial. *In*: PINOTTI, José Aristodemo, et al. **Reprodução humana**. São Paulo: Fundação BYK, 1996, p. 253-254. Consiste na colocação do sêmen masculino dentro do organismo feminino, onde ocorrerá a fertilização natural com o gameta feminino. Para o êxito dessa técnica, a mulher não pode ser estéril e passa por um processo artificial de hiper-ovulação.

vislumbrar essa proteção jurídica. Isso decorre da dificuldade de se definir, tanto jurídica como biologicamente, se o embrião *in vivo* é um ser humano. Esse problema dificilmente não ocorre quando se está ante um embrião nidado, ou seja, um nascituro. Nesses casos, há um ser humano no início do seu processo de diferenciação celular, resultando num ser único¹⁰².

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4º, resguarda o direito à vida desde o momento da concepção. O preâmbulo da Declaração dos Direitos das Crianças também protege a vida desde o seu princípio, afirmando que a criança, em decorrência da sua imaturidade física e psicológica, carece de cuidados especiais antes e após o nascimento.

A proteção à dignidade da pessoa não surge apenas a partir da análise dos aspectos físicos do reconhecimento da existência humana, mas sim, decorre de uma qualidade considerada inerente a todo ser humano, sendo, logo, um valor que delimita o homem enquanto tal¹⁰³. Sob esse prisma, reveste-se a dignidade de um caráter biológico, em que a proteção jurídica do ser em formação aumenta gradativamente na medida em que o mesmo se desenvolve de embrião para nascituro, inclusive progredindo a medida que o nascituro começa a adquirir viabilidade extra-uterina. Assim, o tempo gestacional influencia na carga de proteção atribuída ao ser em formação¹⁰⁴.

Porém, esta não é a única vertente da dignidade, a própria dimensão ontológica da dignidade decorre da necessidade de se analisar as relações intersubjetivas que marcam todas as relações humanas¹⁰⁵. Nesse contexto, o embrião possui dignidade, mas não na mais completa acepção da palavra, uma vez que não é possível atribuir a ele a dimensão comunitária ou social decorrente da intersubjetividade.

Há, de fato, que se distinguir a dignidade humana, no sentido de que é atribuída a todos os seres humanos, bastando, para tanto ter natureza humana para se fazer merecedor

¹⁰² FERNÁNDEZ, M. Carcaba. Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión). In: **La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana**. II Congreso Mundial Vasco. Madrid: Trivium, 1988, pp. 391-399, p. 393.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2º ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 15-43, p. 18.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119.

¹⁰⁵ SARLET, op. cit., p. 23-24. O autor utiliza a expressão “biologização da dignidade”, no sentido de que esta seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana, geneticamente pré-programada.

desta garantia, e a dignidade da pessoa humana, pessoa em sentido concreto, sendo possível vislumbrar relações sociais, analisando-se o desenvolvimento social e moral do indivíduo¹⁰⁶. Logo, dignidade é uma proteção que decorre da condição humana, mas que pode progredir na medida em que o homem se torna um ser social.

Partindo da ideia de que a dignidade é progressiva, aumentando seu grau na medida em que é possível vislumbrar a troca de relações com o meio social, o embrião *in vivo* possui mais dignidade que o embrião *in vitro*. Aceitando-se esse posicionamento, tem-se como crime o assassinato de um feto em estágio avançado de desenvolvimento intra-uterino, mas retomando aos estágios mais remanescentes do desenvolvimento gestacional, a semelhança da pessoa humana já nascida com o aglomerado celular fica mais distante, o que dificulta a atribuição da mesma proteção jurídica¹⁰⁷.

Temos evidentes dificuldades em ver no óvulo fecundado “uma pessoa humana” que deve ser respeitada como uma “pessoa, à parte, inteira”, e não nos ressentimos de sua eliminação como se fosse um assassinato. Todavia, também não comparamos o embrião humano a uma coisa ou a um embrião de camundongo, por que nosso conhecimento racional acerca de sua natureza física – e de sua origem – assim nos proíbe¹⁰⁸.

É possível comprovar esse posicionamento quando se analisa os métodos contraceptivos que impedem a fixação do embrião nas paredes do útero. Habermas chama esses métodos de “inibidores de nidação”, os quais atuam impedindo a junção do embrião com a parede do útero materno. Ocorre que a utilização desses métodos já configura fato comum, permitido e aceito por grande parte dos cidadãos. A sociedade entende como legítimos meios de contracepção e não como meios abortivos¹⁰⁹.

Esses métodos seriam o D.I.U. (dispositivo intrauterino) e a pílula do dia seguinte¹¹⁰. Não há problemas na utilização desses métodos que impedem a nidação, eliminado o embrião, sendo inclusive meios disseminados pelo Sistema Único de Saúde. São métodos que interrompem uma gravidez já consumada, sem a implicação de serem considerados abortivos

¹⁰⁶ Idem, p. 28.

¹⁰⁷ CASSIERS, Léon. Dignidade do embrião humano. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 175-192, p. 203.

¹⁰⁸ Idem, p. 204.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 25.

¹¹⁰ SANTOS JÚNIOR, José Domingues dos. MIRANDA, Ana Tereza Cavalcanti de. **A saúde de adolescentes e jovens: competências e habilidades. Métodos contraceptivos**. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/adolescente/textos_comp/tc_08.html>. Acesso em: 25 de setembro de 2009.

pelo Estado¹¹¹. Ocorre que esses métodos apresentam um problema ético na medida em que, de fato, eliminam um embrião humano, impossibilitando seu desenvolvimento gestacional, ou seja, são métodos abortivos e não contraceptivos.

O D.I.U. apresenta, ainda, outro risco à saúde da mulher genitora, quando permite a fecundação, mas não elimina o embrião gerado, o que resulta na gravidez ectópica, localizada fora do útero da genitora. Nesses casos, o risco de infecção e ruptura do aparelho reprodutor da genitora é alto¹¹².

Considerar que o embrião *in vivo*, desde a fecundação, é sujeito de direito e, portanto, merecedor da tutela do direito à vida, é apontar essas técnicas de contracepção como meios abortivos. Isso tipificaria o crime de abortamento e sujeitaria aqueles que recorressem a esses métodos às cominações legais.

A discussão acerca da possibilidade de destruir embriões para fins de pesquisa acalorou debates em todas as camadas sociais no Brasil. Diferentemente, não soa antijurídica, atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana, a utilização desses métodos contraceptivos, os quais, nada mais são, que métodos que destroem embriões *in vivo*.

A proibição do abortamento do feto, logo, nascituro, localização no útero materno, decorre do pressuposto da intangibilidade da vida humana, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. No estágio evolutivo que compreende o embrião *in vivo*, estágio este anterior ao do nascituro, já há um novo ser humano, com individualidade própria, resta saber se este ser é protegido ou não pelo direito à vida.

Responder a essa pergunta vai além de garantir direitos ao embrião *in vivo*, significa restringir os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres¹¹³, que vêm nesses métodos a

¹¹¹ DREZETT, Jefferson. **Anticoncepção de emergência**. In: BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/artigo_anticoncepcao_emergencia_2008.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2011, pp. 01-15, p. 7-8. “Não existe nenhuma sustentação científica para afirmar que AE seja um método que resulte em aborto, nem mesmo em um percentual pequeno de casos. As pesquisas asseguram que os mecanismos de ação da AE evitam ou retardam a ovulação, ou impedem a migração dos espermatozoides. Não há encontro entre os gametas masculino e feminino e, portanto, não ocorre a fecundação.”

¹¹² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Saúde sexual e saúde reprodutiva**. Cadernos de Atenção Básica, n. 26. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 193.

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. pp. 53-72. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 54-55. Em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, reconheceu os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. Em 1995, as Conferências internacionais de Copenhague (Cúpula

possibilidade de exercer seus direitos reprodutivos assegurado. Dele enseja a liberdade individual de cada mulher de desfrutar de uma vida sexual segura, sem, com isso, incorrer nas condutas já tipificadas pelo ordenamento jurídico como crime e que protegem a vida intra-uterina, o nascituro.

De fato há uma violação à vida humana ainda em formação, independentemente de o legislador ter previsto, ou não, a conduta dessa ação em nada se diferencia quando praticada contra o nascituro. Mas, mais uma vez, a vida humana em estágio inicial, seja a vida do embrião *in vitro* ou a vida do embrião *in vivo* entra em conflito com a vida da pessoa humana, em sentido concreto, social, um ser humano que vive em sociedade. Não se trata de não reconhecer a vida humana já existente nesses estágios, mas de reconhecer que esses sujeitos não são acobertados pela proteção do direito à vida.

Moralmente, os meios contraceptivos que inibem a nidação podem ensejar, como de fato ensejam, transtornos no que concerne a sua aceitação por camadas da sociedade. Mas, há de se reconhecer que são meios legítimos de contracepção.

2.3 Nascituro

O Direito Brasileiro utiliza o termo nascituro para identificar aquele ser já concebido, que se localiza no útero materno e que está por nascer. De Plácido e Silva esclarece ainda que o vocábulo nascituro deriva do latim *nasciturus* e “designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: *está em vida intra-uterina*. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como *pessoa*”¹¹⁴.

Ana Thereza M. Araújo e Rodolfo Pamplona Filho conceituam nascituro como sendo o “ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao

Mundial de Desenvolvimento Social) e Beijing (IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz) confirmaram esses direitos.

¹¹⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 942.

espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido”¹¹⁵.

Paulo Lôbo¹¹⁶ entende o nascituro como a viabilidade de desenvolvimento do embrião. O autor ainda distingue o momento da fecundação com o momento da concepção. A fecundação seria quando da junção do espermatozóide ao óvulo. Já a concepção seria a implantação do embrião no corpo da genitora, logo a concepção é, para o autor, sinônimo da nidação e é o marco inicial do nascituro.

Para Jefferson Drezett¹¹⁷ o conceito de fecundação também não é sinônimo de concepção. A fecundação corresponde ao momento exato da união dos gametas masculino e feminino, óvulo e espermatozóide, tem tempo definido e limitado para ocorrer. A fecundação acontece na trompa e o transporte do óvulo fecundado, chamado embrião, requer entre 05 e 07 dias para chegar até a cavidade uterina. O embrião sofre um processo de multiplicação celular durante o seu percurso até o útero. Ao chegar à cavidade uterina, o embrião se funde (implantação) às paredes do útero materno (endométrio) onde ocorre a nidação. O processo completo da implantação ocorre por volta do 11º e 14º dia após a fecundação, o que resulta na concepção. Assim, para o autor, o conceito de concepção se aplica ao processo de nidação. Diferentemente a fecundação ocorre muito antes da implantação ou nidação.

Porém, essa distinção é pontual para esses autores. A literatura jurídica utilizada neste trabalho tem como sinônimas essas expressões, não distinguindo o momento da fecundação com o momento da concepção. O que vai ser relevante para a distinção entre nascituro e embrião é a localização no útero materno, situação que só se configura a partir do fenômeno da nidação.

Por esses conceitos, nascituro é um estágio diferente de pessoa humana, já nascida. É uma fase precedente ao nascimento, mas que tem como marco inicial a localização do fruto da concepção no útero materno. Embora ainda não seja pessoa, o Direito assegura proteção jurídica ao nascituro, criando uma ficção jurídica. Por ter direitos assegurados no

¹¹⁵ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 18, Porto Alegre: Magister, pp. 33-48, maio/jun. 2007, p. 36.

¹¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

¹¹⁷ DREZETT, Jefferson. Anticoncepção de emergência. In: BRASIL, **Ministério da Saúde**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/artigo_anticoncepcao_emergencia_2008.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2011, p. 10-11.

ordenamento, o nascituro é sujeito de direito, já é ser humano, mesmo que ainda não seja pessoa. É titular de direitos atuais e deve ter a sua dignidade de vida humana preservada.

No que concerne aos direitos assegurados, não há discussão acerca da existência de direitos do nascituro. Independentemente da corrente doutrinária que se filie, reconhece-se o atributo da personalidade jurídica ou não, o ordenamento jurídico brasileiro resguarda expressamente direitos ao nascituro. A existência desses direitos é utilizada para fundamentar a teoria concepcionista, mas é importante salientar que os defensores da teoria natalista não negam a existência desses direitos, apenas atribuem a eles o evento condicional do nascimento com vida.

Os direitos do nascituro, para não confrontar com os direitos da pessoa já nascida, estes de caráter universal, são limitados apenas para aqueles previstos especificamente em lei, mas a jurisprudência vem reconhecendo a titularidade de novos direitos ao nascituro de forma cautelosa. Isso porque, quando o artigo 2º do Código Civil assegura que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, mas, apesar de ainda não ter personalidade, reconhece direitos ao nascituro, ele reconhece um tratamento diferenciado para as pessoas nascidas e para o nascituro¹¹⁸.

Esse limite aos direitos do nascituro confirma a teoria natalista adotada pelo ordenamento pátrio. Se assim não fosse, se ao nascituro estendesse toda a proteção assegurada às pessoas nascidas, não haveria a necessidade da diferenciação entre nascituro e pessoa. Também não seria necessária a menção expressa e pontual ao longo do Código Civil dos direitos assegurados ao nascituro, porque uma vez se considerando nascituro e pessoa expressões sinônimas, o nascituro estaria protegido e resguardado por todos os direitos vigentes.

O principal direito assegurado ao nascituro é o direito à vida. O Código Penal Brasileiro optou por criminalizar o aborto nos seus artigos 124 a 127, ou seja, é considerado crime no Brasil a conduta que venha a interromper o desenvolvimento gestacional da vida humana. Porém, no artigo 128 do mesmo diploma legal, o legislador reconhece como legítima a conduta do aborto quando não houver outro meio para salvar a vida da gestante (aborto necessário) ou nos casos em que a gravidez resulta de um crime sexual. Assim, fala-se em

¹¹⁸ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 67. “Pôr a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’ não é o mesmo que lhe conceder os direitos próprios do nascido”.

direito à vida do nascituro, porém este direito não é absoluto. Este entendimento decorre do afastamento da criminalização em algumas circunstâncias específicas.

Ocorre que, no momento, observa-se a não aplicação desta norma. Há a constatação empírica da não punição daqueles que cometem o aborto. Em contrapartida, em virtude da proibição legal de permitir que clínicas especializadas desempenhem esse procedimento invasivo, observa-se o aumento constante de mulheres vítimas de meios abortivos clandestinos, realizados sem a observância das mínimas condições de segurança e higiene. As consequências desses procedimentos ocupam, hoje, o quarto lugar das causas de morte materna no Brasil¹¹⁹. Deve-se levar em consideração que as mulheres gestantes que desejam realizar um aborto não vão deixar de fazê-lo em virtude da ausência do permissivo legal, elas irão procurar meios alternativos para concretizá-lo. Daí se pode concluir que a principal consequência da proteção à vida do nascituro é a exposição da saúde e da vida de milhares de mulheres em idade fértil.

Sem adentrar no mérito da falha das políticas públicas de planejamento familiar do Estado, através da distribuição de anticoncepcional¹²⁰, e da idéia de responsabilidade e maternidade consciente por parte das gestantes, o fato é que a morte materna fruto do aborto é um problema real e carece uma solução. Novos direitos confrontam com o direito relativo à vida do nascituro. São direitos como a “autonomia reprodutiva da mulher”¹²¹ e o direito à saúde da gestante.

Diferentemente da análise que se fez em relação ao embrião, tanto *in vitro* quanto *in vivo*, a questão da proteção à vida do nascituro deve ser analisada com mais cuidado porque, de fato, há um dispositivo legalmente constituído neste sentido. Assim, a tese que se pretende levantar aqui é a da progressão da dignidade humana, defendida por Daniel Sarmiento¹²², ou seja, a vida humana intra-uterina também recebe a proteção constitucional do direito à vida, mas numa intensidade substancialmente inferior quando comparada a vida da pessoa humana em jogo, neste caso, a gestante.

¹¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Ministério estabelece prazos para investigação do óbito materno nos municípios**. Portal da saúde. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33878. Acesso em: 25 de setembro de 2011.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 96.

¹²² Idem, p. 119.

Essa posição reconhece o valor da vida humana existente no nascituro, reconhece a titularidade de direitos, porém, quando esses entram em choque com os direitos das pessoas com vida extra-uterina, essa proteção se torna mais débil, sujeitando-se a ponderação dos interesses envolvidos. Isso não significa que o aborto deva ser considerado um método contraceptivo, isto seria incompatível com a proteção à vida do nascituro, trata-se de uma exceção que deve ser utilizada de modo cauteloso.

Da proteção do direito à vida do nascituro decorre o direito à assistência pré-natal, medida social assegurada pelo Estado, através do Sistema Único de Saúde¹²³, o qual protege a integridade física e psíquica do ser a nascer. Também é possível falar em direito à herança (arts. 1.798 a 1.800, CC) e à doação (art. 542, CC), bem como em direito à estipulação em favor de terceiros, a exemplo do seguro de vida¹²⁴ e o direito à prestação alimentícia (Lei 11.804/08). Nesses casos, como o nascituro não pode atuar como parte legítima para assegurar os seus direitos, é lhe nomeado um curador (art. 1.779, CC), porém é reconhecida a capacidade para ser parte em uma relação jurídica processual.

Dentre o rol de direitos assegurados ao nascituro, pode-se afirmar que não se trata de um rol taxativo, uma vez que a jurisprudência vem admitindo, em favor do nascituro, direitos não expressos em lei. A jurisprudência vem concedendo direito à reparação por danos morais suportados pelo nascituro. Assim, é possível o nascituro pleitear indenização por danos imateriais. O Superior Tribunal de Justiça¹²⁵ reconheceu o direito de um filho requerer indenização pela morte de seu pai, em decorrência de um fato ocorrido antes de seu nascimento, ou seja, quando ainda era nascituro.

Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição fêrrea. 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 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 dar solução jurisdicional.

¹²³ BRASIL, op. cit.

¹²⁴ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito civil – LICC e parte geral**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 119.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 399.028/São Paulo**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 26.02.2002, DJ 15.04.2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25 de julho de 2010, p. 232.

Fica assegurado ao nascituro a tutela dos seus direitos os quais só serão efetivados quando do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito que surge concomitantemente com o início da gestação e perdura até o momento do nascimento, quando o nascituro se torna pessoa natural e adquire em caráter definitivo a titularidade dos seus direitos.

2.4 Distinção ou equivalência entre embrião e nascituro

A conceituação de embrião e de nascituro como apresentada até aqui não é uníssona. Há doutrinadores que atribuem significações distintas a esses institutos, diferenciando-os e atribuindo a eles graus diferenciados de capacidade jurídica, como já observado. Por outro lado, há os que entendem ser irrelevante uma diferenciação conceitual que limite os estágios de desenvolvimento humano. Nesse caso, embrião e nascituro são o mesmo instituto, não havendo distinção entre eles, sendo ambos merecedores da mesma tutela jurídica.

Maria Helena Diniz conceitua embrião como sendo o produto da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, sendo sua vida extra-uterina¹²⁶; diferentemente de nascituro, que é aquele ser já concebido no ventre materno, ou seja, possui vida intra-uterina.

No mesmo sentido, Heloísa Helena Barboza esclarece que “a figura do nascituro não se confunde com o embrião, merecendo ambos tratamento diferenciado, principalmente no tocante aos direitos sucessórios”¹²⁷. Com a introdução do embrião no útero da mulher, ele deixa de ser um amontoado de células, alcançando desenvolvimento físico, passando a adquirir forma humana. Nesse estágio, a vida humana passa a ser chamada de nascituro.

Por defender essa tese, a autora Maria Helena Diniz formulou proposta legislativa de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiuza (projeto de Lei n.º 6.960/2002, apresentado em 12 de junho de 2002), alterando a composição do então art. 2º do Código Civil, que passaria a ter

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. I. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192.

¹²⁷ 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, *apud* TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 83-104, p. 87.

a seguinte redação “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro”. Esse entendimento diferencia os entes nascituro e embrião, mas os reconhecem enquanto sujeito de direito¹²⁸.

No entanto, tal proposta legislativa foi vetada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação na Câmara dos Deputados. O então Deputado Relator Vicente Arruda justificou seu veto nos seguintes termos

A introdução do termo embrião, que certamente está contido no conceito de nascituro, só pode pretender assegurar o direito ao embrião concebido fora do útero materno. Parece-nos, a bem da prudência, que a matéria deva ser tratada em legislação especial, a ser elaborada com todo o critério, porquanto a matéria envolve inúmeros aspectos técnicos e éticos que refogem ao Direito. Colocá-la, desde já, no Código, seria temerário, haja vista as conseqüências jurídicas que daí adviriam, como, por exemplo, as atinentes ao direito sucessório. Pela rejeição ¹²⁹.

As razões do veto decorreram do fato do então deputado entender que os termos embrião e nascituro são sinônimos. A doutrinadora Silmara Juny Chinelato¹³⁰ também entende que o termo nascituro engloba a figura do embrião. Para esse conceito, nascituro é o fruto da concepção, independentemente de onde ocorre o fenômeno da fecundação. O conceito de nascituro como ser presente no útero materno é restritivo e acaba por ser coincidente com o estado de gravidez.

Assim, o conceito de nascituro que limita o espaço físico ao útero materno perde sua denotação de fruto da fecundação, isto é, ser decorrente da junção do gameta masculino (espermatozóide) com o gameta feminino (óvulo) para formar o chamado zigoto, primeira célula humana, mas passa a se referir apenas aos casos em que há gravidez confirmada. Por esse conceito, a figura do nascituro passa a coincidir com a garantia da viabilidade de desenvolvimento humano, mas iniciar a proteção a partir da possibilidade de viabilidade é negar a qualidade intrínseca do ser humano, a qual decorre da fusão dos gametas e não no momento posterior da gravidez ¹³¹.

¹²⁸ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36.

¹²⁹ TARTUCE, op. cit., p. 86 e 88.

¹³⁰ CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 43-81, p. 48.

¹³¹ Idem, p. 59.

Stela Barbas complementa afirmando que o processo embrionário é contínuo, iniciando-se com a concepção e prosseguindo até o momento do nascimento, sem se findar neste. Com isso, o embrião já é um ser humano único, mesmo sendo composto ainda de pequenas células. O estágio prematuro das células não faz do embrião menos ser humano que o ser já nascido, composto por um conjunto muito mais complexo, já maior de células diferenciadas e dispostas ordenadamente que compõem os tecidos e órgão¹³².

No mesmo sentido, a autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹³³ argumenta que o conceito de embrião está contido no conceito de nascituro, sendo, pois, o nascituro um estágio de evolução do ovo já fecundado. Assim, o tradicional conceito de nascituro como ser concebido, mas ainda não nascido, tem seu marco inicial com a concepção, independente do local onde esta ocorreu – no ventre materno ou no laboratório. Esse novo entendimento decorre dos avanços biotecnológicos que possibilitaram a ocorrência do fenômeno da concepção num local diferente do corpo humano. Com isso, o conceito tradicional de nascituro também foi alterado, não fazendo qualquer distinção quanto ao ambiente da fecundação.

Para essa linha de pensamento, o conceito de nascituro abarca, portanto, o conceito de embrião, sendo este apenas uma fase de desenvolvimento do ovo fecundado. Mesmo que localizado fora do corpo materno, o embrião está concebido, sendo possível conferir a ele todos os direitos atribuídos ao nascituro¹³⁴.

Shirley Mitacoré de Souza e Souza Lima¹³⁵ argumenta que o fato do embrião ser laboratorial apenas o adjetiva, em nada alterando sua essência, sendo, portanto, o embrião desenvolvido no útero materno idêntico em formação e potencialidade com o embrião *in*

¹³² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 74-75.

¹³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biológicas e o direito das sucessões. 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, *apud* TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 83-104, p. 88.

¹³⁴ *Idem*, p. 88. Seria possível a herança a esses embriões concebidos, mas ainda não introduzidos no útero pelo disposto no art. 1.798 do Código Civil, onde se admite, como legitimado a suceder tanto o nascituro como também aqueles concebidos ao tempo da abertura da sucessão.

¹³⁵ LIMA, Shirley Mitacoré de Souza e Souza. Tratamento jurídico do embrião. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 788, 30 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7221>>. Acesso em: 05 mar. 2009, pp. 01-04, p. 01

vitro. O que diferencia esses dois tipos de embrião apenas é a viabilidade do embrião *in vitro* estar atrelada a sua implantação no útero, mas isso em nada o afasta da sua condição de nascituro.

Por todo o exposto, a pacificação do tema está longe de ocorrer, uma vez que o debate se funda em concepções pessoais dos doutrinadores, sem o respaldo em uma legislação definidora dos parâmetros de diferenciação dos estágios evolutivos.

Porém, entender como equivalentes os conceitos de embrião e nascituro, significa estender aos embriões, principalmente aos embriões *in vitro* a titularidades de direitos, principalmente os direitos de ordem patrimonial¹³⁶. Além disso, esses embriões estariam resguardados pelo direito à vida, impossibilitando qualquer intervenção no tocante às pesquisas com células tronco embrionárias. Ocorre que essa possibilidade de destruição para fins de pesquisa e terapia já existe, e foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0 como legítima, desde que atendidas as exigências expressas na Lei de Biossegurança.

Assim, comunga-se da idéia de que cada estágio embrionário é distinto, não quanto à essência humana intrínseca em cada um deles, mas quanto à capacidade de possuir direitos e obrigações. O direito resguarda a proteção jurídica numa escala evolutiva, conforme o próprio desenvolvimento humano. Não se trata de um ser mais humano que outro. Todos, quanto à natureza humana, são iguais, merecedores do princípio da dignidade humana. Diferentemente, o leque de direitos assegurados (capacidade de possuir direitos e deveres) é diretamente proporcional ao evoluir de cada estágio embrionário, uma vez que a viabilidade de uma futura pessoa vai se concretizando e, tão logo, as feições humanas vão surgindo.

Não é salutar ignorar a questão da viabilidade humana, principalmente ante os embriões *in vitro*. A futura viabilidade desse embrião está vinculada a vontade de terceiros (médico e genitores) para que possam ser implantados no útero. Logo, não devem ser reconhecido a eles todos os direitos previstos em lei em benefício do nascituro, sendo, portanto, institutos distintos.

Essas questões suscitadas para elucidar a problemática que contorna o embrião *in vitro*, o embrião *in vivo* e o nascituro carecem de uma resposta jurídica. O atual ordenamento

¹³⁶ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 132.

posto não responde claramente a essas nuances que perpassam os estágios mais primitivos da vida humana. Quando a simples subsunção do texto normativo à realidade fática não apresenta uma solução, estar-se-á diante de um caso difícil. A mera aplicação mecânica da lei que protege a vida humana a partir do nascimento coloca em choque a idéia de valores morais da sociedade.

Não se trata de uma superação completa do paradigma do positivismo, mas, uma vez que os cânones clássicos da hermenêutica não servem para explicar o caso concreto, é necessária a abertura da interpretação normativa, principalmente dos princípios já existentes no ordenamento jurídico, para um melhor enquadramento dos fatos à hipótese legal vigente. Trata-se da utilização da ponderação, em detrimento da mera subsunção.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: desafios e propostas a sua proteção e aplicação

3.1 A fundamentação ética dos Direitos Fundamentais

É difícil uma conceituação precisa acerca do significado dos Direitos Fundamentais, visto que mutável com o passar do seu processo histórico. Trata-se de direitos essenciais à manutenção da dignidade humana, que surgiram juntamente com o processo evolutivo do homem, sendo obrigatório ao Estado assegurá-los a todos os cidadãos. São direitos desejáveis ao homem e que, em determinado momento histórico, foram perseguidos até serem reconhecidos.

Norberto Bobbio¹³⁷ afirma que os Direitos Fundamentais surgiram, e surgem ainda, das necessidades decorrentes das mudanças de condições sociais e, somente, quando o desenvolvimento técnico permite. São, portanto, direitos históricos, decorrentes das conquistas humanas em defesa de novas liberdades, contra a opressão dos poderes, quando há o aumento do homem frente a outro homem, e que surgem de forma gradual. Decorrem, também, do avanço do progresso científico, que acaba por gerar novas ameaças.

Desde o surgimento dos Direitos Fundamentais nos textos constitucionais, foram observadas, no decorrer histórico, progressivas mudanças no que concerne ao conteúdo, titularidade e eficácia. Assim, os Direitos Fundamentais são direitos históricos, que nasceram gradualmente da tentativa de emancipação do homem. A doutrina convencionou chamar essas alterações em gerações ou dimensões dos Direitos Fundamentais. Apesar dos variados entendimentos acerca da quantidade de dimensões existentes, e do conteúdo referente a elas, pode-se dizer que há certo consenso doutrinário no que se refere à compreensão das três primeiras.

A primeira dimensão¹³⁸ do direito corresponde aos direitos individuais de liberdade e aos direitos políticos, trata-se de um não-agir do Estado, limitando a sua atuação, frente ao indivíduo. Destacam-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. No aspecto político, surgem os direitos ao voto e à participação política.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05-07.

¹³⁸ Idem, p. 24.

A segunda dimensão¹³⁹ consagrou os direitos sociais de igualdade, configurando um agir positivo do Estado. Decorre do processo de industrialização e, por conseqüência, dos graves problemas sociais e econômicos. A atuação do Estado nasce, justamente, para promover uma justiça social. Houve o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores.

Já os direitos de terceira dimensão¹⁴⁰ consagraram uma categoria heterogênea de direitos. Também são reconhecidos como direitos de fraternidade e solidariedade. Há a não vinculação de direitos a um indivíduo específico, mas busca-se proteger a coletividade. Destacam-se os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida.

Ainda no âmbito da terceira dimensão, é possível identificar a defesa de alguns autores pela proteção ao patrimônio genético, ao direito a uma morte digna, ao direito à mudança sexual. Porém, a prevalência da doutrina é no sentido de abarcar todos os direitos relacionados à biotecnologia e à engenharia genética num outro grupo, ou seja, numa quarta dimensão¹⁴¹. Assim, esses novos direitos seriam contemplados por uma quarta categoria de Direitos Fundamentais, destacando-se as pesquisas biológicas e a manipulação do patrimônio genético¹⁴².

Olga Jubert Gouveia Krell¹⁴³ reconhece como marco introdutório dessa nova categoria de Direitos Fundamentais, pautados na proteção do patrimônio genético, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997. A partir dessa declaração, reconheceu-se, no campo da biologia e da genética, a existência de Direitos Humanos, constituindo, assim, uma positivação do Biodireito.

Sob a ótica dos Direitos Fundamentais de quarta geração, a proteção jurídica da vida humana deve ser reinterpretada. Com isso, o direito de proteção à vida deve ser transmutado para a nova quarta dimensão dos Direitos Fundamentais. Porém, com essa transição, a idéia de proteção à vida humana deve ser modificada. Ingo Sarlet¹⁴⁴, entretanto, afirma que os direitos de quarta dimensão decorrem de uma reinterpretação do princípio da dignidade da

¹³⁹ Idem, p. 25. Também em, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

¹⁴⁰ BOBBIO, op. cit., p. 28. No mesmo sentido, SARLET, op. cit., p. 56.

¹⁴¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

¹⁴² SARLET, op. cit., p. 59.

¹⁴³ KRELL, op. cit., p. 77.

¹⁴⁴ SARLET, op. cit., p. 57.

pessoa humana. Assim, não mais seriam do que uma nova apresentação dos direitos já assegurados pela idéia de liberdade.

Como é possível perceber, as dimensões dos Direitos Fundamentais correspondem uma evolução do homem enquanto ser integrante de uma sociedade. É perceptível que os Direitos Fundamentais estão em transformação, podendo surgir novos direitos desde que haja a necessidade da comunidade em protegê-los. Apesar da aparente simplicidade da idéia dos Direitos Fundamentais dos homens, sua realização prática tem apresentado enormes dificuldades. A era contemporânea tem conhecido as violações e transgressões mais brutais.

Enquanto que a posse e o exercício dos Direitos Fundamentais correspondem aos homens e aos grupos sociais, o seu reconhecimento, garantia e condições para a efetiva implementação, no sentido jurídico-político, pertencem ao Estado. Assim, o poder político exerce, muitas vezes, essa dupla face de garantidor e transgressor dos Direitos Humanos Fundamentais no momento em que não positiva as novas questões que prescindem de uma solução.

A defesa dos Direitos Humanos se apresenta como um autêntico desafio moral dos nossos tempos, como o processo garantidor da dignidade dos seres humanos contra todo tipo de alienação e manipulação (política, cultural, econômica). Por essas razões, não é estranho para muitos estudiosos que a teoria dos Direitos Humanos se apresente como uma reflexão histórica das exigências contemporâneas de Justiça. Assim, surgem as teorias da fundamentação dos Direitos Humanos, a fim de explicar racionalmente a existência desses direitos.

Para o positivismo jurídico, os Direitos Fundamentais são apenas aqueles reconhecidos pela ordem jurídica vigente e positivados através de uma norma jurídica. Afasta-se qualquer elemento estranho ao direito. A fundamentação positivista dos Direitos Fundamentais serviu para legitimar as primeiras constituições escritas, onde o que importava era o direito posto, sem qualquer interferência valorativa na interpretação desses direitos¹⁴⁵. Ocorre que a observância estrita ao texto normativo, prevalecendo o culto ao formalismo, sem o cuidado ao conteúdo material do texto a ser veiculado na norma deflagrou a realização de

¹⁴⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html. pp. 01-19. Acesso em: 05 de agosto de 2011, p. 01.

barbáries, a exemplo do período nazista. Bastava-se tão somente a observância à formalidade na elaboração da norma para que a mesma tivesse validade¹⁴⁶.

Em contraponto ao positivismo jurídico, tem-se a fundamentação jusnaturalista na qual o homem, em decorrência de sua essência, possui certos Direitos Fundamentais inalienáveis, anteriores (por sua natureza) e superiores a sociedade, e por eles mesmos nasce e se desenvolve a vida social, com todos os direitos e deveres envolvidos¹⁴⁷. Deriva da crença em um Direito Natural diferente do Direito Positivo, sendo o primeiro um direito universal deduzido da própria natureza humana.

Sem ter a pretensão de aprofundar a temática, apenas para clarificar a discussão, o positivismo jurídico proposto por Hart¹⁴⁸ possibilita uma margem de discricionariedade jurídica no momento da decisão, porém, essa abertura deve estar positivada, incorporada ao ordenamento jurídico, sendo impossível a introdução de novas decisões pautadas em juízos morais não positivados, isso prejudicaria a objetividade da decisão judicial. Essa é a crítica de Dworkin¹⁴⁹ em relação ao positivismo. Ele entende que a moral anda junto com o Direito e quando não é possível localizar a decisão no Direito, o jurista deve decidir tendo por fundamento um valor moral decorrente do consenso geral dos juristas, ou seja, é possível introduzir diretrizes extrajurídicas para buscar uma solução.

Mas, na sociedade moderna, racional, o Direito não pode mais ser explicado sob a ótica meramente normativista, renegando a compreensão moral. A interpretação de um princípio constitucional, cujo conteúdo decorre de um valor moral, vai além da análise do seu teor literal, este funciona apenas como vetor interpretativo limitando as hipóteses de concretização¹⁵⁰. Essa abertura da interpretação rompe com o paradigma do positivismo ao possibilitar a inserção de elementos extrajurídicos para compor o processo hermenêutico.

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. pp. 113-148. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 117.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ, Eusébio. El problema del fundamento de los derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos**. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1982, pp. 73-112, p. 79.

¹⁴⁸ Para uma maior compreensão da teoria positivista proposta pelo autor: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁴⁹ Para um maior esclarecimento acerca do posicionamento do autor: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Trad.: Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

De outro modo, a partir do pluralismo ideológico, a noção de direito inato decorrente da fundamentação jusnaturalista não mais justifica os Direitos Fundamentais¹⁵¹. Principalmente com os avanços da biotecnologia, cujos valores morais e as regras éticas que permeiam as pesquisas biológicas se formalizam juridicamente num novo ramo do saber, o Biodireito, surge a fundamentação ética dos Direitos Fundamentais, para fixar os parâmetros éticos das pesquisas biocientíficas, através do reexame dos princípios da Bioética, sob a forma de normas jurídicas.

A história dos povos serviu de base para o surgimento da fundamentação ética dos Direitos Fundamentais. As experiências genéticas realizadas por médicos nos campos de concentração nazistas, as aberrações decorrentes do regime totalitário, despertaram a necessidade de recuperar a relação entre a Moral e o Direito. No tocante à reprodução humana assistida, várias experiências foram realizadas com a intenção de superar as mazelas humanas, através de cruzamento de dados genéticos¹⁵².

A crise ética resultante dos avanços frenéticos pelas pesquisas biológicas, sem o devido cuidado com o ser humano, fez com que surgissem princípios morais, para, logo após, serem formuladas normas jurídicas regulamentadoras das pesquisas biotecnológicas¹⁵³. Não se trata da superação do paradigma do positivismo jurídico, apenas o retorno aos valores morais que permeiam a sociedade e que possibilitam, em casos em que a mera subsunção do texto normativo à realidade fática não apresenta uma única decisão (coexistência de princípios colidentes), a sustentação de uma decisão calcada num critério mínimo de objetividade e validade moral.

Assim, o texto constitucional passa a consagrar direitos fundamentais e princípios cuja base decorre da idéia de moralidade. Isso significa que o ordenamento jurídico passa a abarcar

¹⁵¹ SARMENTO, op. cit., p. 118.

¹⁵² SANTOS, Emerson Martins dos. O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido “in vitro”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**. n. 12. jul./dez. 2008, pp. 55-101, p. 59.

¹⁵³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html. pp. 01-19. Acesso em: 05 de agosto de 2011, p. 04.

princípios dotados de forte conteúdo moral, reconhecendo-se a ordem de valores sobre a qual se assenta uma comunidade¹⁵⁴.

Sob o prisma da fundamentação ética, os Direitos Fundamentais são os direitos intimamente ligados com a idéia de dignidade humana. Sua defesa se apresenta como um desafio moral no atual estágio de desenvolvimento tecnológico, como o processo garantidor da dignidade dos seres humanos contra todo tipo de alienação e manipulação¹⁵⁵. A fundamentação ética ou axiológica dos Direitos Humanos Fundamentais parte da tese de que a origem e justificação dos Direitos Fundamentais não podem ser jurídicas, mas sim prévia ao Direito. O Direito (entenda-se, Direito Positivo) não cria os Direitos Humanos. A criação dos Direitos Humanos Fundamentais está no reconhecimento das normas morais, dos valores sociais, na transformação destes em norma jurídica, sem o qual, não teriam efetividade¹⁵⁶.

Os valores possuem caráter axiológico, exprimindo um julgamento de bom acerca das coisas. Somente se revestem do caráter deontológico, constituindo um dever ser e, portanto passando a ter relevância jurídica, a partir do momento em que se positivam em princípios jurídicos¹⁵⁷. Os Direitos Humanos, assim, são exigências derivadas da própria idéia de dignidade, cujo fundamento não pode ser mais do que um fundamento ético, axiológico ou valorativo em torno das exigências que se consideram imprescindíveis, como condições inescusáveis, de uma vida digna.

Porém, a partir do momento em que o texto constitucional brasileiro adotou uma forte concepção principiológica, o Poder Judiciário se reveste de uma atuação mais concreta, atuando como um intérprete criativo a fim de conferir a proteção e a promoção desses direitos¹⁵⁸. Isso decorre da vagueza semântica com que se apresentam esses valores postos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, que pode servir tanto como argumento para legitimar a destruição de embriões para fins de pesquisa e terapia em benefício das pessoas que esperam um tratamento médico para viver com dignidade, como tal princípio também

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. pp. 113-148. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 120.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ, Eusébio. El problema del fundamento de los derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos**. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1982, pp. 73-112.

¹⁵⁶ Idem, p. 97.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 153.

¹⁵⁸ SARMENTO, op. cit., p. 129.

serve para coibir as pesquisas científicas afirmando serem atentatórias à dignidade já presente no ser em formação.

A partir do reconhecimento das normas morais em normas jurídicas, inegável o reconhecimento da força normativa dos valores, o que confere a abertura da interpretação dos dispositivos, as quais devem ser analisadas sempre sob a ótica da justiça, estreitando-se a relação entre o Direito e a Moral. Porém, em face dessa abertura interpretativa, é possível que, nos casos concretos, os juízes, vislumbrados com a possibilidade ampla da decisão, decidam sem a observância mínima de um critério racional, aplicando o seu próprio convencimento acerca do que entendem por justiça¹⁵⁹.

Robert Alexy¹⁶⁰ defende o trabalho interpretativo do jurista, o qual deve revelar o significado e alcance de uma expressão normativa pautada num valor. Afirma ainda que a escolha do sentido a ser conferido à norma envolve elementos discricionários, o que pode acarretar em decisões arbitrárias. Para evitá-las, os juízes devem fundamentar suas decisões em argumentos racionais que acabam por delimitar o limiar de abertura interpretativa dos conceitos valorativos.

Com isso, a moral passa a ser entendida enquanto elemento que compõe a hermenêutica constitucional. Não a moral enquanto elemento mutável na sociedade, mero juízo de justiça, mas a moral interligada com o direito, sob a roupagem de certa objetividade, pautada num mínimo ético. Para a validade de uma norma, não basta a análise puramente jurídica das etapas da sua criação, é preciso averiguar se a norma possui validade no âmbito moral. A fundamentação ética dos Direitos Fundamentais possibilitou a flexibilização do formalismo jurídico, reconhecendo o valor moral das normas como critério de validade das mesmas. Mas para o reconhecimento do valor moral das normas é preciso atribuir um mínimo de objetividade, através da sua positivação em princípios jurídicos¹⁶¹.

Por esta fundamentação, os Direitos Humanos aparecem como positivação dos direitos morais, ou seja, como exigências éticas e direitos que os homens possuem pelo simples fato

¹⁵⁹ Idem, p. 144.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 34.

¹⁶¹ DUARTE, Écio Oto. Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no Direito. Uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, pp. 199-231, p. 203 e ss.

de serem homens e, portanto, com igual direito ao seu reconhecimento, proteção e garantia. O adjetivo “moral” aplicado ao direito representa tanto a idéia de fundamentação ética, como uma limitação ao número de conteúdo dos direitos que se pode compreender dentro do conceito de Direitos Humanos. Segundo essa corrente doutrinária, somente os direitos morais podem ser considerados Direitos Humanos Fundamentais¹⁶². Surge, então, uma nova justificação para os Direitos Humanos, pautados na universalização dos direitos morais, fundados na concepção ética do Direito.

Traçando um paralelo entre o exposto e a proteção jurídica do embrião e do nascituro, tem-se o direito moral à vida positivado no ordenamento jurídico brasileiro. A vida humana é um valor a ser protegido juridicamente. Esse valor não se encontra nos genes, não decorre do evoluir dos estágios embrionários, decorre, sim, de uma concepção cultural, da tradição humana. O valor ético da vida não pode ser mensurado. Os biomédicos, quanto à manipulação genética, podem revelar os aspectos bioquímicos e biofísicos do embrião, mas não podem revelar o valor intrínseco nas combinações genéticas, no nascer de uma nova vida.

Esse conceito valorativo da vida humana é cultural, vai desde a concepção de Dworkin acerca da sacralização da vida, até a idéia fisiológica de combinações e arranjos genéticos automáticos. Nenhum entendimento deve ser ignorado, muito menos ser reduzido em detrimento do outro. O valor da vida humana decorre da magnitude da tradição social que recebe influências tanto da religião como da ciência¹⁶³. Assim, resta saber como definir juridicamente os limites da proteção à vida humana do ser em formação.

3.2 Proteção ao patrimônio genético: um novo desafio à luz das normas internacionais

A evolução da biologia tornou possível a criação de seres humanos em laboratórios, através das técnicas de reprodução humana assistida. Ante as primeiras células de um homem, a ciência descobriu o genoma humano, recaindo seus estudos para as mais diversas formas de

¹⁶² FERNÁNDEZ, Eusébio. El problema del fundamento de los derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos**. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982, pp. 73-112, p. 98-99.

¹⁶³ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6º ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1995, p. 70.

combinações genéticas. A possibilidade de criar, brincar de Deus, na acepção de Habermas¹⁶⁴, fez do homem cientista o dono do próprio futuro alheio, tendo a possibilidade real de mudar as características genéticas do seu semelhante.

Pode-se prever o final da história de vida de cada um antes mesmo do seu nascimento. Essa premonição pessimista da sociedade fez surgir um novo conflito no âmbito dos Direitos Fundamentais: a necessidade de preservar às raízes genéticas, sem a interferência humana, ou seja, a proteção ao patrimônio genético não-manipulado.

O patrimônio genético é difícil de ser conceituado, ante a complexidade de se limitar o seu objeto. Num sentido universal, patrimônio genético seria a totalidade de componentes físicos, psíquicos e culturais que perfazem um ser humano. Todos esses componentes sofrem diversas mutações com o passar das gerações, de modo que cada ser humano é diferente dos demais¹⁶⁵. Essa singularidade do homem faz com que a sua identidade genética seja única, motivo pela qual deve ser protegida¹⁶⁶.

O direito ao patrimônio genético consiste na garantia de cada homem nascer com suas características inerentes, através das mais diversas combinações genéticas possíveis, sem qualquer tipo de manipulação exterior. Isso assegura ao homem o poder de se auto-determinar, de se conduzir livremente, de acordo com a sua própria razão. Configura “a pessoa como autônoma criadora de si própria”¹⁶⁷.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO, assinada pelo Brasil, proclamou o genoma humano como patrimônio comum da humanidade¹⁶⁸. Nasce, então, uma proteção internacional, para o material genético humano. Uma vez manipulado o gene de um embrião, todas as suas

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 30.

¹⁶⁵ Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. **Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos**. Comissão Nacional da UNESCO. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2011. Brasília, 1997. Adotada unanimemente por aclamação em 11 de novembro de 1997 pela 29ª sessão da Conferência Geral da UNESCO. “**Artigo 3:** O genoma humano, evolutivo por natureza, é sujeito a mutações. Contém potencialidades expressadas de formas diversas conforme o ambiente natural e social de cada indivíduo, incluindo seu estado de saúde, condições de vida, nutrição e educação”.

¹⁶⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 17.

¹⁶⁷ Idem, p. 19.

¹⁶⁸ “Artigo 1: O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”.

qualidades, suas atitudes, seus hábitos são modificados, alterando o próprio destino do ser a nascer. Numa visão mais extremada, alterar a disposição genética pode findar em alterações de todas as características de uma comunidade, comprometendo o patrimônio da humanidade, aniquilando o homem enquanto tal¹⁶⁹.

O avanço tecnológico se tornou hoje uma ameaça. Afastando-se do fim que propulsionou o seu início (a felicidade humana), a pesquisa avança sobre um caminho ainda não regulamentado, onde a ética tradicional não consegue delimitar o regramento do “bem” e do “mal”, as quais serviriam de freios às possíveis criações. Hans Jonas¹⁷⁰ denomina esse fenômeno de “heurística do medo”, onde só será possível delimitar o campo de proteção quando o objeto a ser protegido não mais existir, sob a mesma essência e integridade.

A proteção internacional ao patrimônio genético, cujo caráter é de Direito Fundamental, possui essência supraestatal, decorrente do Direito Internacional Público, “é direito *humano*, no mais alto grau de extensão”¹⁷¹. As Declarações de Direito apontam os princípios que a comunidade elege, seja pela tradição, seja pela relevância moral de determinado contexto histórico. São direitos reconhecidos ao ser humano, enquanto valor supremo da ordem jurídica, de modo que nenhuma lei possa ser interpretada em desacordo com os preceitos das Declarações de Direito¹⁷².

O artigo 10 da referida declaração¹⁷³, eleva à supremacia dos Direitos Fundamentais, a dignidade do ser já existente no embrião laboratorial, dotado de patrimônio genético único, em detrimento da pesquisa genética envolvendo embriões humanos. Assim, a proteção ao patrimônio genético é um Direito Fundamental supraestatal, nascido fora do Estado brasileiro, mas reconhecido por este, quando da adesão da declaração. O Brasil também assinou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada unanimemente por aclamação em 11 de novembro de 1997 pela 29ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, a qual, em seu

¹⁶⁹ BARBAS, op. cit., p. 112.

¹⁷⁰ JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 21

¹⁷¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Tomo IV**. São Paulo: RT, 1967, p.622.

¹⁷² Idem, p.628.

¹⁷³ “Artigo 10: Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos”.

artigo 4^o¹⁷⁴, protege a vida desde sua concepção, ou seja, resguarda a proteção do embrião humano.

Em contrapartida, a pesquisa que envolve os embriões humanos pode gerar um bem estar para toda a comunidade no tocante às descobertas de curas para doenças ligadas a fatores genéticos¹⁷⁵. Uma vez não utilizados no projeto parental, os embriões *in vitro* ficam congelados até serem descartados, aniquilando esse potencial terapêutico que possuem. As pesquisas sobre o genoma humano e seus resultados ampliam a possibilidade de progresso na melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo. Seria uma solução mais humanitária a ser atribuída a esses embriões que não terão a possibilidade de gerar uma pessoa humana caso não sejam implantados ao útero materno. Além disso, com o passar do tempo de congelamento, os embriões perdem a sua viabilidade sendo, também, descartados.

Apesar dessa face humanitária, as pesquisas devem ser restringidas para não ferir a dignidade da natureza humana presente nos embriões e o modo como essa proteção deve ocorrer decorre da idéia de “ética do respeito”¹⁷⁶. O Princípio da Responsabilidade surge para tornar incólume para o homem seu mundo, sua essência, frente aos abusos decorrentes do poder do próprio homem.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em seu artigo 2^o¹⁷⁷, reconhece a importância das pesquisas científicas, mas ressalta que essas pesquisas devem ser pautadas pelos princípios éticos e pelo respeito à dignidade humana. E segue no artigo 3^o, quando trata dos princípios, que “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”.

A comunidade internacional não está inerte ante aos avanços científicos no campo da engenharia genética. E o Brasil, enquanto signatário dessas declarações, deve atender aos seus ditames. Essa preocupação com o patrimônio genético remonta as descobertas científicas que

¹⁷⁴ “Artigo 4. 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”.

¹⁷⁵ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6^o ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1995, p. 206. “Os pesquisadores falam hoje da existência de aproximadamente 6.000 doenças genéticas”.

¹⁷⁶ JONAS, op. cit., p. 21 e ss.

¹⁷⁷ “Artigo 2. (d) reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.

possibilitaram a criação de embriões humanos em laboratórios. A manipulação desses embriões faz surgir a dúvida acerca do estatuto jurídico desses entes, se poderiam os embriões ser utilizados para fins de pesquisa como mero material biológico, sem serem protegidos pelo direito à vida. Esse permissivo não contrariaria seu caráter de sujeito de direito, merecedor da tutela da dignidade à vida humana, não significaria uma instrumentalização, onde o sujeito embrião serviria apenas como objeto de pesquisa?

No momento em que a liberdade do conhecimento científico interfere no direito essencial e inalienável de proteção à vida humana, torna salutar o debate acerca das graves conseqüências dessa ingerência para toda a humanidade. O risco de instrumentalizar o ser humano, tornando-o meio de um propósito científico, enfraquece a própria idéia de homem enquanto fim precípua de toda a ordem normativa¹⁷⁸. Segundo Stela Barbas¹⁷⁹, a possibilidade de eliminar os embriões aliada ao querer humano para esse mesmo fim, dispondo daquele ser que, geneticamente já é semelhante ao homem adulto, é, ontologicamente, renunciar a própria condição humana.

As alterações decorrentes da mudança tecnológica geram um caráter cumulativo, ou seja, as situações vivenciadas não são mais as mesmas que as iniciais, modificando as circunstâncias de modo que os resultados obtidos transformam a realidade, ensejando condições sem precedentes e repercutindo efeitos para todos¹⁸⁰. Por essas circunstâncias, o saber científico possui tamanha magnitude. Trata-se de um dever ético que deve levar em consideração a espécie humana como um todo, inclusive de modo que garanta a existência das espécies futuras.

Antigamente a tecnologia era uma melhoria cobrada pela própria sociedade, um contributo. Hoje, as técnicas são escolhas da sociedade, não mais necessidades. Em virtude disso, o avanço científico assume um novo significado ético na vida humana, modificando o agir humano. O Estado passa a regulamentar esse novo agir humano, legislando sobre matérias outrora desconhecidas, impondo um freio aos avanços, de modo que garanta a

¹⁷⁸ SANTOS, Emerson Martins dos. O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido “in vitro”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**. n. 12. jul./dez. 2008, pp. 55-101, p. 67.

¹⁷⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 90.

¹⁸⁰ JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 40.

existência das futuras gerações. Isso representa uma alteração na natureza política da comunidade¹⁸¹.

Ocorre que o conceito de embrião enquanto ser humano merecedor de toda a proteção jurídica conferida àqueles já nascidos é controverso. Nem jurídica, nem biologicamente existem argumentos definitivos, acatados por toda a sociedade, que permitam afirmar que o embrião é um ser humano protegido pelo direito absoluto à vida. Por consequência, o direito à vida assegurado ao embrião fica condicionado ao pensamento filosófico adotado, quer se defina embrião como mero material genético, podendo ser tratado como coisa, permitindo a sua criação artificial, manipulação e destruição; ou quer o defina como ser humano, no seu estágio mais primitivo, logo merecedor de uma tutela jurídica diferenciada, uma vez que nessa célula prematura já há vida humana¹⁸².

Para a Bioética¹⁸³, existem três teorias para explicar o trabalho do cientista frente à proteção da vida humana. Sob a perspectiva utilitarista, o cientista tem a liberdade absoluta de agir em nome da ciência, sem qualquer limitação pela filosofia, pela ética, pela religião e pela política. Para a teoria naturalista, o homem, logo o cientista também, é mero admirador da natureza, não podendo interferir no processo natural, apenas contemplá-lo. Esse modelo, numa visão mais extremista, veda qualquer intervenção na natureza, qualquer manipulação genética que altere o ciclo natural da vida. Por outro lado, sob uma ótica mais moderada, faculta ao cientista a possibilidade de intervir na natureza, desde que essa intervenção seja benéfica.

A teoria antropocósmica defende a interação entre os saberes científico, filosófico e ético, com a intenção de interpretar o ser humano na sua relação com o meio ambiente. Isso decorre da inter-relação entre o saber científico e o meio no qual está inserido, num diálogo entre a ciência e a sociedade¹⁸⁴. Assim, atrelando essa visão à teoria moderada da Bioética, é possível a manipulação genética para fins de pesquisa e terapia, desde que se respeitando os

¹⁸¹ Idem, p. 43-44.

¹⁸² LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 329-359, p. 348. “[...] a vida não se limita às determinações legais feitas ao seu respeito, nem tampouco as definições de homem ou de pessoa devem permanecer restritas ao caráter conceitual, porto que jamais se poderá reduzir a complexidade da criatura humana em sua integridade a meros critérios técnicos”.

¹⁸³ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6º ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1995, p. 32. Bioética é o estudo sistematizado da ação humana no âmbito da ciência da vida, analisada sob os princípios morais.

¹⁸⁴ Idem, pág. 73-76.

limites éticos impostos, uma vez que a comunidade científica e parte da comunidade social acreditam no sucesso desse tipo de intervenção.

Hans Jonas¹⁸⁵ não vê com bons olhos as pesquisas envolvendo o genoma humano. Defende que o avanço tecnológico alcançou tamanha proporção que a única solução é suprimi-lo. O poder do homem frente à tecnologia é tanto que ameaça a toda a humanidade, assim, deve ser revisto o conceito de responsabilidade em relação ao futuro em decorrência das ações presentes. Para o autor, a única solução é reduzir consideravelmente a aplicação e o progresso tecnológico. A questão da manipulação genética, também chamada de “controle genético dos homens futuros”, deve ser analisada sobre a questão do valor, do “valer-a-pena”. Até que ponto é válido ter a própria evolução humana nas mãos dos homens? Indaga-se se o homem possui esse direito, ou seja, se pode desempenhar esse papel de criador.

O progresso científico tem que atender aos anseios da totalidade dos interesses, não podendo interesses particulares colocar em risco interesses coletivos e futuros (gerações que ainda virão). Além disso, devem decorrer de necessidades, tendo por conseqüências resultados a serem usufruídos por todos, afinal os grandes riscos da tecnologia só se justificariam sob a finalidade de melhorias substanciais. Mas o que de fato ocorre é a verificação de pesquisas científicas cuja finalidade é a soberba de poucos, excedendo o campo da necessidade.

A Lei de Biossegurança permitiu a pesquisa, descrevendo quais embriões poderiam ser objeto de análise, mas não positivou os limites éticos a serem observados. Toda ética compartilha de certos pressupostos tacitamente acordados¹⁸⁶: a) a condição humana decorre do conjunto de todas as suas características fundamentais; b) assim, conhecendo-se o homem, é possível estabelecer o que lhe é bom; e, c) o alcance das ações humanas devem ser limitados por regras rigorosas. Com os avanços da biotecnologia, esses pressupostos foram afastados. A definição de homem não é plural e as regras éticas para delimitar o campo de atuação das pesquisas não foram positivadas, sem o qual não possuem efetividade.

¹⁸⁵ JONAS, op. cit., p. 60-61.

¹⁸⁶ JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006, p. 29.

Hans Jonas crê que há a primazia do mau prognóstico em detrimento do bom, sendo “necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação”¹⁸⁷. O princípio ético que fundamenta o prognóstico do desastre em detrimento do prognóstico da felicidade decorre da idéia de que a existência do homem não pode ser objeto de aposta. A simples possibilidade de risco para a essência do homem deve ser inaceitável uma vez que pode trazer conseqüências para toda a humanidade. Não se trata da vida de um paciente em particular, o que nem assim justificaria, mas de toda a espécie humana.

O princípio da responsabilidade defendido pelo autor obriga incondicionalmente o pesquisador a um olhar mais prudente sobre os possíveis resultados, uma vez que ele deve assumir a responsabilidade daquilo que virá. Um olhar sob a prudência moral torna o cerne do agir das pesquisas, mais ainda, de modo implícito, de toda a coletividade¹⁸⁸.

Stela Barbas maximiza a proteção à vida quando considera uma “desordem moral grave” qualquer conduta que vise à destruição do ser humano em fase embrionária. A vida humana não pode ser encarada como um elemento disponível para a concretização dos projetos científicos, por mais relevante que seja o propósito da pesquisa¹⁸⁹.

Ocorre que a supressão total da tecnologia prejudica o homem tanto quanto o seu uso irrestrito. Os avanços da biotecnologia devem ser recebidos como um progresso na história humana, porém, nem tudo aquilo que é tecnicamente factível e possível deve ser considerado bom, ético, admissível. Assim, deve ser remodelado o conceito de responsabilidade, de modo que os avanços tecnológicos sejam apreciados pelo crivo moral de toda a sociedade.

Inicialmente, deve se estabelecer a premissa que o princípio da responsabilidade não pode ser interpretado sob a idéia tradicional de direitos e deveres, decorrente da reciprocidade. Isso porque, esse princípio visa à proteção das gerações futuras, que ainda não reivindicam direitos e obrigações. A ética da responsabilidade visa à proteção daquilo que ainda não existe e que, portanto, não possuem direitos lesados. Trata-se de um dever com as gerações futuras no sentido de preservar o modo de ser, a sua condição humana.

¹⁸⁷ Idem, p. 77.

¹⁸⁸ JONAS, op. cit., p.87-88.

¹⁸⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 89.

A sociedade atual é responsável não pelo homem do futuro, mas pela perpetuação da idéia de homem, a qual exige uma corporificação no mundo. O princípio da responsabilidade serve como alerta para as pesquisas de modo que não intervenham nessa idéia comum de homem, a qual diz como deve sê-lo.

Deve-se repensar as possíveis conseqüências, sobre a humanidade, decorrentes das pesquisas. O critério dosador será a responsabilidade, entendida como solidariedade para com toda a sociedade. Desse modo, tem-se a responsabilidade quanto ao uso da biotecnologia, de modo a não afetar negativamente o futuro da espécie humana; tem-se a responsabilidade de preservar a unidade genética da comunidade, sendo irresponsável qualquer conduta que comprometa a perpetuação da natureza humana¹⁹⁰.

3.3 Proteção aos direitos sexuais e reprodutivos como Direitos Humanos

Antigamente, não se discutia acerca dos direitos sexuais, por entender que estas questões pertenciam ao âmbito doméstico, não sendo objeto de proteção pelo Estado. Com o aumento demográfico nas décadas de 1950 e 1960, o medo da explosão populacional possibilitou o surgimento das primeiras políticas públicas de disseminação dos métodos contraceptivos, de modo impositivo, contrariando a liberdade de escolha das mulheres. Contra a imposição estatal, os movimentos feministas se intensificaram reivindicando o direito de escolha e de liberdade das mulheres no que concerne aos assuntos sexuais e reprodutivos¹⁹¹.

Hoje, os direitos sexuais e os direitos reprodutivos são Direitos Fundamentais reconhecidos no campo do Direito Internacional Público. A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD)¹⁹², realizada no Cairo, Egito, de 05 a 13 de setembro de 1994, reuniu representantes de mais de 180 países e 1.254 organizações não-governamentais e reconheceu os chamados direitos sexuais reprodutivos enquanto Direitos Fundamentais.

¹⁹⁰ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6º ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1995, p. 208-209.

¹⁹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Saúde sexual e saúde reprodutiva**. Cadernos de Atenção Básica, n. 26. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 12.

¹⁹² NACIONES UNIDAS. **Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo**: el Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Nueva York: Naciones Unidas, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/572_filename_finalreport_icpd_spa.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

Nessa ocasião ficou acordado, dentre outros aspectos, a redução da mortalidade materna e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva.

No capítulo VII, parágrafo 7.3, a Conferência define os direitos reprodutivos como sendo os direitos dos indivíduos e dos casais de escolher livremente o número e o momento de ter filhos, devendo lhe ser oportunizado a informação dos meios como deve fazê-lo, de modo a usufruir plenamente da sua saúde sexual e reprodutiva¹⁹³.

Além dessa definição, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) entende a saúde reprodutiva como sendo

(...) um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e as suas funções e processos, e não de mera ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Implícito nessa última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos de regulação de fecundidade, de sua escolha, que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de atravessar, com segurança, a gestação e o parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio.¹⁹⁴

Em 1995, as Conferências Internacionais de Copenhague, Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social, e de Beijing, IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, reafirmaram o entendimento da proteção dos direitos sexuais reprodutivos enquanto Direitos Fundamentais¹⁹⁵. Esta última avançou no conceito dos direitos sexuais das mulheres, reconhecendo, em seu parágrafo 96, o direito ao controle da sexualidade como direito humano da mulher¹⁹⁶.

Os direitos sexuais e reprodutivos representam o direito de escolha, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos desejam e o melhor momento para tê-los. Significam, também, o direito de acesso às informações, meios e métodos para ter ou não filhos, além do direito de exercer a sexualidade e a reprodução livremente, sem discriminação, imposição ou violência. Com isso, tanto os homens como as mulheres desempenham um

¹⁹³ Idem, p. 37.

¹⁹⁴ Idem, p. 37. Tradução livre.

¹⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** pp. 53-72. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

¹⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **IV Conferência mundial sobre a mulher.** Plataforma de ação. Pequim: ONU, 1995, *apud* BRASIL, 2010, op. cit., p. 14.

importante papel na decisão da procriação. Decorre da releitura dos princípios já consagrados como o direito de auto-determinação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual.

A efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos demanda a concretização de políticas públicas assecuratórias da saúde sexual e reprodutiva. Nesse sentido, o Estado desempenha o importante papel de assegurar a informação, através de políticas educativas sobre a sexualidade, os meios existentes de prevenção de doenças e de uma gestação indesejada¹⁹⁷.

É importante ressaltar que ao Estado não cabe apenas o papel de informar, mas também de tornar acessível a todos os recursos indispensáveis para a garantia de uma saúde sexual e reprodutiva. Desse modo, a observância dos direitos sexuais implica a oferta de informações e acompanhamento, com a distribuição dos meios escolhidos, num contexto de escolha livre e informada.

No âmbito nacional, os direitos sexuais e reprodutivos encontram assegurados no Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM/MS/1984)¹⁹⁸, na Constituição Federal¹⁹⁹, na Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o planejamento familiar²⁰⁰, na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (MS/2004)²⁰¹ e na Política Nacional dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos (MS/2005)²⁰².

¹⁹⁷ PIOVESA, op. cit., p. 55.

¹⁹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência integral à saúde da mulher**: bases de ação programática. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1984. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/assistencia_integral_saude_mulher.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

¹⁹⁹ “**Art. 226.** § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

²⁰⁰ “**Art. 2º.** Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

²⁰¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher**: plano de ação 2004-2007. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher2.pdf. Acesso em 22 de outubro de 2011.

²⁰² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: http://www.unaids.org.br/biblioteca/links/UNFPA/UNFPA%203/UNFPA%203_7.pdf. Acesso em: 22 de outubro de 2011.

Desde longa data o Estado brasileiro se preocupa com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, elegendo a morte materna como uma das principais causas entre os óbitos de mulheres entre 15 e 49 anos. Dentre as causas de morbidade diretamente relacionadas com a função reprodutiva, o aborto é uma das mais freqüentes, representando um crescimento variável de 34 a 150% de aumento²⁰³. No primeiro programa nacional de assistência à mulher (PAISM/MS/1984), o planejamento familiar, através da oportunidade de informação sobre os meios preventivos da concepção, foi uma das soluções apresentada para evitar a prática do aborto²⁰⁴.

Já na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (MS/2004), o Estado voltou os olhos para a proteção àquelas mulheres que praticam o aborto em condições inseguras, possibilitando o seu atendimento pelo SUS, com o intuito de diminuir os riscos à saúde, evitando, ao máximo, o óbito dessas mulheres. Em outras palavras, o Estado não legitima a prática do aborto, mas, caso uma mulher resolva realizá-lo clandestinamente, poderá recorrer a um hospital público para que receba atenção obstétrica qualificada na tentativa de minimizar os efeitos danosos do abortamento inseguro²⁰⁵.

Em 2005, a Política Nacional dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos (MS/2005) reconhece a importância dos programas internacionais sobre os direitos sexuais em que o Brasil é signatário (Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994, no Cairo e IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, realizada em 1995, em Beijing) que recomendam aos países a revisão das leis que penalizam a conduta do aborto, ante a insegurança e os riscos que trazem às vidas e à saúde das mulheres, considerando-o um problema de saúde pública²⁰⁶.

O índice de mortalidade materna, em 2002, atingiu o patamar de 17,1 por 100 mil gestações²⁰⁷ e o aborto se encontra entre as principais causas desse elevado número. Esse dado configura uma violação aos Direitos Humanos das gestantes.

Em 2004, vinte anos após o primeiro programa nacional de assistência à mulher (PAISM/MS/1984), o Estado brasileiro lança o Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade

²⁰³ BRASIL, 1984, op. cit., p. 11. Pesquisa Nacional de Reprodução Humana, realizada pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAPI), em nove áreas do país, no período de 1960 a 1965.

²⁰⁴ Idem, p. 16-17.

²⁰⁵ BRASIL, 2004, op. cit., p. 19 e ss.

²⁰⁶ BRASIL, 2005, op. cit., p. 21-22.

²⁰⁷ Idem, p. 22.

Materna e Neonatal cuja proposta consiste na execução de ações informativas e qualificação dos profissionais para o atendimento obstétrico mais humanitário²⁰⁸. Apesar dos direitos sexuais e reprodutivos estarem na pauta governamental, o que ocorre é a repetição da política pública (informação), o que ocasiona, também, na repetição do resultado (aumento do número de morte materna).

O Brasil não vem atendendo às recomendações das conferências internacionais de assegurar às mulheres a prática de um aborto em condições seguras. Ao contrário, nega a elas esse primeiro atendimento, mas possibilita a intervenção médicas num segundo momento, para evitar a morte da gestante.

Por força de um Estado laico, argumentos religiosos não podem servir de base para justificar a continuidade da criminalização do aborto, afrontando as regras de direito internacional de proteção aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

De mesmo modo, o argumento da proteção absoluta do direito à vida não deve persistir, uma vez que há circunstâncias legalmente previstas que legitimam a prática desta conduta. Reconhecer o direito à vida do nascituro é incontroverso em face dos permissivos legais que relativizam a vida do ser em formação²⁰⁹.

Outro aspecto que deve ser considerado é a não efetividade do dispositivo legal que pune a conduta do aborto. Sob aspetos práticos, a criminalização do aborto serve apenas para sujeitar às mulheres que optam por essa conduta a clínicas que não recebem a devida fiscalização. Essas mulheres se sujeitam a procedimentos invasivos sem o menor cuidado com a higiene e com os limites do próprio corpo da gestante, o que aumenta o risco de infecção e morte materna.

Com base na proteção conferida pelos direitos à liberdade, à autonomia, à vida e à saúde, o Direito Internacional clama pela possibilidade das mulheres, enquanto sujeito de direito, escolherem, com base em suas próprias convicções, a possibilidade de interromper, ou não, uma gestação indesejada. A carga da responsabilidade de ponderar os valores morais envolvidos nessa questão é da mulher. O Estado deve, em caso de desejo da gestante,

²⁰⁸ Idem, p. 22.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 44.

proporcionar a atuação médica mais adequada, protegendo o seu direito fundamental à dignidade²¹⁰.

A partir dessa sucinta análise, pugna-se pela revisão legislativa de modo que atenda as recomendações dos textos internacionais. A punição do aborto prescinde de uma revisão jurídica, analisando-se os argumentos fáticos e políticos que permeiam a matéria.

3.4 Limites e possibilidades a proteção da vida do embrião e do nascituro

3.4.1 A ponderação dos interesses em jogo

Para se estender a proteção constitucional do direito à vida, imprescindível entender o embrião e o nascituro enquanto sujeitos de direito despersonalizados. Se entender que a pessoa humana se inicia com a concepção, conferindo o instituto da personalidade jurídica desde a formação da primeira célula humana, a destruição do embrião e do nascituro deve ser considerada uma transgressão do direito constitucional à vida, entendido este de caráter absoluto.

O direito à vida é indubitavelmente o mais importante. Consagrado na Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, o direito à vida é pressuposto para todos os demais direitos conferidos ao nascituro e ao embrião. Trata-se de um dever de abstenção por parte de qualquer outra pessoa em não retirar a vida de alguém.

Logo, o Direito Constitucional à vida não corresponde apenas à preservação da vida já existente, engloba também o direito ao processo evolutivo vital que trará como possível consequência o nascimento de uma nova vida. O direito à vida encontra-se dentre os Direitos de Personalidade, sendo de ordem física, ocupando caráter supremo entre os bens juridicamente protegidos por ser o precursor de todos os demais direitos. Desse modo, trás as características dos Direitos de Personalidade, como a indisponibilidade principalmente, impondo uma conduta negativa, uma vez que ninguém pode tirar a vida humana, por si ou por outrem, mesmo sob consentimento.

²¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. pp. 53-72. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 65.

Comprova-se isso pela própria disposição da legislação brasileira, quando a Constituição Federal o ressalta em primeiro lugar e o próprio Código Penal inicia sua parte especial tipificando os crimes contra a vida, cominando a eles as penas mais severas. Não há como negar que o direito à vida é o mais importante dos Direitos Fundamentais. O problema que se encontra diante dessa proteção é saber quando ela se inicia.

O Código Penal tipifica o crime de aborto (arts. 124 a 127, CP) como sendo a interrupção da vida intra-uterina. Logo, exige-se, para essa proteção, a implantação do embrião no útero materno. Essa legislação data de 1940, época em que não se falava em embrião *in vitro* e fertilização extracorpórea. Porém, a legislação não proibiu a utilização de métodos de impedimento intencionais de implantação de embrião no útero (pílulas do dia seguinte e dispositivo intra-uterino – D.I.U.), assim, independentemente do surgimento de novas técnicas de fertilização, a legislação brasileira apenas protege a vida a partir da nidadação.

A Lei de Biossegurança veda a comercialização de embriões em seu artigo 5º, parágrafo 3º, entendendo sua prática como crime tipificado pelo art. 15 da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997²¹¹. Com isso, reconhece-se que já há vida humana em potencial, logo não é possível o comércio de material genético, mas não estende a esses embriões a proteção jurídica do direito à vida, a ter um desenvolvimento que resulte em um nascimento. Bem é verdade, que a própria lei autoriza as pesquisas com células-tronco retiradas desses embriões, desde que atendidos os requisitos legais.

Assim, é possível compreender que a legislação brasileira atribuiu diferentes níveis de proteção à vida humana. Ao embrião *in vitro*, coube a proteção de não poder ser comercializado, mas nada mencionou a respeito da proteção de ter um desenvolvimento viável que resulte em uma pessoa humana. Ao embrião nidado, ou seja, já presente no útero materno, e, conseqüentemente, nascituro, a proteção é para que tenha um desenvolvimento regular, há a proteção a uma vida futura, incriminando certas condutas que impeçam esse processo vital. Já à pessoa humana já nascida, a proteção é plena, punido toda e qualquer conduta que inviabilize o exercício pleno da vida.

²¹¹ “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferê qualquer vantagem com a transação”.

Também é possível perceber que a proteção jurídica conferida ao nascituro é inferior a concedida à pessoa já nascida através da análise das penas atribuídas para cada tipo penal, aborto (detenção de 01 a 03 anos – art. 124, CP) e homicídio simples (reclusão de 06 a 20 anos – art. 121, CP). Bem como ao se analisar o sofrimento das famílias que passaram por um aborto espontâneo, comparando-o com o sofrimento das famílias que perderam um filho já nascido. Por mais doloroso que o primeiro evento seja, não há simetria com o fato extremamente doloroso da perda de um filho.

Assim, a vida intra-uterina também recebe a sua devida proteção, mas numa intensidade menor quando comparada à vida de um ser humano já nascido. Porém, a proteção a vida intra-uterina é aumentada, gradativamente, a medida que o nascituro se desenvolve. O tempo gestacional é, nesse prisma, um contributo a mais para se reconhecer a proteção constitucional do direito à vida²¹². Reconhecer a tutela jurídica da vida intra-uterina é o posicionamento adotado pela legislação brasileira, porém com uma proteção inferior a conferida a pessoa humana já nascida.

Não cabe atribuir o mesmo tratamento jurídico do direito à vida conferido aos já nascidos ao embrião e, conseqüentemente ao embrião *in vitro*, posição adotada pelos defensores da teoria concepcionista; bem como também a eles não se pode negar qualquer proteção, teoria natalista.

Se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo igualá-la por completo ao homem já nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe fez surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações²¹³.

O texto constitucional brasileiro não tutela expressamente a proteção da vida do embrião, mas a matéria encontra guarida no texto constitucional quando analisada em consonância com outros princípios. Isso porque a temática envolve uma série de valores jurídicos que entram em confronto, tais como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica.

²¹² SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119.

²¹³ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 out. 2009, p. 06.

Para Alexy²¹⁴, quando se está diante de um conflito entre as regras jurídicas, esse impasse pode ser considerado meramente aparente caso exista uma cláusula de exceção capaz de eliminar essa colisão. Porém, caso não haja uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser declarada inválida. Sob esse entendimento, a criminalização do aborto, no sistema jurídico brasileiro, é uma regra jurídica, mas em situações específicas, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário, art. 128, inciso I, CP) e quando a gestação resulta de violência sexual (aborto sentimental, art. 128, inciso II, CP), a prática do abortamento passa a ser legítima.

Essa solução não pode ser utilizada para resolver o conflito entre princípios²¹⁵. Quando há, em determinado caso concreto, a coexistência de dois princípios diametralmente opostos (direito à vida do ser em formação em contraposição ao direito à saúde ou à liberdade sexual da gestante), um dos princípios deverá prevalecer em detrimento do outro. Isso não significa que um princípio deva ser invalidado em decorrência do outro, nem que exista uma cláusula de exceção, apenas que um princípio precede ao outro em decorrência da sua relevância no caso prático. A questão que se torna salutar para solucionar o impasse do conflito entre os princípios é: quais condições irão determinar a prevalência de um princípio em relação a outro?

Para responder a essa indagação, Alexy propõe que se deve analisar a dimensão do peso desses princípios nas situações postas, através da argumentação racional das razões suficientes para entender que determinado princípio prevalece sobre as condições de aplicação do outro. Essa é uma atividade do sopesamento entre os princípios a ser exercida pelos tribunais, o qual deve informar qual valor possui precedência²¹⁶.

Friedrich Müller²¹⁷ entende que, em conflitos nos quais os cânones clássicos da interpretação não conseguem apresentar uma solução (interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica), a fundamentação apresentada de forma racional, passível de controle pelo Estado de Direito, que soe ser a “melhor”, a “mais correta”, a “mais plausível”, ou a “mais conforme a realidade” e que apresente uma valoração dos elementos normativos deve

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

²¹⁵ Idem, p. 93 e ss.

²¹⁶ Idem, p. 97.

²¹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Trad.: Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 96.

prevalecer. É certo que a escolha por uma única decisão correta perpassa um juízo altamente subjetivo, mas sujeita a uma função limitadora decorrente do próprio Direito.

O modo como o intérprete justifica internamente a sua escolha não repercute efeitos. Isso porque o processo cognitivo (processo de descoberta) realizado na mente do jurista não pode ser conhecido. Diferentemente é o processo de justificação externa racional desse processo interno. A justificação externa pode ocorrer através da apresentação de uma norma positiva, através de afirmações empíricas e através de afirmações que não decorrem nem do positivismo nem da constatação empírica (argumentação jurídica)²¹⁸.

A argumentação através das normas postas não enseja maiores problemas quando, de fato, existe regulamentação jurídica clara a fim de solucionar um problema social. Porém, quando esse regramento não existe, ou é deficiente, é possível justificar racionalmente uma decisão com base em afirmações empíricas²¹⁹, a exemplo de uma decisão jurídica que legitime a prática de um aborto em feto anencefálico tendo por base dois argumentos: 1) o alto índice de morte materna em decorrência da realização de abortos clandestinos (constatação sociológica); 2) a ausência de viabilidade extra-uterina do feto (constatação médica). Também é possível explicar a deficiência normativa através da argumentação jurídica racional²²⁰, onde motivos racionais são apresentados para assegurar a precedência de uma decisão sobre outra, através de um juízo de ponderação.

A ponderação consiste num método que busca atribuir pesos aos interesses envolvidos num determinado caso. Deve possuir critérios materiais claros para a sua utilização, além de seguir etapas para a sua realização prática. A primeira etapa da ponderação é a preparação, onde deveram ser analisados todos os argumentos e elementos a serem sobesados. A segunda etapa é a da realização da ponderação onde deverá ser fixada a relação de primazia de um elemento sobre os demais. E a terceira etapa é a reconstrução da ponderação onde será formulada a regra válida a ser aplicada no caso em concreto²²¹.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 224 e ss.

²¹⁹ Idem, p. 226.

²²⁰ Idem, p. 241 e ss.

²²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 145 e ss.

A argumentação jurídica racional proposta por Alexy²²², também conhecida por teoria do discurso, é um contributo para a hermenêutica constitucional na medida em que indica os diferentes argumentos que podem ser utilizados num único caso, aumentando a probabilidade de se atingir uma solução racional e razoável a questão proposta. Isso não significa a abertura irrestrita da interpretação das normas, apenas para aqueles casos em que os métodos tradicionais de hermenêutica não são suficientes. Além disso, essa abertura no processo de interpretação deve ser fundamentada. Os pesos atribuídos aos argumentos devem ser racionalmente fundamentados, de modo que se tornam válidos para serem aplicados.

Porém, quando há uma violação a um Direito Fundamental, para Alexy, significa dizer que houve a violação a um valor de precedência absoluta. Os valores abstratos constantes nos princípios podem não possuir o mesmo peso argumentativo, motivo pelo qual ante a transgressão a um Direito Fundamental, fala-se em afronta a uma regra jurídica, devendo ser aplicada pela subsunção uma vez que detectados, na prática, os elementos que estruturam o seu conceito²²³. Assim, os Direitos Fundamentais seriam princípios em sua essência, mas sob a estrutura de uma regra jurídica, a exemplo do direito à vida que, para o autor, reveste-se da característica de princípio-regra.

As regras definem com maior precisão o seu campo de incidência, bem como as conseqüências da sua aplicação. Elas evitam o arbítrio do jurista no momento de sua aplicação uma vez que prescrevem obrigações absolutas. Ao contrário, os princípios também prescrevem obrigações, mas essas podem ser superadas em face da existência de outro princípio colidente, logo não possui o caráter da obrigatoriedade.

Porém, para Humberto Ávila²²⁴, é possível que não só os princípios entrem em conflito, mas que as regras jurídicas também sem que, para isso, uma regra seja declarada inválida ou haja uma cláusula de exceção para a aplicação de uma em detrimento da outra. É possível que o jurista, em decorrência da apresentação fundamentada de outras razões consideradas superiores para o afastamento de uma regra, baseadas também em normas jurídicas, deixe de aplicá-la. Assim, as regras jurídicas também são passíveis do sopesamento

²²² ALEXY, 2001, op. cit. p. 238 e ss.

²²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 102.

²²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

a depender dos argumentos e circunstâncias apresentados que superam axiologicamente a razão que fundamenta a aplicação da regra, possibilitando uma exceção à sua aplicação.

Com isso, as regras, assim como os princípios, envolvem idéias valorativas e podem ser superadas, em situações excepcionais, frente ao entrechoque das acepções morais. Trata-se de situações excepcionais porque, em geral, as regras devem ser obedecidas a fim de apresentar soluções equânimes aos casos concretos, possibilitando a segurança jurídica.

Assim, pouco importa o entendimento do direito à vida enquanto princípio ou regra (como propõe Alexy em relação aos Direitos Fundamentais), em ambas as situações é possível ponderar os valores morais em jogo, desde que a decisão externa seja pautada num mínimo de racionalidade jurídica.

A partir dessa premissa posta, passa-se a analisar a aplicabilidade, ou não, do direito à vida no embrião e no nascituro, em face de colisão com outros valores positivados no sistema jurídico brasileiro. Têm-se, por base, os argumentos racionais apresentados pelos doutrinadores.

Habermas, ao tentar atribuir uma proteção jurídica ao embrião distingue a tutela jurídica da dignidade entre a dignidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana garantida juridicamente a todos aqueles já nascidos. Parte do pressuposto de que não há como negar a existência de um valor humano existente no ser ainda em formação, logo, merecedor da proteção à dignidade da vida humana. Porém, essa proteção não se confunde com a proteção à dignidade da pessoa humana. Com isso, não é possível atribuir ao embrião a mesma proteção absoluta assegurada àqueles que nasceram com vida, do mesmo modo como não é possível dispor arbitrariamente da vida humana já existente no sujeito em formação²²⁵. A vida humana é o valor supremo que irradia proteção jurídica, sem, contudo, necessitar de uma prévia rotulação do conceito de pessoa²²⁶.

Dworkin trabalha com a temática a partir da ideia de sacralidade da vida humana²²⁷. Se não há um consenso acerca da delimitação dos conceitos de embrião e pessoa humana, a

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana** – A caminho de uma eugenia liberal? Trad.: Karina Jannini. São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 60.

²²⁶ Idem, p. 51.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 13.

discussão se embrião é pessoa humana ou não se torna irrelevante²²⁸. Não cabe ao Direito discutir acerca do marco limítrofe entre os diversos estágios de desenvolvimento humano, mas sim, responder: “Quando uma criatura humana adquire interesses e direitos? Quando a vida de uma criatura humana começa a incorporar um valor intrínseco, e com quais conseqüências?” “O feto tem interesses que devem ser protegidos por direitos, inclusive pelo direito à vida? Devemos tratar a vida de um feto como sagrada, tenha ele ou não interesses?”²²⁹.

Apesar da idéia de Dworkin em não se estabelecer as diferenças, entende o autor que há vida humana desde o primeiro estágio embrionário e, portanto, carece de uma proteção. No mesmo sentido é a concepção de Habermas em proteger a vida humana, independentemente de se considerar ou não que o embrião é pessoa. A proteção é conferida em grau de menor intensidade em relação à proteção daqueles que já nasceram, mas é inegável que no embrião há vida humana no seu estágio mais prematuro²³⁰.

Ao se atribuir dignidades distintas ao ser humano ainda em formação, não significa a retomada do pensamento filosófico e político da antiguidade clássica que reconhecia a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas a depender da ocupação do indivíduo na sociedade²³¹. Essa quantificação ou modulação da dignidade parte do pressuposto de que a proteção à vida humana inicia-se a partir da concepção. Porém, a vida humana antes do evento nascimento possui uma intensidade menor se comparada à vida após o parto. Isso decorre do juízo de ponderação que deve ser feito entre os bens jurídicos, de ordem fundamental, que estão em jogo²³²: o Direito Fundamental à saúde e o Direito Fundamental da gestante.

²²⁸ Idem, p. 29.

²²⁹ Idem, p. 30-31.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 254.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008, p. 30.

²³² SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 123.

A flexibilização da proteção à vida humana embrionária se depreende da releitura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual utiliza a expressão “em geral”²³³ para assegurar a não absoluta proteção à vida desde a concepção. Nesse caso, estar-se diante de um princípio, onde é possível ponderar a proteção à vida do embrião frente a outros interesses constitucionalmente relevantes²³⁴.

Uma vez compreendida que a proteção à vida do ser ainda em formação não é absoluta, tal qual a vida da pessoa humana já nascida, qual o parâmetro hermenêutico utilizado para se flexibilizar o Direito Fundamental à vida?

3.4.2 A observância da dignidade da vida humana

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui um valor unificador de todos os Direitos Fundamentais. Constitui o “valor jurídico fundamental da comunidade”, sendo o “princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”²³⁵. Os direitos à vida, à liberdade e à igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana sob um conceito jurídico-normativo deve ser concretizada, delimitada com fronteiras claras. Apesar de seu conceito valorativo intrínseco com a idéia de vida humana, ou seja, a dignidade decorre da condição humana, existentes em todos os sujeitos, sob a perspectiva normativa ela deve ser restringida pelo Direito²³⁶. Isso porque em determinadas circunstâncias a dignidade de um sujeito inviabiliza a dignidade de outrem, oportunidade em que alguma deverá ser relativizada. O Direito tem essa árdua missão de clarificar os contornos da dignidade estabelecendo as circunstâncias em que deve ser reconhecida.

²³³ “Artigo 4. 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”.

²³⁴ SARMENTO, op. cit., p. 123-124.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 119.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008, p. 43-44.

Günter Dürig²³⁷ entende a dignidade da pessoa humana, num contexto filosófico-valorativo jusnatural, como decorrente do espírito humano, capaz de capacitar o homem enquanto ser consciente de seus atos. Ao comentar a Lei Fundamental da Alemanha, o autor reconhece que a força vinculativa da Constituição Alemã tem por base valores objetivos, dentre os quais o valor moral da dignidade humana. Esses valores são ontológicos, existindo enquanto pressuposto do Direito, não carecem de uma explicação pelo Direito, eles se concretizam nas relações intersubjetivas como pretensões de respeito mútuo. Por outro lado, o autor também reconhece a dignidade enquanto prestação²³⁸. Logo, fugindo de uma conceituação valorativa, como decorrente natural da condição humana, a dignidade deve ser entendida como uma tarefa a ser realizada pelo homem e sob esta conceituação a dignidade prescinde de contornos claros.

A fórmula apresentada por Dürig acerca da dualidade conceitual de dignidade abarca também a proteção àqueles que são incapazes de agir e demonstrar a sua vontade, a exemplo do embrião e do nascituro, que ainda estão em construção quanto à identidade²³⁹. Porém, essa proteção ontológica da dignidade não pode caracterizar uma dimensão biológica²⁴⁰, há de se reconhecer e proteger a dignidade do ser em formação, ampliando o conceito de vida para o momento da concepção, a fim de evitar as transgressões que ameaçam a vida humana mais primitiva, mas essa proteção não é absoluta, sob pena de configurar mero apelo ético.

Com isso, a dignidade manifesta-se sob uma dúlice vertente, ora como condição inata da vida humana, ora como dever de proteção e assistência por parte da comunidade e do Estado, principalmente frente à ausência da capacidade de autodeterminação do sujeito (embrião e nascituro). Porém, a dignidade sob a perspectiva protetiva do sujeito (o Estado garantidor da dignidade) poderá prevalecer sobre a dimensão ontológica da dignidade, desde que dentro dos limites estabelecidos previamente pelo Direito.

²³⁷ Günter Dürig, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, in: RJ, 1952, p. 259 ss.; Günter Dürig, *Der Grundrechtssatz de der Menschenwürde*, in: AöR 81 (1956), p. 117 ss., *apud* HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2º ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 45-103, pág. 73.

²³⁸ Günter Dürig, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, in: RJ, 1952, p. 259 ss., *apud* HÄBERLE, op. cit., p. 73.

²³⁹ HÄBERLE, op. cit., p. 75.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008, p. 48.

Essa restrição da dignidade humana do embrião frente aos avanços biomédicos e do nascituro frente aos direitos da gestante não é uma tentativa de coisificar a natureza humana como mero instrumento para a realização de fins alheios. Em determinadas relações sociais, é possível fazer uma releitura da doutrina kantiana (pessoa como fim em si mesmo), principalmente ante a ausência de autonomia da vontade e racionalidade no sujeito em questão²⁴¹.

O sujeito em formação é merecer da dignidade humana, dignidade que se refere a toda a humanidade (dimensão comunitária ou social) e decorre da máxima todos são iguais em dignidade e direito. Esse entendimento só faz sentido no âmbito da pluralidade, onde o Estado e a comunidade devem reconhecer e proteger a dignidade sob uma perspectiva moral da idéia de vida humana. A partir do momento em que se fala em pessoa humana, pessoa com capacidade de se auto-determinar, fala-se em dignidade da pessoa humana, objeto de proteção real e decorrente de um caráter intersubjetivo e relacional²⁴².

O reconhecimento e proteção da dignidade humana assim propostos decorrem de uma evolução do pensamento acerca do significado de ser humano e pessoa humana e de quais valores e proteção lhe são inerentes.

Entende Luís Roberto Barroso²⁴³ que o embrião humano não é pessoa, logo não protegido pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, é pessoa humana em potencial, motivo pelo qual deve ser vedada qualquer tentativa de instrumentalizá-lo. Esse autor ainda argumenta que esse foi o entendimento dado pela Lei de Biodiversidade (Lei n.º 11.105/05), uma vez que só permite a utilização dos embriões *in vitro* nas pesquisas de células-tronco quando inviáveis ou não utilizados na fertilização.

Além do mais, essa mesma lei prevê que os projetos que utilizam esses embriões devem ser remetidos para a apreciação e aprovação nos comitês de ética em pesquisa, o que inviabiliza uma utilização irresponsável desse material genético. Reconhece-se, assim, a

²⁴¹ Idem, p. 54.

²⁴² Idem, p. 55 e ss.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (org.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 241-263, p. 254-255. Esse autor define potencialidade como a “qualidade que ainda não é, mas pode vir a ser, dadas determinadas condições. Tais condições podem ser *internas* ou *externas*. No caso, as condições internas são as características próprias do embrião, a sua constituição genética; as externas são as relativas à implantação em um útero preparado para recebê-lo”.

proteção da dignidade da vida humana do embrião uma vez que há uma limitação à manipulação do seu patrimônio genético para fins não queridos pela sociedade.

Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como uma função instrumental, sendo amplamente utilizada na função hermenêutica dos demais princípios, servindo de parâmetro para a aplicação das normas jurídicas e, principalmente, dos Direitos Fundamentais. Isso não significa que os Direitos Fundamentais, no caso específico, o Direito Fundamental à vida do embrião e do nascituro, não possam ser restringidos. É possível uma flexibilização dos Direitos Fundamentais, desde que não ultrapasse o limite imposto pela dignidade da pessoa humana²⁴⁴.

Analisando a problemática sob a ótica da proteção à vida do embrião, essa proteção é relativizada em relação ao Direito Fundamental à saúde, uma vez que é legítima a destruição de embriões congelados e/ou inviáveis (desde que haja o consentimento dos doadores dos gametas), cujo objetivo é a busca da cura de patologias.

Os embriões resultantes do processo de fertilização *in vitro* e não utilizados no projeto parental são congelados e, após a passagem de certo tempo de congelamento, são considerados inviáveis, quando seriam descartados. Ocorre que, dentro desses embriões existem as células-tronco embrionárias. São células que se destacam em relação às demais, seja em decorrência da sua propriedade de diferenciação²⁴⁵, seja em função da sua capacidade de se auto-replicar. Essas características não se encontram nas demais células e faz daquelas a maior esperança de cura para as mazelas humanas. Somente a título ilustrativo, as pesquisas com células-tronco embrionárias possibilitam a esperança de cura para os portadores de atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, esclerose, diabetes, mal de Parkinson. Todas consideradas doenças degenerativas, graves e que acometem uma parcela significativa da população²⁴⁶.

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 122.

²⁴⁵ BARROSO, op. cit., p. 245. A célula-tronco pode ser (a) totipotente, é o termo utilizado para identificar a maior capacidade de diferenciação celular, na qual a célula pode se transformar em qualquer outra do corpo humano; (b) pluripotente ou multipotente, indica que a célula-tronco pode se diferenciar em quase todas as células; (c) oligopotentes, são células-tronco com baixo poder de diferenciação; (d) unipotente, são células que só podem se diferenciar em um único tecido. Nas células-tronco embrionárias é possível identificar as totipotentes e as pluripotentes.

²⁴⁶ Idem, p. 246.

Partindo-se da idéia previamente construída de que o vetor hermenêutico máximo é a dignidade da pessoa humana, não há como desconsiderar o sofrimento real das pessoas portadoras dessas doenças em nome da proteção irrestrita à vida do embrião humano.

Não se trata do uso indiscriminado de embriões para fins de pesquisa, mas apenas aqueles que não serão utilizados para uma futura inseminação artificial, seja por serem considerados inviáveis, ou, seja por expressa autorização dos doadores dos gametas que não mais demonstram o interesse em utilizá-los. Também, não se trata de criação de embriões com a finalidade exclusivamente científica. Nesses casos é latente a transgressão do direito à vida e do princípio da dignidade da vida humana já presente no embrião. Mas a solução mais racional é se atribuir um fim humanitário àquele que está fadado ao descarte.

Em relação à proteção à vida do nascituro, esta entra em colisão com os novos Direitos Humanos sexuais e reprodutivos das mulheres. Além destes, é possível ressaltar o direito à saúde e à vida da gestante que, em decorrência da omissão do Estado, coloca-se numa situação de risco ao se submeter à interrupção precoce da gestação em locais não preparados para esse tipo de intervenção.

A questão do aborto, de pôr fim a uma vida humana em formação, perpassa a temática da proteção à vida humana, sem importar a forma como esta se reveste. O valor humano é único desde a junção dos gametas. Porém, reconhecer a possibilidade de cometer um aborto não significa a negação do valor intrínseco da vida humana, mas sim, reconhecer que outros valores também estão em jogo²⁴⁷.

Por mais liberal que seja o entendimento, colocar um fim à vida do nascituro sem qualquer justificação aparente, sem qualquer interesse a ser preservado soa como imoral. O debate sobre o aborto envolve valores intrínsecos que devem ser preservados. Apesar de ao nascituro não ser reconhecido o direito absoluto à vida, é possível efetivar essa proteção de modo a impedir razões triviais atentatórias à vida em formação²⁴⁸.

A relação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser entendido como uma hierarquização entre ambos os valores máximos morais, sob a fórmula dignidade *ou* vida humana, mas sim sob a ótica da dignidade somada à vida humana

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 44.

²⁴⁸ Idem, p. 45.

(dignidade e vida²⁴⁹), de modo que a proteção à vida humana digna deve sempre prevalecer. Quando há o embate entre dois sujeitos de direito no qual a vida de um depende da limitação da vida do outro, a proteção do sujeito-pessoa, com fins de desenvolver uma vida digna, deve prevalecer.

Com isso, o conceito de dignidade pode assumir diversas facetas, o que pode legitimar práticas incongruentes. Estabelecer um conteúdo mínimo que delimite os contornos da proteção da dignidade humana, ao mínimo um norte limitador à atividade do jurista frente aos casos difíceis, poderá conferir maior operacionalidade aos casos concretos.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008, p. 93.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO À VIDA HUMANA

4.1 O Estado da arte: análise da posição do Supremo Tribunal Federal

Quando a Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida não estabelece o contorno do conceito de vida humana. O Direito não limitou quando inicia essa proteção e de que forma essa garantia deveria se concretizar.

Quando o Código Civil disciplina, em seu artigo 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” defende a tese de que o nascituro é sujeito de direito, sem, contudo, ser considerado pessoa; condicionando tal atributo ao nascimento com vida. Antes do nascimento, o nascituro é sujeito de direito despersonalizado. O Código Penal também reconhece a qualidade de sujeito de direito do nascituro ao proteger a vida intrauterina, reconhecendo-lhe o direito à vida.

Porém, o texto constitucional silencia acerca dessa condição de sujeito do nascituro e, como analisado ao longo do trabalho que em determinados casos a proteção infraconstitucional do direito à vida do nascituro é relativizada, a exemplo do aborto necessário e do aborto decorrente de violência sexual, fica-se a prática jurídica sem um aparato legal concreto para responder os limites legais da relativização da vida humana intrauterina. Também é salutar que em determinadas questões a proteção conferida à vida do nascituro entra em choque com outros direitos fundamentais assegurados pela ordem jurídica. Sem falar na proteção jurídica do embrião que não esclarece o conteúdo limítrofe de atuação dos pesquisadores, não apontando o que seria ou não atentatório à dignidade humana.

A doutrina vem trabalhando no sentido de reconhecer a dignidade humana existente nos estágios mais primitivos da evolução, como condição intrínseca da natureza humana, decorrente desde a concepção, porém também se atribui outro conceito à dignidade. Esse segundo conceito seria típico da pessoa humana, entendida como ser racional e com a possibilidade de se auto-determinar, logo, fruto da inter-subjetividade e exclusivo da condição de pessoa humana.

Sob essa dualidade conceitual, reconhece-se o valor humano existente desde a concepção, mas a proteção plena só decorre da condição de pessoa humana. Com isso, é possível relativizar a vida de um embrião ou de um nascituro frente a interesses das pessoas já

nascidas. Contudo, essa restrição à proteção absoluta da vida humana do ser em formação deve respeitar a sua dignidade ontológica.

Como ressaltado, toda essa construção é meramente doutrinária e tem por fim delimitar o conteúdo jurídico da dignidade humana e, conseqüentemente, da proteção à vida humana. A realidade é de um vácuo normativo para apresentar os limites e possibilidades de intervenção e manipulação em um embrião e nascituro.

Na tentativa de verificar a aplicabilidade desse entendimento doutrinário no âmbito prático, bem como de se analisar o tratamento jurídico dispensado aos diversos estágios de desenvolvimento humano, foi realizada uma pesquisa quantitativa no Supremo Tribunal Federal²⁵⁰, com o intuito de verificar se, na prática, esse tribunal também reconhece a proteção jurídica da dignidade humana ao nascituro, enquanto sujeito de direito despersonalizado, reconhecendo-lhe o direito à vida.

A pesquisa teve por base a busca de jurisprudência cujos termos nascituro e embrião fossem objeto de apreciação. Pode-se constatar a existência de 09 processos²⁵¹ em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal. Passa-se, agora, a análise do discurso do Judiciário acerca da proteção jurídica conferida ao ser humano em formação.

²⁵⁰ A pesquisa quantitativa foi realizada junto ao endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) no dia 05 de junho de 2011, digitando no campo para busca livre de jurisprudência a palavra “nascituro” e depois a palavra “embrião”. Como resultado para a palavra “nascituro”, 09 resultados foram encontrados e como resultado para a palavra “embrião” apenas 03 resultados, porém sendo os mesmos julgados remetidos pela pesquisa da palavra “nascituro”. Os processos serão apresentados na ordem cronológica em que chegaram ao Supremo para a apreciação.

²⁵¹ Dentre esses processos há a reclamação n. 2.040-1, do Distrito Federal, julgada no dia 21 de fevereiro de 2002 pelo Supremo Tribunal Federal. Esse processo tem por objeto a autorização para retirada de parte da placenta da extraditanda para que se possa realizar o exame de paternidade do nascituro, visto que a mesma engravidou nas dependências da Polícia Federal, quando estava privada de sua liberdade, respondendo um processo de extradição, fruto de um crime sexual realizado por agente da Polícia Federal. Esse caso não será analisado porque não estabelece pertinência temática com o presente trabalho. Os argumentos apresentados ao longo desse julgamento são do âmbito do direito penal acerca do estupro sofrido pela extraditanda, nada mencionando acerca da proteção jurídica do nascituro em formação. Também não será objeto de análise o Recurso Extraordinário n. 287.905-3, originário de Santa Catarina, julgado em 28 de junho de 2005, e os Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 448.572, originário de São Paulo e julgado em 30 de novembro de 2010, uma vez que o objeto de análise desses julgamentos é a possibilidade da genitora em adquirir a estabilidade provisória em decorrência de gestação ao longo do contrato de trabalho, matéria que também foge da temática abordada neste trabalho.

4.2.1 Nascituro enquanto titular de direitos expressamente previstos

O primeiro processo que faz menção ao nascituro na pesquisa jurisprudencial realizada data de 18 de outubro de 1983. Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal apreciou e julgou o Recurso Extraordinário n. 99.038-1²⁵², advindo de Minas Gerais. Na ação originária, o autor requer a anulação da escritura de compra e venda realizada entre os pais e a irmã do autor no momento em que ele ainda era nascituro. O juiz de primeiro grau extinguiu o processo sem julgamento do mérito por carência de ação, entendendo que o nascituro goza apenas de expectativa de direitos não assegurados expressamente. Assim, não era necessário e nem possível o seu consentimento para o ato de compra e venda. Trata-se de uma interpretação estritamente positivista do julgador.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando o feito através de recurso de apelação, determinou que o juiz de primeiro grau analisasse o mérito uma vez que, o fato de o Código Civil mencionar expressamente alguns direitos ao nascituro, não retira dele a proteção de outros direitos não enumerados. Essa decisão ensejou o presente recurso em análise.

Em parecer, o Ministério Público Federal manifestou opinião no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria natalista, ou seja, a personalidade decorre do nascimento com vida, mas o Código Civil assegura ao nascituro uma expectativa de direitos. Ocorre que, antes do nascimento, o nascituro já pode exercer o seu direito, mediante representação, nas hipóteses previstas expressamente pela legislação, mas essas hipóteses não contemplam toda a gama de direitos reservada a pessoa já nascida.

O Ministério Público Federal continua, em seu parecer, que cada caso deve ser analisado com cuidado. O nascituro possui direitos, não mera expectativa de direitos, quando há um efetivo prejuízo, quando há ofensa a interesses pessoais e de ordem moral e patrimonial, para resguardá-lo de futuras injustiças. Nesses casos, estendem-se ao nascituro todos os direitos assegurados aos já nascidos. Esse foi o entendimento do Ministro relator, o qual entendeu ser o nascituro um sujeito de direito despersonalizado e, apesar de não ser pessoa, ao nascituro é assegurado a tutela de direitos para além dos expressamente previstos. Trata-se de uma interpretação extensiva e sistemática do ordenamento, pautada nos valores e princípios eleitos pela comunidade.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 9.038-1**. Min. Rel. Francisco Rezek. Julgamento em 18 de outubro de 1983. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

Porém, o Ministro Moreira Alves pediu vista do processo e manifestou o entendimento contrário, o qual foi o vencedor nesse julgamento, seguido pelos Ministros Aldir Passarinho e Decio Miranda. Por esse entendimento, deve-se ser feita uma interpretação restritiva dos direitos do nascituro. Não seria lógico o Código Civil fazer menção expressa a certos direitos assegurados ao nascituro se o disposto no art. 4º do Código Civil de 1916 fosse uma regra de abertura geral, igualando o nascituro aos já nascidos em todos os direitos.

Assim, neste julgamento se fixou o entendimento de que os direitos tutelados ao nascituro são exaustivos, não se equiparando o nascituro ao ser já nascido. Com isso, nascituro seria um sujeito de direito despersonalizado, não investido do atributo da personalidade jurídica. Prevaleceu a interpretação positivista, observando-se as regras postas, sem a possibilidade de uma interpretação valorativa dos interesses em jogo.

Numa segunda oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de dezembro de 1987, deparou-se com o Recurso Extraordinário n. 108.993-8²⁵³, decorrente de uma ação de investigação de paternidade cumulada com herança, originário do Mato Grosso do Sul, porém não foi possível a apreciação do mérito por questões processuais.

Na ação originária, a genitora de uma criança já nascida e de um nascituro, ainda em fase gestacional, pleiteava o reconhecimento da paternidade de seus filhos, frutos de uma relação concubinária, e, conseqüentemente, o direito à herança. A parte contrária da ação contestou o narrado alegando que o processo deveria ser extinto sem julgamento do mérito, uma vez que o nascituro, enquanto não nascer, não pode exercer direito algum.

O juiz de primeiro grau reconheceu a legitimidade da mãe em pleitear direitos do nascituro, consoante o art. 4º do Código Civil vigente. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, mas não pode ser objeto de análise, uma vez que não foi suscitada a questão no recurso de apelação. Houve, então, a preclusão do direito da parte recorrente.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 108.993-8**. Min. Rel. Aldir Passarinho. Julgamento em 17 de dezembro de 1987. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

4.2.3 Feto anencéfalo: não protegido pelo direito à vida

O Supremo Tribunal Federal, em 04 de março de 2004, deparou-se com o Habeas Corpus n. 84.025-6²⁵⁴, do Rio de Janeiro, que pleiteava a autorização para a realização do aborto de feto anencefálico. O julgamento restou prejudicado em decorrência do nascimento da criança, a qual veio a falecer poucos minutos depois.

A genitora, quando soube do diagnóstico, ingressou com uma ação perante o juiz singular, pleiteando a autorização para antecipar o parto ante a impossibilidade de vida extra-uterina do feto, mas teve o seu pedido negado. Em sede de recurso, a desembargadora, ao analisar o pedido liminar feito pela genitora, concedeu a autorização, mas essa autorização foi suspensa. Ao recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, este denegou o pedido, afirmando não haver essa previsão na lei em vigor, motivo pelo qual é inadmissível a concessão da autorização. O Superior Tribunal de Justiça buscou a defesa do direito à vida do nascituro, sem contrapô-los ao direito da gestante e sem levar em consideração que a vida do nascituro que padece dessa má-formação é interrompida minutos após a saída do corpo materno.

No Supremo Tribunal Federal, o relator do processo, ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, afirmou que quando a vida do nascituro se torna inviável após o nascimento, hipótese verificada nos casos de anencefalia, o direito à vida assegurado ao nascituro deixa de ter a mesma proteção que o assegurado ao nascituro com possibilidade de viabilidade extra-uterina. O ministro afirma ainda que a vida humana é protegida em graus distintos com a sua evolução, e a formação do tronco cerebral compõe essa evolução, fazendo do nascituro um ser vivo tanto biológica quanto juridicamente.

Apesar de prejudicada a questão pelo nascimento da criança, há de se reconhecer a importância desse julgamento uma vez que possibilitou a manifestação de um ministro do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Esse posicionamento condiz com toda a argumentação trazida por este trabalho, principalmente no tocante à teoria da progressão da dignidade da vida humana, neste caso, tendo a formação cerebral como parte fundamental desse processo evolutivo.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.025-6**. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 04 de março de 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

Há de se reconhecer, também, a precedência do direito fundamental à liberdade e o princípio da autodeterminação pessoal, neste caso específico da gestante, em detrimento do direito à vida do nascituro. Não é o caso de entender aqueles direitos como absolutos, mas a vida humana ainda em formação deve ser ponderada frente aos direitos humanos da gestante.

Perfeitamente detectável nesse voto a interpretação orientada pela ponderação dos princípios, uma vez que a situação apresentada não possui uma regulamentação jurídica própria, sendo necessária uma interpretação criativa do direito de modo a solucionar um caso concreto.

4.2.4 Feto anencéfalo: uma questão a ser debatida

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54²⁵⁵, perante o Supremo Tribunal Federal, na tentativa de demonstrar que a antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia não constitui uma conduta delitiva tipificada no crime de abortamento, uma vez que não há a possibilidade de viabilidade da vida fora do útero materno, sendo ilegal sujeitar os profissionais que prestam esse tratamento às gestantes à ação penal pública, considerando o crime de aborto.

Os autores da ação encontram guarida nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, direito à saúde. Pede-se a interpretação dos artigos do Código Penal referentes ao aborto conforme à Constituição, de modo a viabilizar a interrupção da gravidez ao se constatar a existência de um feto anencéfalo.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio no sentido de sobrestar todos os processos e decisões que não transitaram em julgado acerca de imputar a conduta dos agentes de saúde às cominações legais do crime de aborto. Já a segunda parte da liminar no sentido de reconhecer

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8** Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

à gestante o direito de se submeter à operação terapêutica de parto de feto anencefálicos foi revogada²⁵⁶.

No que tange a esse processo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em duas oportunidades. Primeiramente, no julgamento da Questão de Ordem, acerca da adequação da ação proposta; e, quando do Agravo Regimental²⁵⁷, em que se pleiteia a nomeação de curador para assegurar o direito do nascituro.

Quanto ao primeiro caso, o Supremo entendeu ser a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental o meio apropriado para debater a questão. Por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal refutou o argumento de que estaria o Judiciário criando uma nova hipótese de aborto legal, atuando como legislador positivo, mas, tão somente, fixando uma interpretação conforme a Constituição. Assim, a depender do futuro posicionamento da Suprema Corte, poderá o aborto em feto anencéfalo ser considerado legal por estar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção à liberdade, à privacidade e à saúde da gestante.

Quanto ao Agravo Regimental, o Supremo é do entendimento unânime de que não cabe a nomeação de curador para defender os direitos do nascituro, porque, no caso em tela, não há um nascituro individualizado e o que se está em discussão é a aplicação das cominações legais aos pais e médicos que realizam o procedimento da antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia.

Porém, quanto à decisão de mérito final, objeto de análise da arguição, ainda não houve o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Eros Grau, quando da análise da questão de ordem, manifestou a sua preocupação com a temática visto que entende que o feto é uma pessoa humana. Afirma o Ministro que a liminar revogada que possibilitava a interrupção da gravidez afrontava a dignidade do ser humano já existente no feto²⁵⁸. Sob

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8** Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011. Extrato da Ata (1) do julgamento da questão de ordem. Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20 de outubro de 2004, p. 112.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Segundo Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8** Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8** Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011. Proposta do Ministro Eros Grau, p. 48. “O feto não é uma coisa, porém pessoa”.

esse entendimento, pouco importa a viabilidade do nascituro após o nascimento, deve-se analisar a sua essência enquanto pessoa e protegê-lo juridicamente.

4.2.5 A não proteção à vida humana do embrião

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-0, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 28 de maio de 2008, debate, especificamente, o artigo 5º da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, o qual possibilita a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco decorrentes dos embriões humanos excedentários do processo de fertilização humana assistida. O argumento principal da ação era de que o dispositivo impugnado se contrapunha ao direito à vida, uma vez que o embrião humano já é dotado de vida humana. Sob esse entendimento, “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação” e o zigoto é um “ser humano embrionário”²⁵⁹.

Por esse entendimento, o então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade em 2005, pedindo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05, por entender que a vida humana inicia-se na, e a partir da, concepção, independentemente de onde ela ocorra. No dia 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco o princípio da dignidade da pessoa humana.

Votaram pela improcedência da ação os ministros Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Defenderam o posicionamento que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, perdurando até a morte do indivíduo. Argumentaram, ainda, que a Constituição Federal não afirma quando começa a vida humana e não dispõe, em nenhum dos seus artigos, das formas de vida humana pré-natal.

Também votaram favoráveis às pesquisas os ministros, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Porém esses ministros, em seus votos, pretendiam que o Tribunal declarasse a

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de junho de 2009, p. 143.

necessidade de que as pesquisas fossem fiscalizadas, do ponto de vista ético, pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep.

Os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau entenderam pela improcedência da ADI, mas as pesquisas deviam se limitar aos embriões inviáveis, não sendo permitida a destruição do embrião para a retirada das células-tronco.

O Decreto n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005, regulamenta alguns dispositivos²⁶⁰ da Lei de Biossegurança e impõe que a pesquisa em células-tronco deve ser realizada em embriões inviáveis ou, viáveis desde que com o consentimento dos genitores, sendo-lhes vedada a comercialização, sob pena de configurar crime²⁶¹.

A proposta dessa lei é desvelar o instituto do embrião consagrando o entendimento que o difere do conceito de pessoa e de nascituro. Assim, embrião, nascituro e pessoa são institutos distintos, recebendo proteções jurídicas diferenciadas. O legislador optou por proteger a vida humana em graus distintos a partir do seu processo evolutivo. Assim, o embrião, principalmente o embrião *in vitro* recebe um tratamento inferior ao conferido ao nascituro e a pessoa humana já nascida. Não se trata de negar todo e qualquer direito, assemelhando seu tratamento a coisa, ao contrário, tem-se um respeito ao embrião de uma futura pessoa humana, mas em grau de intensidade inferior ao conferido a pessoa humana já concebida e já nascida.

Tal decisão do Supremo Tribunal Federal não significou um desinteresse pelo embrião *in vitro*, mas uma ponderação de valores cuja finalidade foi diminuir os infortúnios que

²⁶⁰ BRASIL. **Decreto n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005**. Regulamenta dispositivos da Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 23 nov. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2009. O Decreto 5.591/05 disciplina os arts. 63 a 67 da Lei de Biossegurança. Esses artigos estão contidos no capítulo VII da Lei que regulamenta a pesquisa e a terapia com células-tronco embrionárias humanas obtidas por fertilização *in vitro*.

²⁶¹ BRASIL. **Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 fev. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2009. “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação”.

limitam e infelicitam um notável grupo populacional acometido por diversas mazelas degenerativas. Decisão esta, resultado do próprio “constitucionalismo fraternal”²⁶².

A princípio, as pesquisas em células-tronco que destroem os embriões *in vitro* estão em estágio incipiente, analisando-se apenas as etapas de diferenciação celular e o processo de transformação das células-tronco em todas as células e tecidos do organismo humano. Mas esse é o despertar para a futura aplicação dessas células em tratamentos terapêuticos. Isso decorre da capacidade dessas células de se diferenciarem em qualquer tipo de célula existente no corpo humano²⁶³.

Além de se analisar o posicionamento do Supremo, é salutar o debate acerca da manipulação de embriões *in vitro* viáveis, uma vez que desperta o debate acerca de quando se inicia a vida humana e os limites de sua inviolabilidade. Os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau votaram pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510-0, entendendo ser possível utilizar embriões para uma finalidade terapêutica, a pesquisa de células-tronco embrionárias. Mas são contrários à destruição de embriões viáveis²⁶⁴ para esse fim, uma vez que o embrião tem potencialidade para ser um ser humano, já existe vida humana²⁶⁵.

O ministro relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, determinou a realização de audiências públicas para a discussão da matéria, o que possibilitou a exposição de

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de julho de 2009, pp. 135-136. Trecho da ementa e acórdão: “Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões ‘in vitro’, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam”.

²⁶³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 175-192, p. 185-186.

²⁶⁴ BRASIL. **Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005**. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 23 nov. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2009. Em seu artigo 3º, inciso XIII, o decreto define embriões inviáveis 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 alteração morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião”.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de julho de 2009, p. 255. Trecho do voto-vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. “O problema ganha corpo e substância quando se entende que o embrião tem um valor idêntico ao do ser humano já nascido”.

esclarecimentos por parte de vinte e duas autoridades científicas brasileiras²⁶⁶. Além das audiências públicas, o julgamento da ADIN nº 3510 também contou com a participação dos *amici curiae*²⁶⁷, de modo que cinco órgãos da sociedade civil puderam contribuir para democratizar o processo de interpretação da Constituição.

Um dos argumentos discutidos ao longo do julgamento da ação, trazido pelo *amicus curiae* MOVITAE - Movimento em prol da vida, com petição elaborada pelo advogado Luis Roberto Barroso, em parceria com a consultoria técnica de Mariana Zatz, diretora do Centro de Estudos do Genoma Humano, aponta para a ausência de um consenso científico quanto ao início da vida. Apontam que não há um consenso moral acerca do início da vida humana, em sendo assim, caberia apenas ao Legislativo, enquanto expressão da vontade política social, estabelecer os critérios. E assim foi feito, uma vez que atribuiu a todos os interessados com os embriões humanos (necessidade prévia de autorização dos genitores) a possibilidade de se manifestarem acerca da possibilidade de destruição ou não, respeitando o pluralismo ideológico de cada um, possibilitando a atuação conforme a sua “ética pessoal”²⁶⁸.

Nessa perspectivas, os Direitos Fundamentais podem motivar tanto um como outro argumento, sendo ambos defensáveis, razão pela qual não há um resultado único acerca da temática, uma vez que são múltiplas as concepções numa sociedade pluralista²⁶⁹. As posições defendidas quando da possibilidade ou da impossibilidade de destruição dos embriões humanos encontram guarida na legislação, inexistindo elemento fático que conduza a uma única solução.

Ante a esse impasse conceitual, onde o objeto da ação de inconstitucionalidade é a prevalência de um conceito ideológico frente a outro, ambos aceitáveis de acordo com os

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. **Transcrição da audiência pública**. Disponível em: <http://www.conectas.org/stfemfoco/home/busca>. Acesso em: 05 de junho de 2011. Os especialistas foram ouvidos em dois blocos, sendo o primeiro bloco composto por autoridades indicados pela Procuradoria-Geral da República (autor da ação) e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e o segundo bloco foi formado pelos especialistas indicados pela parte requerida da ação (Congresso Nacional e Presidente da República) e pelos demais *amici curiae*.

²⁶⁷ Conectas direitos humanos, Centro de direito humanos – CDH, Movimento em prol da vida – MOVITAE, ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e gênero e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de junho de 2009, p. 110.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 241-263, p. 244.

argumentos defendidos, resta aplicar o princípio da prioridade do Legislativo, que se coaduna com a ordem democrática e com os princípios constitucionais²⁷⁰. O Supremo Tribunal Federal, dada a inexistência de uma única decisão, decidiu de acordo com o objeto da lei debatida, independentemente de qualquer juízo pessoal acerca da temática.

A interpretação constitucional orientada pelo modelo procedimental entende a Constituição como protetora do processo democrático de criação do direito, diferentemente da interpretação valorativa que defende a existência de uma ordem de valores comuns a sociedade. Assim, cabe a Corte Constitucional, enquanto guardiã da Constituição, velar pelo processo legislativo democrático, pautado em políticas inclusivas, em que toda a sociedade possa intervir²⁷¹.

Analisando o julgamento, há de se destacar o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes²⁷², o qual discorreu sobre o papel do Supremo quando do controle de constitucionalidade das leis, principalmente quando do alcance de Direitos Fundamentais (direito à vida e à dignidade humana) em relação às questões Biojurídicas (utilização de embriões humanos). Reconhece o ministro que não há uma resposta que satisfaça a todos, devendo-se ir para além dos limites jurídicos.

O ministro relator Carlos Britto, quando do seu voto, ressalta a importância do julgamento não para definir o marco inicial da vida humana, mas no sentido de encontrar os limites jurídicos dessa proteção²⁷³. Quando a lei infraconstitucional institui o início da personalidade com o nascimento com vida, assegura a totalidade da proteção jurídica ao indivíduo já nascido. Todavia, o Direito não retira do processo evolutivo a sua devida proteção, garantindo dignidade para o embrião, sem, contudo, fazer dele pessoa.

Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita.²⁷⁴

²⁷⁰ TAVARES, André Ramos et al. Direitos Fundamentais e Democracia: complementariedade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al (coords). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 177.

²⁷¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de junho de 2009, p. 597.

²⁷³ Idem, p. 145.

²⁷⁴ Idem, p. 175.

Analisando-se, especificamente, a situação do embrião *in vitro*, este se diferencia dos demais estágios embrionários, porque, enquanto não for implantado no útero da genitora, retrocede no que tange à evolução humana. Os embriões excedentários não utilizados no projeto parental, com o passar dos anos na condição de criopreservação, tendem a perder a viabilidade. Outra questão a ser debatida é a quantidade de embriões congelados. É sabido que o casal não pode ser compelido a utilizar todos os embriões resultantes do processo artificial de reprodução, ao passo que é permitida a produção de embriões em número maior que o permitido para a implantação no útero da futura genitora, então, a alternativa encontrada pela Lei de Biossegurança assegura um aproveitamento para esses embriões, sem condená-los à perpetuidade do congelamento, nem ao descarte²⁷⁵.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal se posiciona acerca do problema jurídico que melhor retrata a proteção jurídica conferida aos estágios de desenvolvimento humano. Decidiu, por maioria, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Votaram pela improcedência da Ação Direita de Inconstitucionalidade os ministros Carlos Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes também votaram pela improcedência da ação, mas ressaltaram a importância de fiscalização das pesquisas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

Os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau votaram pela procedência, em parte, da ADI 3510. Entenderam que a possibilidade de pesquisa envolvendo embrião humano só poderia ser realizada sem a destruição dos embriões viáveis, sob o entendimento de neles já há vida humana, de forma que qualquer destinação de finalidade diversa da reprodução viola o direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal esclareceu ao longo do julgamento que não cabe a ele a decisão acerca da forma mais promissora de pesquisa com células-tronco, dentre a pesquisa envolvendo células adultas ou as células advindas dos embriões humanos. Ressaltou também a legitimidade das pesquisas com embriões *in vitro* sob a ótica do constitucionalismo fraternal, destacando a finalidade de buscar a cura de doenças consideradas graves, de modo que os avanços científicos vão proporcionar a superação dessas mazelas, possibilitando o

²⁷⁵ Idem, p. 199.

exercício do direito à vida com dignidade àqueles acometidos por essas doenças, constituindo uma “celebração solidária da vida”²⁷⁶.

O tratamento dispensado ao embrião *in vitro* é diferenciado uma vez que se encontra fora do corpo da mãe e com poucas chances de viabilidade. Com base nesses fundamentos, o Supremo Tribunal Federal conclui afirmando que “para que ao embrião ‘*in vitro*’ fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição”²⁷⁷.

Por fim, o Supremo afastou a utilização da técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição, de modo que a ação foi julgada totalmente improcedente. É de se exaltar a importância do julgamento, considerado histórico, não somente em decorrência da temática que aborda, mas também pela definição dos limites do direito à vida e à dignidade da natureza humana.

²⁷⁶ Idem, p. 136.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de junho de 2009, p. 139.

CONCLUSÃO

A definição dos diversos estágios embrionários está longe de um consenso. Várias visões de mundo, decorrentes de uma sociedade pluralista, impossibilitam um consenso moral sobre a temática, o que dificulta a compreensão acerca dos limites e possibilidades de intervenção na vida do ser humano ainda em formação.

Procurou-se, ao longo do trabalho, apresentar a solução adequada de acordo com uma abordagem ética dos Direitos Fundamentais, analisando-se a colisão entre os princípios proposta por Robert Alexy sob a ótica de um discurso argumentativo racional. A partir desse entendimento, é possível a relativização de um princípio a fim de atender aos valores morais que perfazem uma sociedade moderna.

Ao longo deste estudo, sustentou-se a tese de que há vida humana desde a concepção. Assim, o embrião *in vitro*, o embrião *in vivo* e o nascituro são estágios diferentes da evolução humana em fase gestacional, mas são protegidos juridicamente em decorrência de sua natureza humana única. Contudo, reconhecer direitos a esses entes, fazendo-os sujeito de direito não significa, necessariamente, reconhecer o atributo da personalidade jurídica, ou seja, considerá-los pessoa. Esse fenômeno é uma criação jurídica que tem por finalidade reconhecer a titularidade plena de direitos e obrigações àqueles que nascerem com vida. Ao embrião e ao nascituro não cabe essa proteção absoluta dos direitos ora existentes, mas apenas reconhecer a titularidade de direitos específicos os quais vão se somando à medida que o ser humano vai evoluindo no seu processo gestacional.

Com isso, reconhece-se a dignidade existente na vida de um ser humano, mas essa dignidade é progressiva de acordo com o aumento da semelhança do ser em formação com a figura humana, de acordo com a aproximação de sua viabilidade extra-uterina. Esse é o posicionamento apresentado por Daniel Sarmiento e referendado neste trabalho.

Assim, ao embrião *in vitro* é reconhecida a condição de sujeito de direito, principalmente o direito de não ser comercializado, o que afronta a proteção à dignidade humana já existente neste estágio mais prematuro. Porém, protege-se a essência da vida humana já presente, mas não a vida do embrião propriamente dita. Dessa forma, pode-se destruir um embrião humano para atribuir uma finalidade mais humanitária: as pesquisas com

células-tronco. Não se trata da produção de embrião laboratorial para essa única finalidade, mas sim utilizar aqueles embriões que já estavam fadados ao descarte, seja porque os doadores dos gametas não vislumbram a possibilidade de aproveitá-los no projeto parental, ou, seja porque o lapso temporal que perpassa o tempo de congelamento acaba inviabilizando o êxito de uma futura gestação.

É importante ressaltar que esses embriões não teriam outros fins senão o descarte. Utilizá-los para fins de pesquisa e terapia é agregar numa única conduta o respeito e a proteção à dignidade das pessoas que dependem dos resultados dessas pesquisas para que possam usufruir plenamente do seu direito à vida digna. Nesse caso específico, muito embora existam muitos doutrinadores que afirmem ser essa prática atentatória à vida do embrião, há de ressaltar que o desenvolvimento gestacional dessa vida humana inicial está condicionado a vontades de terceiros, doadores dos gametas, os quais podem simplesmente ignorar sua existência.

Por outro lado, há de se proteger o material genético quanto às manipulações desenfreadas por parte dos cientistas. O respeito e a responsabilidade sobre o patrimônio genético humano, considerado patrimônio comum da humanidade, devem ser resguardados e qualquer prática de manipulações atentatórias à dignidade da vida humana deve ser coibida.

Quando o embrião humano se localiza no corpo materno, aumentam-se as chances de viabilidade de uma futura gestação e, conseqüentemente, do nascimento de uma nova pessoa. O embrião *in vivo* localiza-se no interior do organismo feminino e sofre um intenso processo de multiplicação, porém ainda não se fala em diferenciação celular, ou seja, a massa celular é única. Esse processo de diferenciação só ocorre a partir da fusão do embrião ao útero materno, momento em que ocorre, também, a nidação e o ser humano passa a se denominar nascituro.

Apesar de receber maior proteção jurídica que o embrião *in vitro*, uma vez que não se permite a sua destruição para fins de pesquisa, a esse embrião, contudo, não se fala ainda na proteção jurídica do direito à vida. Essa conclusão decorre da possibilidade de se utilizar meios contraceptivos que impedem o fenômeno da nidação, a exemplo do D.I.U. (dispositivo intrauterino) e do anticoncepcional de emergência (pílula do dia seguinte). Esses métodos inibidores da nidação são meios legítimos de contracepção, uma vez que adotados pelo Estado e distribuídos em hospitais públicos. Apesar dessa permissividade estatal, esses métodos ensejam uma discussão ética uma vez que destroem arbitrariamente uma vida humana. Apesar

desse debate, entende-se que esses métodos são legítimos e usados em decorrência da livre escolha informada da mulher, o que referenda às recomendações de ordem internacional quanto à promoção e o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos.

A partir da localização no útero materno, e, conseqüentemente, do início do processo de diferenciação celular que irá culminar numa pessoa humana, tem-se o início da proteção jurídica da vida humana. Porém, em situações específicas, é possível perceber o enfrentamento desse direito com outros Direitos Fundamentais também assegurados, a exemplo do direito à saúde e à liberdade e à autonomia sexual e reprodutiva da mulher.

Atualmente, o legislador possibilitou a ponderação dos valores em choque, apenas para as circunstâncias legalmente previstas (gestação que coloca em risco a vida da mulher e gestação fruto de uma violência sexual), sem dar margem a outras interpretações, considerando crime a conduta do abortamento.

É certo que a interrupção arbitrária da vida do nascituro não pode ser tratada como mais um método a ser disponibilizado às mulheres como forma de planejamento familiar. O aborto voluntário deve ser entendido como última alternativa e deve levar em consideração os Direitos Fundamentais da mulher previstos nas convenções internacionais. Não se trata de levantar à bandeira em favor de uma conduta que essencialmente soa imoral, mas decorre de uma realidade assustadora de mortandade entre as gestantes no país. Um sistema repressivo da conduta do abortamento põe em risco a vida e a saúde de mulheres que, na prática, recorrem a meios clandestinos.

Ao longo do trabalho foi constatado que as políticas públicas de informação acerca dos meios anticoncepcionais e a distribuição dos materiais não são suficientes para combater a gestação indesejada. A infelicidade pela notícia do estado gravídico pode decorrer de diversas razões (má formação fetal, condições econômicas, não querer assumir a responsabilidade do projeto parental) que não foram abordadas neste trabalho por serem de cunho altamente subjetivo. O que vale ressaltar é que a comunidade internacional entende o alto índice de mortalidade materna como um problema de saúde pública de modo que recomenda aos países signatários uma revisão nas suas leis incriminadoras do aborto.

Nesse debate, o direito à vida do nascituro enfrenta diretamente o direito à saúde, e porque não falar também no direito à vida da gestante. Uma vez que o próprio ordenamento

possibilita a prática do aborto em determinadas circunstâncias, o legislador optou por não conferir de forma absoluta a proteção à vida do ser ainda em formação. Partindo-se da idéia defendida por Daniel Sarmiento da dignidade progressiva, tem-se a mulher, pessoa natural, numa posição privilegiada em detrimento do nascituro, que deve ter seus direitos reconhecidos e assegurados pelo Estado, mas de forma cautelosa.

Os Direitos Fundamentais são imprescindíveis para o esclarecimento da temática. Partindo-se da sua fundamentação ética, é possível compreender os Direitos Fundamentais como representações positivas dos Direitos Morais. Com isso, a interpretação das normas jurídicas deve ser uma releitura dos valores morais eleitos pela comunidade, sempre tendo o princípio da dignidade da vida humana como referência máxima.

Nas questões em que há um desacordo moral na sociedade, o intérprete deve analisar todos os argumentos envolvidos, atribuindo pesos aos princípios que se confrontam. Ao final, uma solução jurídica racional argumentada, seja nos próprios princípios jurídicos que regulam a vida em sociedade, seja nas constatações empíricas, deve ser apresentada de forma clara. Com isso, não se fala em invalidação de um princípio em detrimento de outro, apenas que, naquele caso específico, um princípio se torna mais relevante que outro, apresentando uma solução mais racional.

Ao longo do trabalho defendeu-se o princípio da dignidade humana, entendido como proteção à vida humana (de forma restrita) e proteção à pessoa humana (de forma absoluta) como vetor hermenêutico a ser perseguido ante o sopesamento dos interesses em colisão. Assim, ao embrião e ao nascituro apenas é reconhecida a proteção à vida humana de modo que seus interesses podem ser relativizados. Ao contrário, à pessoa humana já nascida, reconhece-se à proteção à vida humana somada à proteção da dignidade da pessoa humana.

Ao final da abordagem doutrinada, a pesquisa se voltou à análise dos julgados pertinentes à temática que já foram objeto de apreciação, ou que ainda estão pendentes de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Constatou-se a existência de 09 processos que analisam a proteção jurídica do embrião e do nascituro. Dentre os quais, apenas 06 foram analisados minuciosamente, isso porque os outros 03 julgados mencionavam os termos embrião e nascituro, mas não adentravam na temática da proteção jurídica a ser reconhecida a eles.

Pode-se constatar a posição cautelosa do Supremo no tocante à abertura dos direitos assegurados ao nascituro. A Corte limitou-se apenas em reconhecer aqueles direitos expressamente previstos, sem dar margem à interpretação extensiva da proteção jurídica. Reconhece o nascituro enquanto sujeito de direito, mas apenas de direitos previamente estabelecidos.

Também se observou a argumentação racional, decorrente da análise minuciosa dos interesses envoltos nas decisões em que o Tribunal teve que confrontar a proteção à vida do embrião e do nascituro em relação a outros interesses igualmente relevantes. Num primeiro julgado, tem-se o voto de um único Ministro acerca da possibilidade de abortamento nos casos em que há a constatação da inviabilidade extracorpórea do feto. Nesse momento, o Ministro ressaltou a importância da proteção dos direitos da gestante em detrimento da proteção do nascituro.

Também foi possível analisar o julgamento dos Ministros acerca da proteção à vida do embrião. Ao se deparar com a realidade de milhares de brasileiros que depositam as suas esperanças nos resultados das pesquisas envolvendo o genoma humano, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser mais relevante proteger a vida digna daqueles que já nasceram e sofrem diariamente com os infortúnios de suas limitações. Com isso, reconhece-se a importância da proteção da natureza humana existente nos embriões no sentido de fiscalizar as pesquisas, mas não no sentido de impedir a sua utilização para fins alheios ao de fecundidade.

Enfim, entender que o embrião, o nascituro e o indivíduo já nascido são três institutos diferentes é o posicionamento mais coerente. Com isso, reconhecem-se os limites da proteção jurídica de cada um, aceitando-os enquanto sujeito de direito e respeitando-os pelo valor da vida humana já presente desde a primeira célula, porém essa proteção pode ser relativizada. Não se trata de negar direitos, mas sim atribuir direitos na proporção do desenvolvimento de cada estágio evolutivo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann)**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 18, Porto Alegre: Magister, pp. 33-48, maio/jun. 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html. pp. 01-19. Acesso em: 05 de agosto de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais do debate bioético. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 59-75.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica, em vigor a partir de 13 de abril de 2010. Diário Oficial da União Brasília-DF, 24 de set. de 2009. Disponível em:
http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em: 20 de junho de 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2010.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 16 de junho de 2011.

_____. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2011.

_____. **Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 22 nov. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2011.

_____. **Decreto n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005** Regulamenta dispositivos da Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 23 nov. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2009.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 12 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em: 15 de outubro de 2011.

_____. **Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 fev. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2009.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2003.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

_____. **Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

_____. Ministério da Saúde. **Assistência integral à saúde da mulher:** bases de ação programática. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1984. Disponível

em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/assistencia_integral_saude_mulher.pdf.

Acesso em: 20 de outubro de 2011.

_____. Ministério da Saúde. **Ministério estabelece prazos para investigação do óbito materno nos municípios**. Portal da saúde. Disponível em:

http://portal.saude.gov.br/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33878. Acesso em: 25 de setembro de 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: http://www.unaids.org.br/biblioteca/links/UNFPA/UNFPA%203/UNFPA%203_7.pdf.

Acesso em: 22 de outubro de 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: plano de ação 2004-2007**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher2.pdf. Acesso em 22 de outubro de 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Saúde sexual e saúde reprodutiva**. Cadernos de Atenção Básica, n. 26. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 399.028/São Paulo**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 26.02.2002, DJ 15.04.2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25 de julho de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 de julho de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. **Transcrição da audiência pública**. Disponível em:

<http://www.conectas.org/stfemfoco/home/busca>. Acesso em: 05 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8** Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 84.025-6**. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 04 de março de 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 9.038-1**. Min. Rel. Francisco Rezek. Julgamento em 18 de outubro de 1983. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 108.993-8**. Min. Rel. Aldir Passarinho. Julgamento em 17 de dezembro de 1987. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Segundo Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8** Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8** Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 de junho de 2011.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 175-192.

CASSIERS, Léon. Dignidade do embrião humano. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008, pp. 175-192.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 43-81.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. I. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DREZETT, Jefferson. **Anticoncepção de emergência**. In: BRASIL, Ministério da Saúde.

Disponível em:

<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/artigo_anticoncepcao_emergencia_2008.pdf>.

Acesso em: 19 de junho de 2011, pp. 01-15.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito civil – LICC e parte geral**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERNÁNDEZ, Eusébio. El problema del fundamento de los derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos**. n. 01. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982, pp. 73-112.

FERNÁNDEZ, M. Carcaba. Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión). In: **La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana**. II Congreso Mundial Vasco. Madrid: Trivium, 1988, pp. 391-399.

FERRARI, Rita Vieira Guarnieri. Técnicas de reprodução assistida: inseminação artificial. In: PINOTTI, José Aristodemo, et al. **Reprodução humana**. São Paulo: Fundação BYK, 1996, p. 253-254.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2º ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 45-103.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). **Revisando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 549-570.

LIMA, Shirley Mitacoré de Souza e Souza. Tratamento jurídico do embrião. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 788, 30 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7221>>. Acesso em: 05 mar. 2009, pp. 01-04

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 329-359.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito à vida no Código Civil à luz da Constituição. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 03, Porto Alegre: Magister, pp. 95-106, nov./dez. 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia (1ª parte)**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria do fato jurídico – plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Tomo IV.** São Paulo: RT, 1967.

_____. **Tratado de direito privado. Tomo I (introdução, pessoas físicas e jurídicas)**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado. Tomo VII.** Campinas: Bookseller, 2000.

MOCADA, Luis Cabral de. **Lições de direito civil: parte geral.** 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 253. Art. 13º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito.** 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional.** Trad.: Peter Naumann. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NACIONES UNIDAS. **Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo:** el Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Nueva York: Naciones Unidas, 1995. Disponível em:

http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/572_filename_finalreport_icpd_spa.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina.** 2ª ed. aum. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. **Declaração universal sobre bioética e direitos humanos.** Comissão Nacional da UNESCO. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2011. Portugal, 2006. Adoptada por aclamação no dia 19 de Outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO.

_____. **Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos.** Comissão Nacional da UNESCO. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de

2011. Brasília, 1997. Adotada unanimemente por aclamação em 11 de novembro de 1997 pela 29ª sessão da Conferência Geral da UNESCO.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 1995.

PETRY, André. Um avanço fascinante. **Revista Veja**. 2.224 ed., ano 44, n. 27, 6 de julho de 2011, São Paulo: Abril, pp. 17-21.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. pp. 53-72. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. II. Brasília: Conselho Editorial, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 out. 2009.

SANTOS, Emerson Martins dos. O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido “in vitro”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**. n. 12. jul./dez. 2008, pp. 55-101.

SANTOS JÚNIOR, José Domingues dos. MIRANDA, Ana Tereza Cavalcanti de. **A saúde de adolescentes e jovens: competências e habilidades. Métodos contraceptivos**. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/adolescente/textos_comp/tc_08.html>. Acesso em: 25 de setembro de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2º ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 15-43.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões Controvertidas – parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007, pp. 83-104.

TAVARES, André Ramos et al. Direitos Fundamentais e Democracia: complementariedade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al (coords). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.