

**Embrião humano fecundado em laboratório:
A coisificação da pessoa ou personalização da coisa?**

**Embrión humano fertilizado em em laboratório:
La transformación de algo em persona o la transformación de la persona em algo?**

Carlos José de Castro Costa,

Doutorando em Ciências Jurídicas, Direito Público pela Universidade Nacional de La Plata - UNLP, Nação Argentina; Mestre em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos; Pós Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito de Campos; Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Iguazu – UNIG; Professor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade Redentor; Professor Universitário da Faculdade Redentor; Professor Universitário da Faculdade de Minas – FAMINAS; Professor Universitário da Faculdade DOCTUM; Professor Universitário da Universidade Iguazu – UNIG; Advogado.

Sumário: 1. Introdução; 2. As Dimensões dos Direitos Humanos; 3. Direito Fundamental à Procriação; 4. As Técnicas de Reprodução Assistida; 5. Princípios Aplicáveis às Técnicas de Reprodução Assistida; 6. O Embrião possui Personalidade? 7. As Técnicas de Fecundação *in vitro* e o início da personalidade do embrião fecundado em laboratório; 8. Conclusão. 9. Referências.

Resumo:

O desenvolvimento tecnológico, biotecnológico e biomédico trouxe à baila a possibilidade de reprodução dissociada do sexo, fato este que exterioriza o perigo das novas tecnologias reprodutivas. Este fato culmina por questionar valores morais intrínsecos na sociedade, uma vez que os modelos convencionados e socialmente aceitos tornam-se obsoletos em razão das referidas transformações tecnológicas, sociais, psíquicas e comportamentais. As investigações científicas são impulsionadas pela busca da verdade (valor ético), mas também por interesses econômicos. Nesta seara, portanto, o presente estudo tem por escopo realizar uma abordagem acerca do reconhecimento de personalidade ao embrião fecundado *in vitro*. Não se pode olvidar da disposição contida no art. 2º do Código Civil de 2002, o qual dispõe que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, não obstante o

fato de a lei por a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. É cediço que a formação do embrião se dá com a união dos gametas masculino e feminino, fato este que, na reprodução *in vitro*, ocorre em laboratório. Eis a questão: o embrião fecundado *in vitro* faz *jus* à referida proteção? Antes de implantado no útero da mulher não há viabilidade, assim, o embrião deve ser considerado para o Direito como uma coisa? É possível falar em dignidade humana do embrião *in vitro*? Com o fito de fomentar um raciocínio crítico acerca do tema proposto, o presente artigo perpassa pelo reconhecimento do direito fundamental à procriação. Posteriormente, é realizada uma abordagem atinente às técnicas de reprodução assistida, para, questionar acerca da possibilidade de reconhecimento de personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, e, caso haja reconhecimento de personalidade jurídica própria, a partir de que momento esta passaria a existir.

Palavras-chave:

Dignidade da pessoa humana; Direito Fundamental à procriação; Reprodução *in vitro*; personalidade jurídica própria.

Resumen:

El desarrollo tecnológico, la biotecnología y la biomedicina planteó la posibilidad de la reproducción he separado del sexo, un hecho que revela el riesgo de nuevas tecnologías reproductivas. Este hecho cuestiona los valores morales intrínsecos en la sociedad, ya que los modelos convencionales y aceptados socialmente se han demostrado obsoletos debido a los cambios tecnológicos, sociales, psicológicos y de comportamiento. Las investigaciones científicas son impulsadas por la búsqueda de la verdad (valor moral), sino también por los intereses económicos. Por lo tanto, el presente estudio tiene como objetivo realizar un acercamiento acerca del alcance de lo reconocimiento de la personalidad del embrión fecundado *in vitro*. No debemos olvidar lo dispuesto en el art. 2 del Código Civil de 2002, que establece que la personalidad comienza con el nacimiento con vida, pero la ley asegura desde la concepción, los derechos de los no nacidos. La formación de humedad del embrión se produce con la unión de los gametos masculino y femenino, un hecho que, en la reproducción *in vitro* se produce en el laboratorio. Aquí están las preguntas: el embrión fecundado *in vitro* tiene derecho a esa protección? Antes de implantarse en el útero no hay viabilidad, por lo tanto, el embrión debe ser considerado por la ley como una cosa? Es posible hablar de la dignidad humana del embrión *in vitro*? Con el objetivo de fomentar el pensamiento crítico sobre el tema, este artículo pasa por el reconocimiento del derecho fundamental a la procreación. Posteriormente, se realiza una aproximación respecto a las técnicas de

reproducción asistida, ya que, la pregunta sobre la posibilidad de un reconocimiento de la personalidad jurídica al embrión *in vitro*.

Palabras clave:

La dignidad humana, el derecho a la procreación, la reproducción *in vitro*; personalidad jurídica.

1. Introdução:

As técnicas de reprodução assistida possibilitam a interferência do ser humano no processo vital. Dentre as formas de técnicas de reprodução assistida será dado destaque à Fertilização *in vitro* (FIVETE - *fertilization in vitro ET transfert d'embryon*), na qual a fecundação ocorre em laboratório e não no útero materno.

Inúmeros questionamentos surgem acerca da natureza jurídica do embrião fecundado em laboratório. Com o intuito de refletir acerca de tais questionamentos, revela-se fundamental que a análise seja feita sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana aborda-se o reconhecimento do direito fundamental à procriação e conseqüentemente o exercício de tal direito com a utilização das técnicas de reprodução assistida. O recurso às técnicas de reprodução assistida não é ilimitado, somente podem se submeter à intervenção o casal, o homem ou a mulher que apresentarem problemas de esterilidade ou que haja risco de transmissão de doenças à filiação.

O problema proposto consiste no fato de que o embrião fecundado em laboratório configura um ser humano em potencial fato este que, para parte dos cientistas lhe atribui personalidade, enquanto para outros como não há possibilidade de desenvolvimento natural enquanto não implantado no útero materno não lhe outorga personalidade.

2. As Dimensões dos Direitos Humanos.

Pode-se fixar como marco histórico do surgimento dos direitos fundamentais a formação dos Estados Nacionais Modernos¹, mas, é possível identificar um período, iniciado na Antigüidade (notadamente na filosofia clássica grega e no pensamento cristão), em que já se fazia referência a alguns valores atinentes à dignidade humana.

No século XVIII a discussão em torno dos direitos fundamentais, baseada nas idéias consagradas pelo pensamento iluminista atinge seu apogeu. O “fim da escuridão”, consagrado pelas idéias surgidas durante o Século das Luzes, traz inúmeras críticas ao absolutismo

¹ (...) não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das idéias chaves que posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e sua concepção de que o ser humano pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais, de tal sorte que esta fase costuma ser também denominada, consoante já ressaltado, de pré-história dos direitos fundamentais”. In SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p.39 e 40 “

francês e propõe uma sociedade fundamentada no liberalismo econômico e político. Tem-se, portanto, a consagração dos direitos individuais do homem, principalmente aqueles referentes à sua liberdade e à limitação do poder estatal, constituindo a primeira geração² ou dimensão³ dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estavam fortemente ligados à idéia de uma esfera própria de liberdade do indivíduo na qual o Estado não poderia intervir, pois o ser humano dotado de razão se torna o centro das ideias e, como sujeito de direito, há de ser preservado pelo Estado, sobretudo no que tange às liberdades individuais. Neste primeiro momento, portanto, observa-se uma preocupação com a garantia do indivíduo frente ao Estado, conservando-se uma área de autonomia individual, imune à intervenção estatal, rompendo com a ideia do poder ilimitado do soberano⁴.

O ideário da Revolução Francesa (*liberté, égalité, fraternité*) cujo objetivo consistia em proteção à liberdade, especialmente econômica, e impunha a omissão estatal, dirigida a uma abstenção por parte dos poderes públicos⁵, alimentava a desigualdade social. A concepção do Estado de Direito limitava-se a uma atuação estatal que se resumia à legalidade, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção e o respeito à liberdade e à igualdade formal, além da propriedade privada. À lei competia somente disponibilizar instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas oriundas da vontade das partes e, em havendo necessidade, ocupar uma posição supletiva.

Para o liberalismo econômico do século XIX, a teoria contratual, fundamentada na autonomia da vontade e na liberdade contratual⁶, consiste em um dos mais importantes institutos jurídicos, pois instrumentaliza a movimentação de riquezas na sociedade⁷.

Havia dois universos distintos: Direito Público e Direito Privado. Os direitos fundamentais, no âmbito do Direito Público, serviam de limites à atuação estatal com fincas à

² A análise dos direitos fundamentais sob a perspectiva de “gerações” foi realizada por Norberto Bobbio em **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

³ Ingo Wolfgang Sarlet. Op. Cit, p. 46, prefere falar em dimensão dos direitos fundamentais devido ao seu caráter cumulativo, de complementariedade, e não de alternância. Também Ricardo Lobo Torres e, Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in Teoria dos Direitos Fundamentais, expõe. “(...) a temporalidade só pode se explicar como dimensão histórica para o conhecimento e a realização dos direitos humanos, mas não para a sua existência”. Segundo ele, os diversos direitos humanos coexistem, apesar de terem surgido em momentos diferentes. No mesmo sentido Flávia Piovesan, em Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 149 e 150 “(...) compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada idéia de sucessão “geracional” de direitos, ma medida em que se acolhe a idéia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente completos em constante dinâmica de interação”.

⁴ Conforme salienta Bobbio, “*passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional*”, in A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 3.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

⁶ Sintetiza Daniel Sarmiento o liberalismo ao afirmar que “*a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas*”. In SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 11.

⁷ COSTA, Carlos José de Castro. Relação Obrigacional Contemporânea: O jazigo da Autonomia da Vontade? In CONPEDI.

proteção do indivíduo, enquanto na seara do Direito Privado, ante a existência de relações entre pessoas formalmente iguais, o princípio fundamental reitor era o da autonomia da vontade. Esta conjuntura corroborava o modelo econômico do *laissez faire*, cuja “mão invisível” do mercado estaria apta a solucionar os problemas sociais⁸.

Os efeitos da dominação burguesa e da industrialização, porém, geraram um quadro crítico de miséria humana e de exploração da mão-de-obra. O modelo liberal, destarte, entrou em crise, revelando que a simples abstenção do Estado do controle das atividades econômicas, a liberdade absoluta de comércio e de produção, a obediência às leis naturais da economia, a liberdade contratual, a livre concorrência, o respeito à propriedade privada, precisavam ser revistos.

Os direitos de primeira dimensão, aplicados à realidade concreta, não atingiam seu escopo, qual seja, a garantia de real igualdade e liberdade entre os indivíduos⁹. Ao receber *status* jurídico, os ideais burgueses, paradoxalmente, sentenciam sua superação, pois, “*não traziam a revolução, mas a conservação*”¹⁰. Eis o nascedouro do positivismo jurídico, onde há identificação do Direito à lei posta pelo Estado.

Diante da crise social instalada, surge a necessidade de se constitucionalizar determinados direitos além dos individuais e políticos, para proporcionar a igualdade material entre os indivíduos. Emergem destarte os direitos de segunda dimensão. No período entre as duas grandes guerras mundiais (antecedido pela Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919), são introduzidos nos textos constitucionais os direitos econômicos e sociais, consubstanciados nos direitos concernentes à saúde, educação, trabalho, seguro social, função social da propriedade, nacionalização, empresas públicas etc.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais se caracteriza pelo advento do Estado Social – “*Welfare State*” –, caracterizado pelos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo valor reside na igualdade. Surge, na virada para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e, em conseqüência, a consagração constitucional de uma série de direitos, que demandam prestações destinadas às garantias das condições mínimas de vida para a população. O Estado se via obrigado a assumir uma postura mais ativa no cenário econômico para disciplinar e impor limites às forças do mercado¹¹. O Estado Liberal, então, transforma-

⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 13.

⁹ Na afirmação de Carvalho Netto, “*A liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto*”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In Revista do Direito Comparado. Pós-Graduação da FDC/UFMG. Belo Horizonte: Mandamentos, maio 1999, p. 480.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In Revista de Direito Administrativo, n. 225, 2001, p. 20.

¹¹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 18.

se no Estado Social, agora preocupado não somente com a liberdade, mas com o bem-estar do seu cidadão¹².

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente em relação aos fatos ocorridos nos campos de concentração da Alemanha nazista, os direitos da pessoa humana ganham extrema relevância e âmbito internacional, reconhecendo o fato de que os indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência, os quais não devem ser protegidos.

O impacto tecnológico produzido no meio ambiente também influenciou a história dos direitos fundamentais ensejando o surgimento dos denominados direitos de terceira dimensão, os quais levam em consideração o “gênero humano” e não simplesmente o indivíduo.

O Estado Social entra em declínio a partir da Segunda Guerra Mundial, cujo apogeu de tal crise se configura na década de 1970. O Estado que havia recebido aptidão para intervir, se transforma em empresa acima de outras empresas. A era da informação ou pós-industrial, deu azo aos direitos de terceira dimensão, denominados interesses difusos ou coletivos, cuja compreensão abrange os direitos ambientais, direitos do consumidor e direitos da criança, dentre outros. Os titulares de tais direitos não podem ser clara e nitidamente determinados. A ocorrência de dano, ainda que não causada diretamente pelo Estado, pode ensejar a sua responsabilidade, diante da negligência no dever de fiscalização e atuação, criando uma situação difusa de risco para a sociedade¹³. Trata-se, pois dos direitos de solidariedade e fraternidade, manifestados no paradigma do Estado democrático de direito.

Acerca de uma quarta dimensão dos direitos humanos, cuja concretização ainda se encontra em construção teórica, salienta-se que são direitos que se espraiam no âmbito dos direitos fundamentais e direitos humanos, não obstante apresentarem objeto e métodos próprios, cuja aplicação é voltada para proteção da vida e da dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, como direito que busca resguardar a espécie humana¹⁴. Conforme salienta Norberto Bobbio, entre os direitos de quarta dimensão, há de se compreender o Biodireito¹⁵.

¹² A partir desta conjuntura, há multiplicação de normas de ordem pública, cujo objeto é o Direito Privado, com o objetivo de limitar a autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. Pode-se citar, como exemplo, o desmembramento do Direito do Trabalho, da órbita do Direito Civil, com o escopo de proteção do trabalhador diante de seu empregador, pois aquele se refere à parte mais fraca da relação jurídica.

¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Op. cit., pp. 480-481.

¹⁴ Alguns autores tecem críticas ao reconhecimento universal dos direitos humanos, tendo em vista o fato de que, por terem se desencadeado no mundo ocidental, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, a imposição destes direitos à civilizações que não partilham da tradição cultural do Ocidente, caracterizaria uma violação à autodeterminação dos povos, culminando como uma forma insidiosa de imperialismo ocidental. A concepção multiculturalista, todavia, pode recair em um relativismo ético sem limites, onde a humanidade pode ser obrigada a aceitar de forma perplexa, por exemplo, os massacres étnicos na África, o regime de castas na Índia ou a redução da mulher à condição de objeto no mundo islâmico. Daí ser preferível a idéia de que os direitos humanos, ainda que originados pelo pensamento ocidental, se universalizaram e, não de proteger todo e qualquer ser humano, independentemente de seu país ou cultura, sem se olvidar, contudo, das diferenças culturais.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 8 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Na consecução de uma sociedade livre, justa e solidária, preconizada pela Constituição da República, os direitos fundamentais – de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões – revelam-se cada vez mais importantes, diante dos valores que circundam a preservação da vida e a dignidade da pessoa humana.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, culminando – ou, quiçá iniciando – a luta pela reconquista do Estado Democrático de Direito, após mais de vinte anos de ditadura e repressão, restaurou o significado de expressões como liberdade e dignidade. A consolidação da dignidade da pessoa humana no inciso III do art. 1º. do texto constitucional demonstra a preocupação do legislador constituinte com a promoção dos direitos fundamentais e da justiça social no país.

A pessoa, que era tida como titular de direitos humanos oponíveis ao Estado assume agora, em determinados contextos, a condição de sujeito passivo de tal direito¹⁶. Daí a possibilidade de um casal ter de aceitar a impossibilidade de se submeter a uma técnica de reprodução assistida, em observância, por exemplo, ao melhor interesse da criança.

3. Direito Fundamental à Procriação.

O art. 226, §7º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre o planejamento familiar, fundamentando-o nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, considerando que se trata de livre decisão do casal, impondo ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do referido direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Os direitos fundamentais revestem-se de essencialidade para a vida de qualquer indivíduo, pois se referem às dimensões da liberdade e da dignidade. Assim, por se caracterizarem direitos de grande importância, ganharam, pelo constitucionalismo democrático moderno, *status* de cláusulas intangíveis¹⁷.

O direito à procriação (*“right to procreate”*), inicialmente possuía um foco restrito entendendo-se que havia conteúdo negativo, onde se atribuía ao indivíduo uma defesa contra o Estado para que este não o privasse ou limitasse a liberdade de escolha quanto à procriação¹⁸. Posteriormente, acrescentou-se um conteúdo positivo ao direito de procriar, consistente no direito de desenvolver concretamente a função de genitor¹⁹.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 25.

¹⁷ FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e Direitos Fundamentais, Mandamentos, pp. 188-189.

¹⁸ Os temas concernentes ao planejamento familiar e controle da natalidade eram ínsitos aos debates atinentes à demografia e crescimento econômico, sendo encarados como problema social. Após a incidência de movimentos sociais, tais como o das mulheres, o tema vem

Na década de 1990 a “autonomia reprodutiva” alcança significativo progresso. A Conferência Internacional de Cairo sobre população e desenvolvimento (1994) e a Convenção de Beijing, cujo tema versava sobre as mulheres (1995), reconheceram, pela primeira vez, em sede oficial, como direitos fundamentais ou humanos, a expressão “direitos reprodutivos” (*“reproductive rights”*).

A inserção da expressão, no texto oficial, “direitos reprodutivos” visava a possibilidade de decisão livre e responsável acerca do número de filhos e sobre o intervalo entre eles, bem como de acesso às informações, instruções e serviços sobre o planejamento familiar. Os programas e ações, entretanto, centravam-se em um aspecto negativo da reprodução, isto é, apenas limitavam-se aos métodos de controle da fecundidade. Configurava-se, pois, um direito de não reproduzir, de uma sexualidade sem reprodução.

A garantia do direito à escolha reprodutiva defere ao indivíduo a liberdade reprodutiva, portanto, refere-se a “se” e “quando” se reproduzir. Pode-se, ainda, incluir nesse processo de escolha reprodutiva o “como” reproduzir-se, trazendo à baila as técnicas de reprodução assistida, assegurada como opção pessoal absolutamente fundamental. Tem-se, então, o direito à procriação ou o direito reprodutivo positivo compreendido pela autonomia reprodutiva.

Cumprido analisar, após o reconhecimento de um direito reprodutivo positivo, se este tem natureza de direito fundamental. A Conferência Internacional para População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, fixa o conceito de direitos reprodutivos. Estes direitos têm como base o reconhecimento do direito de todos os casais e indivíduos decidirem livremente as questões ligadas à sua vida reprodutiva. Ademais, o indivíduo tem reconhecido o direito de atingir o mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual²⁰.

Há de se considerar que os direitos humanos são universais, e, nesta moldura, há de ser realizada reflexão acerca da inserção do direito à reprodução nesta categoria. Questões de natureza ético-jurídicas são levantadas, sobretudo no que se refere à adoção das técnicas de reprodução assistida, como por exemplo, a possibilidade de procriação por um único indivíduo, por casais homossexuais ou por pessoas que desejam se submeter à técnica

migrando para o campo da saúde reprodutiva e o seu reconhecimento como direito, prioritariamente individual para proteção da pessoa humana.

¹⁹ Em nível internacional, a questão do reconhecimento do direito à procriação como direito fundamental não é uníssona. Heloisa Helena Barboza sintetiza, citando Encarna Roca i Trias, salientando que “a base da questão envolve a existência de um ‘hipotético’ direito a ter filhos, derivado do próprio direito à vida, bem como do direito à privacidade, compreendendo não só a proteção da vida já existente (sentido negativo), mas também a possibilidade de criar uma nova vida por meio de técnicas médicas (sentido ativo).

²⁰ Para Flávia Piovesan e Wilson R. Buquetti Pirotta, portanto, “se destacam o reconhecimento internacional da importância dos direitos reprodutivos na promoção da saúde reprodutiva e a inserção dos direitos reprodutivos no rol dos direitos humanos”. PIOVESAN, Flávia, e PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil, p. 155.

denominada maternidade de substituição (ou gestação por substituição ou sub-rogação de útero).

Na Europa foi publicado, por meio do relatório do CAHBI²¹, documento que contém princípios sobre as técnicas de reprodução assistida. O primeiro princípio contido no referido documento admite a aplicação de técnicas de procriação artificial humana em favor de um casal heterossexual, se atendidos os pressupostos estabelecidos pelo documento e desde que haja condições apropriadas para assegurar o bem-estar da criança que há de nascer.

Salienta Heloisa Helena Barboza, que há de ser feita a interpretação mais benéfica, no sentido de não afastar a existência de um direito à reprodução, nem sua natureza de direito fundamental, mas, para tanto, há de ser analisada a sua inserção na ordem dos direitos humanos.

Há de ser citada a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais obra por Ingo Wolfgang Sarlet, o qual afirma que a expressão “*direitos fundamentais*” se aplica aos “*direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado*”, os “*direitos humanos*” a seu turno, guardariam relação com o direito internacional, “*por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal*”, aspirando, portanto, “*à validade universal*”²².

Não vislumbrando óbice à inserção de novos direitos humanos, Heloisa Helena Barboza, cita Celso D. de Albuquerque Mello, o qual salienta que “*os direitos do homem são aqueles que estão consagrados nos textos internacionais e legais, não impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro*”²³. Alguns direitos humanos decorrem da própria natureza humana, enquanto outros advêm do desenvolvimento da vida social, pois o homem nunca existiu isoladamente.

Nesta moldura surgem os direitos sobre a sexualidade e a reprodução, mencionados pela primeira vez na Declaração da ONU de 1966, cujo texto determina que o tamanho da família configura “*livre opção do casal*”. Posteriormente, em 1968, a Declaração de Teerã, incorporou o planejamento familiar como direito²⁴. O fato, todavia, de haver proteção constitucional a determinado direito não significa que, obrigatoriamente, este possa ser classificado como direito fundamental.

²¹ CAHBI – Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences. Relatório disponível em www.coe.int/t/e/legal, acesso em 15.11.06.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 33.

²³ MELLO, Celso D. e Albuquerque. Direitos Humanos e Conflitos Armados, p. 5.

²⁴ ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos, p. 192.

Os direitos humanos possuem cinco características: são universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. A classificação de universal refere-se ao fato de que são direitos que cabem a todas as pessoas.

A moralidade inerente aos direitos humanos consiste na sua fundamentação racional, consubstanciada na justificação perante cada indivíduo, alcançando, destarte, universalidade de validez, sendo, portanto, direitos de todos contra todos²⁵.

São classificados como preferenciais, tendo em vista a necessária relação dos direitos fundamentais com o direito positivo, isto é, o cumprimento dos direitos fundamentais é condição para a legitimidade do direito positivo, que deve respeitá-los, protegê-los e fomentá-los²⁶. Tem-se, assim, assegurada a prioridade que os caracteriza.

A abstração dos direitos fundamentais é verificada em sua própria limitação em face de outros direitos, se, no caso concreto, há colisão de direitos fundamentais, se admite ponderação entre os referidos direitos.

Considerando-se, pois que o elenco de Direitos Fundamentais na Carta Magna não se configura taxativo, tendo em vista a disposição constante no §2º. do art. 5º. da Constituição Federal de 1988, o qual adota um conceito aberto de direitos fundamentais, há de se permitir a inserção de direitos fundamentais alheios àqueles previstos no Título de Direitos Fundamentais.

Assim, com base nos argumentos supracitados, o direito à reprodução ostenta natureza de Direito Fundamental. Trata-se, pois, da denominada “autonomia reprodutiva”, competindo ao Estado assegurar o acesso às informações e meios para sua efetivação por meio de recursos educacionais e científicos para seu exercício. Ademais impossibilita qualquer intervenção coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, sob pena de macular a referida autonomia.

Com o fito de regulamentar o texto constitucional, foi promulgada a Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que expressa, no art. 1º., caracterizar-se o planejamento familiar direito de *todo cidadão* e o define, no art. 2º., 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*”. O parágrafo único do referido artigo veda a utilização de ações concernentes ao planejamento familiar para efetuar controle demográfico.

Ademais, conforme se infere na leitura dos artigos 3º., parágrafo único, inciso I e artigo 9º., o planejamento familiar obriga o Sistema Único de Saúde, em todos os níveis, a

²⁵ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, pp. 58-62.

²⁶ ALEXY, Robert. Segundo o autor, tal concepção compreende não só os direitos de defesa liberais clássicos, como também os direitos sociais que asseguram um mínimo existencial. Ob. cit, p. 61.

garantir programa que inclua a “*assistência à concepção e contracepção*”, onde há de ser oferecido para o exercício do planejamento familiar “*todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção*”.

A Conferência de Beijing, a qual dispõe que “*os direitos sexuais e reprodutivos constituem parte inalienável dos direitos humanos universais e indivisíveis*”²⁷. Não se pode olvidar do fato de que “*os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepassam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana*”.²⁸ Os direitos fundamentais, portanto, não se configuram como um dado, mas são construídos de acordo com as mutações políticas, sociais e culturais. Não há, pois, óbice à inserção do direito ao planejamento familiar e, conseqüentemente, do direito à procriação no rol dos direitos fundamentais²⁹.

O direito à procriação, todavia, não se restringe à esfera de interesses de apenas um indivíduo, pois há de se considerar os direitos fundamentais da criança. O direito à procriação, destarte, não possui caráter absoluto, o que enseja a ocorrência de ponderações caso haja colisão entre direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos. E não são poucas as colisões de interesses diante da diversidade de hipóteses na área da reprodução humana, sobretudo quando esta se efetua por meio de técnicas de reprodução assistida.

Inúmeros dilemas e conflitos surgem quanto à reprodução assistida. Há aqueles que sustentam a impossibilidade de existência de um direito fundamental à procriação, pois este é limitado pelos direitos da criança a nascer, cuja fundamentação reside no direito à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família com a dupla imagem de genitores, paterna e materna. Vislumbra-se, pois, corretamente, a preocupação com o novo ser que, segundo os princípios constitucionais, não há de ser considerado mero instrumento para a satisfação de objetivos alheios³⁰. Em hipótese alguma, admite-se a coisificação da pessoa.

O planejamento familiar, como direito fundamental, tem de ser confrontado com outros princípios constitucionais, sendo submetido a rigoroso trabalho de ponderação, para que lhe sejam fixados limites. Um dos limites a ser traçado refere-se ao melhor interesse da

²⁷ Conforme salienta Flávia Piovesan, inúmeros princípios relativos aos direitos reprodutivos tratados em documentos internacionais de direitos humanos (Conferência Internacional de Cairo, de 1994 e de Beijing, de 1995) foram elevados à categoria de norma constitucional pelo art. 226, §7º. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 182.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. Edição. Lumen Juris, 2006, p. 4.

²⁹ Heloisa Helena Barboza, afirma que “*o direito ao planejamento familiar pode ser inscrito no rol dos direitos que permitem a realização das potencialidades da pessoa humana, uma das mais importantes e que, por tal motivo, deve estar diretamente submetida a sua autonomia. Trata-se, portanto, de um direito fundamental (...)*”.

³⁰ Dentre outros ASCENSÃO, José Oliveira de. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense v. 328, p. 69-80.

futura criança. Assim, cabe ao legislador estabelecer os requisitos e as formalidades para que as pessoas tenham acesso às técnicas de reprodução assistida³¹.

No âmbito do planejamento familiar, seu exercício deve levar em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, pois aquele se fundamenta nestes. A Constituição da República inseriu, no ordenamento jurídico pátrio, alguns princípios que serviram para modificar o paradigma do direito de família clássico, dentre os quais se pode destacar a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (art. 226, § 5º., CF/88), melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, CF/88), plena igualdade entre os filhos (art. 226, § 6º., CF/88) e, acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196, CF/88). Estes princípios também hão de ser observados no exercício do direito ao planejamento familiar.

O art. 1º., inciso III da Carta Magna consagra como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no princípio orientador do direito ao planejamento familiar e limite maior de toda sua normatização.

O conceito de dignidade da pessoa humana configura-se muito amplo, em permanente processo de construção e desenvolvimento e que constitui o valor próprio que identifica o ser humano como tal³². Não pairam dúvidas acerca do fato de que o planejamento familiar há de ter por objetivo e por limite o desenvolvimento da personalidade dos membros da entidade familiar.

A paternidade responsável³³ (art. 229, CF/88) configura o dever atribuído aos pais, independentemente da situação jurídica (casados, companheiros, separados, solteiros, viúvos) de assistir, criar e educar os filhos menores, sempre logrando o melhor interesse da criança e do adolescente. A paternidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos, seja decorrente de conjunção carnal ou da utilização de alguma técnica reprodutiva. O exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação ao gerar uma nova vida humana, há de trazer a responsabilidade individual e social das pessoas que devem priorizar o bem-estar físico, psíquico e espiritual da criança, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor³⁴.

³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação, p. 719.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, p. 38/40.

³³ O termo “paternidade responsável” não abrange o conteúdo material do texto do art. 226, § 7º., pois este se refere somente à paternidade. A análise, portanto, do referido artigo, aliado à previsão da igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres culmina na conclusão de que o legislador constituinte disse menos do que queria. O legislador, destarte, deveria utilizar a expressão constante no direito inglês, onde deveria empregar o termo “parentalidade responsável”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., pp. 452/453.

³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., pp. 453/454.

O direito à reprodução assistida há de ser inserido no contexto solidarista e humanista do Direito de Família, o que inviabiliza, pois, sua utilização para a consecução de fins egoísticos tais como a escolha do sexo do filho, a opção por filhos gêmeos, ou a escolha do tipo físico da criança.

O art. 227 da Carga Magna assegura com absoluta prioridade à criança e ao adolescente os direitos à vida, à saúde e à convivência familiar, portanto, na ocorrência de colisão de princípios, deve prevalecer o do melhor interesse da criança. O direito ao planejamento familiar, seja no aspecto positivo ou negativo, encontra forte limite no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente³⁵.

O direito à procriação configura, pois um direito fundamental, mas encontra limites nos próprios princípios constitucionais. Com efeito, neste sentido, no âmbito da reprodução assistida, afirma Mônica Aguiar que “(...) o objetivo primordial da utilização de técnicas de procriação assistida é tentar oferecer aos casais com problemas de fertilidade, chances idênticas às que os férteis têm de gerar filhos. A assistência médica pretende ter o papel fundamental, mas limitado, de propiciar a geração de bebês que, espontaneamente, não puderam ser gerados, sem que, com isso, se deva assegurar qualquer vantagem além do nascimento desejado”³⁶. Não encontra guarida, no ordenamento jurídico pátrio, com base no direito à reprodução, portanto, interesses alheios à geração de filhos com assistência da tecnologia, quando, naturalmente, as pessoas têm condições de procriar.

O acesso às técnicas de reprodução assistida, somente há de ser permitido quando houver impossibilidade de procriação por meios naturais. Em determinadas situações, todavia, o casal pode obter condições de procriar naturalmente, contudo, por questões de propensão à transmissão de doenças genéticas à prole, o risco pode ser solucionado mediante o recurso à técnica de reprodução assistida. Haveria a tutela de dois interesses que podem ser perfeitamente resguardados: o interesse do casal que deseja concretizar o projeto parental de maneira responsável e o interesse da futura pessoa, no que concerne à sua integridade. Seria um caso onde haveria de se dar cumprimento ao princípio da dignidade da futura pessoa humana, diante do respeito e consideração que seus pais hão de ter quanto à integridade psicofísica de seus filhos. A decisão responsável de conceber um novo ser na concretização do projeto parental integra um interesse privado e o Estado não pode interferir nesta decisão,

³⁵ Ademais, conforme salienta Daniel Sarmento, “os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo”, in SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 20.

³⁶ AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e Bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.

sendo vedada adoção de qualquer mecanismo coercitivo no contexto do planejamento familiar, o qual, conforme ressalta o texto constitucional, é livre decisão do casal.

Caracterizado, pois o direito à reprodução humana como direito fundamental, se verificada impossibilidade material no exercício da liberdade de procriar, diante da esterilidade do casal (ou de um dos membros do casal) ou de grande possibilidade de transmissão de doenças hereditárias à futura prole o Estado tem de fornecer recursos educativos e científicos para concretização do direito ao planejamento familiar³⁷.

O avanço científico permitiu a dissociação da procriação da relação sexual e, em consequência, a esterilidade deixa de ser encarada como um fatalismo que impossibilita o casal (ou a pessoa) de concretizar o projeto parental. A esterilidade do casal, porém, não há de ser o único critério a ser verificado acerca da possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida. Há necessidade de valoração de outros requisitos, a começar pela análise do melhor interesse da criança, a parentalidade responsável e a dignidade da pessoa humana.

Se o casal, destarte, possui condições de acesso e êxito na técnica de reprodução assistida homóloga, não será permitido a este o recurso às técnicas de reprodução assistida heteróloga, salvo na hipótese de transmissão de doenças genéticas.

Outro limite que o legislador infraconstitucional tem autonomia para estabelecer, com fulcro nos princípios constitucionais, consiste na vedação à possibilidade de pessoa sozinha concretizar o projeto parental. O texto constitucional, ao trazer disposições atinentes ao planejamento familiar, à paternidade responsável, ao melhor interesse da criança, entre outros, possibilita que o legislador limite o recurso às técnicas de reprodução assistida àqueles casos em que exista família constituída regularmente pelo casal (seja constituída pelo casamento ou pela união estável) onde há de se verificar condições de crescimento e desenvolvimento da criança a ser gerada, inclusive para os fins de amparar os pais quando estes se encontrarem em idade mais avançada, conforme preconizam os artigos 229 e 230 da Constituição Federal.

Conforme preconiza o art. 60, § 4º. da Constituição da República, os direitos fundamentais possuem característica supra-estatal, portanto, o respeito a estes é obrigatório, não havendo possibilidade de modificação, sequer pelo Poder Constituinte Originário.

4. As Técnicas de Reprodução Assistida:

O desenvolvimento científico possibilitou a existência de inúmeras técnicas de reprodução assistida, aptas a concretizar o sonho do projeto parental. A partir do nascimento de Louise

³⁷ Não se pode olvidar da existência de vozes dissonantes que recusam a inserção do direito à reprodução na categoria de direitos fundamentais. José de Oliveira Ascensão, salienta que a existência de um direito à filiação seria contraditória, pois a própria natureza se encarrega de não admiti-lo diante da esterilidade. O citado autor não admite que descoberta científica seja capaz de alterar o quadro apresentado por fatores naturais. ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas Jurídicos da Procriação Assistida, p. 98.

Brown, no ano de 1978, considerada como o primeiro bebê de proveta do mundo, a ciência tem demonstrado evolução no que tange à possibilidade de obtenção da filiação.

As técnicas de reprodução assistida podem ser divididas em grupos. Há a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a chamada maternidade de substituição.

A inseminação artificial consiste na tentativa de fertilização da mulher por vias diferentes da relação sexual. A inseminação artificial pode ser homóloga, na qual o material genético utilizado é proveniente do casal interessado na reprodução. Se não for possível a concretização do projeto parental por meio da utilização do material genético do casal, há possibilidade de utilização da inseminação artificial heteróloga, onde há utilização de gametas de terceiros (doadores) para que seja concretizada a reprodução.

A inseminação artificial configura um procedimento relativamente simples: a fecundação ocorre no corpo da mulher. O sêmen masculino é recolhido e posteriormente introduzido no interior do aparelho reprodutor da mulher, frequentemente no colo do útero. Pode ser ainda introduzido no interior do útero ou nas trompas.

Para aumentar as chances de sucesso do recurso à técnica da inseminação artificial, realiza-se uma prévia estimulação hormonal dos ovários para obtenção de vários óvulos. Não obstante o aumento considerável das chances de sucesso da inseminação artificial com a prévia estimulação hormonal surge o risco de ocorrência de super estimulação e de gestações múltiplas, que traz à baila o polêmico tema referente da redução embrionária³⁸.

Outra técnica de reprodução assistida consiste na fecundação *in vitro* (FIVETE – *fertilization in vitro ET transfert d'embryon*), que também pode ser homóloga ou heteróloga. A Fecundação *in vitro* se caracteriza pelo fato de a fertilização ocorrer no laboratório e não no aparelho reprodutor da mulher. O material genético é colhido e a manipulação dos gametas é realizada em laboratório³⁹. Para tal procedimento, há necessidade de acompanhamento do ciclo natural e, quando próximo do amadurecimento do óvulo, este é colhido e se obtém a fecundação *in vitro*.

A partir da divisão celular do embrião, este é implantado no útero materno, onde se desenvolve normalmente durante o período gestacional. Há de se destacar que apenas alguns

³⁸ A questão da redução embrionária nos leva a refletir sobre o avanço ilimitado da racionalidade humana e as novas tecnologias que se materializam em todas as esferas da vida. As técnicas de reprodução assistida permitiram a gestação de inúmeros fetos ao mesmo tempo, destarte, há de se estabelecer a diferença entre redução em gravidez multifetal – RGM – e eliminação seletiva de feto anômalo. Nesta a intenção é evitar ter uma criança com um problema médico conhecido, enquanto na redução multifetal o objetivo é prevenir problemas secundários à gestação multifetal e ao nascimento prematuro. O grupo médico do *halachah* considera que se a vida da mãe está em perigo, cada feto é um agressor e pode ser morto para salvar a mãe. Se o perigo, todavia, é para os fetos, cada um é vítima e agressor, com igual *status*, não podendo, pois eliminar uma vida em prol da outra. A discussão, ainda há de versar sobre a proteção do embrião.

³⁹ Trata-se do caso de Louise Brown, cuja mãe sofria de obstrução ou oclusão das trompas de Falópio. A ovulação ocorria com normalidade, contudo, a obstrução tubária impedia o encontro do óvulo com as células germinais masculinas.

embriões são implantados enquanto os embriões excedentes são mantidos crio-preservados para posterior utilização, caso haja necessidade⁴⁰.

A partir da FIVETE, houve a descoberta, pelo argentino Ricardo Asch, no ano de 1984, da Transferência Intratubária de Gametas – GIFT (*Gamets Intra-Falopian Transfer*)⁴¹.

Existe, ainda, a Transferência do Embrião para as Trompas – ZIFT ou PROST – procedimento no qual quando se obtém os gametas, realiza-se a fecundação no laboratório e se implanta os embriões nas trompas (e não no útero)⁴².

A Transferência do Oócito para a trompa consiste em outro procedimento apto à ensejar a fecundação do embrião e, conseqüentemente, a obtenção da filiação decorrente do projeto parental. Trata-se, o referido procedimento, de transferir o oócito para uma zona acessível aos espermatozóides pelo ato sexual.

Há de se ressaltar, ainda, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (*Intracytoplasm sperm injection – ICSI*), consistente em injetar um único espermatozóide diretamente no interior do oócito. Os procedimentos para a realização da ICSI são os mesmos da FIVETE, exceto com relação ao preparo do sêmen⁴³.

Existe, ainda, a hipótese de a mulher não poder conduzir a gestação normal em seu corpo, quando poderá se socorrer da denominada gestação de substituição, na qual a mãe de substituição empresta seu útero para que nele seja implantado o embrião e se desenvolva a gestação. A gestação de substituição pode decorrer de técnica homóloga ou heteróloga, caracterizando-se a primeira quando o material genético é proveniente do casal que deseja obter a filiação, enquanto na heteróloga, utiliza-se material genético de terceiro (doador).

⁴⁰ A técnica da fecundação *in vitro* tem as seguintes fases: (i) tratamento hormonal da mulher, para que produza maior número de oócitos; (ii) coleta dos oócitos, atualmente feita por via vaginal, que torna desnecessária a hospitalização da mulher, bastando aplicação de anestesia local; (iii) a fecundação *in vitro*, consistente na colocação em contato dos oócitos com os espermatozóides, para que o processo de fecundação se realize em laboratório. A partir da fecundação, o zigoto começa a se dividir; (iv) a fase final do processo de fecundação *in vitro*, consiste na transferência de embrionária, entre vinte e quatro e quarenta e oito horas após a fecundação, o embrião é transferido para o interior do útero onde realiza, por si só, o processo de implantação e continua o desenvolvimento embrionário.

⁴¹ Trata-se de um processo semelhante à fecundação *in vitro*, todavia, algumas etapas desta são substituídas para se obter a fecundação *in vivo*. Há o estímulo à ovulação, realiza-se a coleta e preparação do esperma e opera-se a punção dos folículos por meio de incisão no abdômen feminino, conforme se faz na FIVETE. Após a coleta dos óvulos, há sua introdução em um cateter com o esperma e, em seguida, ocorre a transferência para uma ou as duas trompas. Conforme se infere, a fecundação não é feita em laboratório, os oócitos e espermatozóides são introduzidos nas trompas para que neste local – onde o processo de fecundação acontece naturalmente – possa ocorrer o processo de fertilização. A GIFT proporciona a redução do número de manipulações biológicas em laboratório e permite que os gametas sejam recolocados no ambiente natural, o que favorece ao embrião condições ideais de desenvolvimento, migração e nidação mais naturais do que aquele da FIVETE.

⁴² Observa o mesmo procedimento da GIFT, todavia, quando da implantação nas trompas existem os zigotos pronucleados, isto é, pronúcleo masculino e pronúcleo feminino, e, assim, já houve a fecundação. Diferencia-se da FIVETE pelo fato de que nesta, quando há a transferência para as trompas da mulher, a divisão celular já se iniciou e tem-se o embrião com dois, quatro ou mais blastômeros, e na ZIFT, há somente o zigoto. Ademais, há de se destacar diferença entre ambas no que se refere ao local da implantação, pois na ZIFT o depósito dos zigotos se dá nas trompas de Falópio, enquanto que na FIVETE a transferência do embrião é feita para o útero.

⁴³ A mulher se submete a tratamento hormonal, rastreamento da ovulação, anestesia e retirada dos óvulos por punção. Realizada a coleta dos óvulos, estes devem ser preparados para a fertilização, com a retirada de algumas células para facilitar o rompimento da membrana. Posteriormente, o espermatozóide é colocado em placa com meio de cultura e sugado pela micropipeta com o fito de ser injetado diretamente no óvulo. Com a fertilização do óvulo, este é colocado na estufa de CO₂ e observado no dia seguinte para verificar se houve ou não o seu desenvolvimento. A vantagem da técnica de ICSI refere-se ao baixo número de espermatozóides necessários para conseguir a fertilização.

5. Princípios Aplicáveis às técnicas de reprodução assistida:

A possibilidade de procriação por meio de um ato distinto da relação sexual impõe o estabelecimento de regras de ética médica a serem observadas no exercício do recurso a uma técnica de reprodução assistida. Em primeiro lugar, há de se observar que o respeito à dignidade da pessoa humana e à autonomia do indivíduo devem orientar o legítimo exercício de tais atividades.

A revolução biotecnológica decorrente dos avanços da medicina com o objetivo de buscar melhoria da saúde e da qualidade de vida pode gerar ameaças à dignidade das pessoas⁴⁴. A possibilidade de escolhas egoísticas, com fins à satisfação dos interesses dos pais, onde são relegados os interesses da criança por nascer, enseja a necessidade de criação de limites à atuação do indivíduo, sob pena de acarretar a aniquilação da própria existência humana.

O desenvolvimento tecnológico possibilitou a interferência do ser humano, de forma eficaz, nos processos de nascimento e morte. O homem, que passa a exercer o controle da vida, há de se preocupar com a repercussão de suas intervenções no processo vital.

Há, pois, necessidade de evitar ou solucionar abusos decorrentes das aplicações da ciência e da utilização da tecnologia, no que concerne à vida em geral, sobretudo à vida humana. Configura-se primordial a análise dos usos e avanços da ciência e tecnologias para estabelecer orientações éticas de forma a conciliar sua aplicação à dignidade da pessoa humana, bem como à conservação do meio ambiente. Urge a análise das implicações biológicas e conflitos éticos e jurídicos decorrentes da evolução científica, como, por exemplo, as técnicas de reprodução assistida, onde releva a questão pertinente ao início da vida humana.

O advento das técnicas de reprodução assistida coloca em xeque conceitos clássicos, como maternidade, paternidade e filiação, questionando valores morais intrínsecos na sociedade. Pelo fato de envolver questões com conseqüências graves à dignidade da pessoa humana, tentou-se sistematizar as principais questões por meio de princípios.

Para que fossem estabelecidos princípios éticos básicos com o objetivo de orientar as investigações em seres humanos, o Congresso Nacional dos Estados Unidos, no ano de 1974, criou uma Comissão Nacional que gerou, no ano de 1978, o chamado *Informe Belmont*, que trazia três princípios: princípio da autonomia ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas; princípio da beneficência, que consiste na obrigação de não causar dano, de maximizar os benefícios e minimizar os riscos; e o princípio da justiça, consubstanciado na imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, no qual veda-se o tratamento distintivo entre pessoas, exceto se houver diferença relevante.

⁴⁴ TINANT, Eduardo Luís. Bioética jurídica, dignidade de la persona y derechos humanos. 1ª. Ed. Buenos Aires: Dunken, 2007, p. 47.

Em obra publicada no ano de 1979 por Tom L. Beachamp e James F. Childres, foi acrescentado mais um princípio, qual seja, o da não-maleficência, consistente na proibição de causar mal a outro⁴⁵. Este princípio possui um caráter comissivo, ou seja, sua aplicação deve prevenir ou eliminar o dano e promover o bem.

Os princípios orientadores da bioética foram sistematizados com o escopo de se ter ampla aplicação, de forma que pudesse reger, desde a experimentação com seres humanos até a prática clínica assistencial. A sua aplicação, portanto, para seus idealizadores, deve ser obrigatória⁴⁶ para orientar as ações humanas decorrentes do desenvolvimento tecnológico. Assim, tais princípios podem ser aplicados de modo universal a todas as pessoas em qualquer tempo e lugar, devendo ser aceitos por todas as épocas e culturas. Trata-se da denominada bioética principialista.

Ocorre, porém, que a bioética principialista revelou maior aceitação nos países de língua inglesa⁴⁷, sendo objeto de inúmeras críticas, uma vez que desconsidera as diversidades culturais e axiológicas, configurando um imperialismo moral, que exalta a moral individualista e minimiza a idéia de justiça, pois menospreza os contextos históricos e culturais.

A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho Europeu de 1997 (denominada Convenção Européia de Bioética), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997) e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2003) opera uma vinculação entre a bioética e os Direitos Humanos, questionando, assim, a bioética principialista difundida pelo Relatório Belmont.

Há necessidade de se observar as peculiaridades da realidade concreta do local em que há de ser aplicada, buscando-se a aplicação de uma bioética sem universalidade. Trata-se da bioética de proteção. A bioética, portanto, deve ser vista como uma ferramenta legítima para se proteger quem padece dos males e sofrimentos evitáveis, de forma a regular conflitos em uma sociedade que garanta a cidadania e a dignidade de todos os cidadãos.

A bioética de proteção, destarte, há de ser universalizável, porém sem se caracterizar universal. Nas palavras de Fermin Roland Scharmm: *“Acreditamos que uma bioética da proteção efetiva deveria ser universalizável (aplicável a todos os casos que tenham as*

⁴⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: Novos Temas de Biodireito e Bioética. Organizadores Heloisa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

⁴⁶ Segundo Juan Carlos Tealdi, *“a partir dos princípios de beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça, e das teorias deontológicas, utilitaristas e das virtudes, será possível, por via do silogismo prático, estabelecer juízos morais sobre casos concretos, sejam eles concernentes ao início, ao decurso ou ao fim da vida”*, In TEALDI, Juan Carlos. Os Princípio de Georgetown: análise crítica. In: Bases Conceituais da Bioética: enfoque latino-americano. GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel & SAADA, Alya (organizadores); tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, p. 50.

⁴⁷ Ibidem, p. 51.

mesmas características pertinentes para não criar discriminações moralmente arbitrárias sem ser universal a priori (para poder considerar as diferenças pertinentes do ponto de vista moral), isto é: ser suficientemente adaptada às circunstâncias concretas sem cair em uma das conseqüências não desejáveis do pragmatismo, que é o relativismo moral e, por conseguinte, do cinismo pragmático”⁴⁸. A aplicação bioética, assim, há de observar as especificidades de cada local, o que de certa forma, contraria o relatório Belmont, que foi apresentado ao mundo determinando a subsunção dos fatos aos princípios contidos naquele documento.

Nesta perspectiva, buscando-se a observação dos princípios aplicáveis e as peculiaridades da realidade concreta, há de se verificar, no que tange às técnicas de reprodução assistida, questão extremamente delicada, qual seja, o início da existência humana, tendo em vista o fato de que em algumas modalidades de reprodução assistida, a fecundação ocorre em laboratório.

6. O embrião possui personalidade?

As técnicas de reprodução assistida levantam questões que tem sido objeto de debates de cunho filosófico-jurídico. A possibilidade de reprodução dissociada do sexo exterioriza o perigo das novas tecnologias reprodutivas. Cumpre, portanto, questionar em que momento começa a existência humana?

O desenvolvimento biotecnológico que possibilita a intervenção humana na geração da vida revela uma mudança paradigmática, na qual os modelos convencionados e socialmente aceitos, cuja eficácia se mantém por leis e códigos morais, acabam se tornando obsoletos em razão das transformações tecnológicas, sociais, psíquicas e comportamentais. A quebra de paradigmas revela um período de convulsão social, dada a destruição dos valores que reinam absolutos e a ausência de novos valores, os quais ainda vão sendo construídos. Não obstante o período inicial conturbado, a história⁴⁹ nos revela que estes momentos acabam sendo inscritos como marcas evolutivas da história da humanidade⁵⁰.

A construção desse novo modelo, porém, há de ser feita em observância à dignidade da pessoa humana. Eventuais normas que tenham por escopo regulamentar os avanços técnico-científicos no campo da genética e da procriação assistida têm de ser discutidas como práticas novas. Não há condições de se enquadrar os atos decorrentes do desenvolvimento tecnológico nos conceitos jurídicos preexistentes, os quais foram desenvolvidos em situações concretas e contextos de outrora e completamente diversos dos fatos que são verificados diuturnamente.

⁴⁸ SCHRAMM, Fermín Roland. Bioética sem universalidade? Justificação de uma bioética latino-americana e caribenha de proteção. *In*: Bases Conceituais da Bioética: enfoque latino-americano. GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel & SAADA, Alya (organizadores); tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006, p. 147.

⁴⁹ À guisa de exemplo, cite-se o período medieval que cedeu espaço ao iluminismo.

⁵⁰ WIDER, Roberto. Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 32.

Os avanços científicos proporcionaram situações em que, quando da construção dos conceitos jurídicos clássicos, eram inimagináveis. A adequação, portanto, destas novidades a um conceito para o qual este não será capaz de abranger, pode ensejar o desvirtuamento da norma, subvertendo-se o sentido original de garantia do direito⁵¹.

O estabelecimento de limites ao atuar dos cientistas há de ser estabelecido, com fincas a preservação da própria espécie humana. A reprodução humana, portanto, não mais decorre única e exclusivamente de um fato natural. A ciência, por meio da medicina e da biologia interfere e a reprodução passa a ser assistida. As técnicas de reprodução assistida desafiam conceitos consagrados como o de início da vida e sua proteção jurídica. E mais, os transplantes de órgãos e tecidos trazem à baila a possibilidade de prolongamento da vida onde se verifica nova discussão acerca do conceito de morte.

Informações e descobertas científicas trazem à baila conceitos de ser vivo, embrião, início da vida etc. Urge, então, a redefinição destes conceitos para que possam ser categorizados e se estabelecer um limite à atuação do ser humano na intervenção do processo vital. A criação de um estatuto sobre o embrião, por exemplo, há de trazer à baila debates concernentes ao momento de início da vida, existência ou inexistência do direito a se ter um filho, aborto entre outros.

Insta ressaltar, todavia, que o advento de lei para regulamentar os avanços biotecnológicos não significa que aquela deve estar ao sabor destes, sob pena de se reduzir o direito a uma função instrumental livre de todas as referências a valores. O sistema jurídico há de observar certos valores como a liberdade, igualdade e a dignidade humana. Nesta seara, as intervenções sobre o corpo humano se simplesmente adaptadas à moldura clássica do Direito Civil (especificamente Direito de Família) pode acarretar a coisificação (reificação) do ser humano⁵².

Assim, torna-se necessária a discussão atinente ao começo da vida humana, o que enseja dilemas éticos e desafios jurídicos. O ovócito pronucleado (chamado de “pré-embrião”) possui vida e, portanto, condição essencial para a existência da pessoa, mas ainda não pode ser considerado um ser humano, pois não possui material genético próprio. A partir da fecundação (fusão dos gametas masculino e feminino) o embrião assume características próprias, entretanto, para que possa ser obrado um estudo ético das intervenções na vida humana, configura-se necessário estabelecer quando começa a vida humana, pois não se pode

⁵¹ Conforme salienta Heloisa Helena Barboza, “talvez essa possibilidade – de controle da vida – mais do que qualquer outra tenha despertado a humanidade para a necessidade de preservá-la, estabelecendo limites para o atuar da ciência”. In BARBOZA, Heloisa Helena. *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵² BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do Biodireito*. In: *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Heloisa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barretto (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 59-60.

restringir aos aspectos estritamente científicos, sob pena de se deferir um tratamento reducionista, incapaz de determinar o momento em que começa a vida⁵³.

Vários fatores, além dos biológicos devem ser levados em consideração no que concerne ao momento em que se inicia a vida humana. Tem-se, portanto, a Teoria da Singamia⁵⁴, a Teoria da Nidação (Implantação)⁵⁵, há aqueles que defendem o início da existência humana no momento em que há a formação do sistema nervoso central⁵⁶. Existem outras teorias que buscam assinalar o momento em que se inicia a vida humana, assim, urge o estabelecimento de critérios pelo legislador com o intuito de garantir o direito fundamental à vida.

A Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁷ garante como direito fundamental o direito à vida. O legislador constituinte, porém, não fixou o termo *a quo* da existência humana. O art. 2º. do Código Civil dispõe que “*a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. O embrião humano pode ser considerado pessoa?

Aqueles que defendem que o embrião humano não possui personalidade se fundamentam na tese da autoconsciência, assim, não bastam requisitos biológicos para caracterização do início da personalidade. Os elementos psicológicos são fundamentais para a existência da personalidade, pois matéria e espírito são indissociáveis⁵⁸. Os defensores da tese de que o embrião humano possui personalidade criticam a teoria supracitada sob o argumento de que aqueles que negam personalidade analisam uma parte da pessoa, qual seja, o exercício da autoconsciência como se fosse o todo, fazendo uma confusão entre o plano do ser e o plano do obrar. O ser humano é um corpo vivente e este corpo começa a existir no estado embrionário⁵⁹.

Jürgen Habermas, questionando uma eugenia liberal, propõe um Estatuto Ontológico da Vida “Pré-pessoal” e argumenta que a vida pré-natal é indisponível, contudo, não inviolável. O nascimento, como ato socialmente individualizador, transforma um organismo humano em uma pessoa⁶⁰.

⁵³ CABALLOS, Pardo, 2007.

⁵⁴ Para a Teoria da Singamia existe vida humana no momento em que há união dos pronúcleos do óvulo e do espermatozóide durante a fertilização. Através deste processo as duas células perdem sua identidade e adquirem características próprias.

⁵⁵ Para os adeptos da Teoria da Nidação ou Implantação, começa a existência humana quando é concluída a implantação do embrião na parede do útero materno. O que era considerado pré-embrião, a partir da implantação no útero materno torna-se embrião e começa a existência humana, pois se torna um indivíduo, distinto dos demais da espécie.

⁵⁶ Após o décimo quarto dia de gestação o sistema nervoso central é formado, onde se pode considerar que exista vida humana.

⁵⁷ Inúmeros Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário outorgam proteção civil e penal à vida humana. A Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção sobre Direitos da Criança, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

⁵⁸ H. Tristram Von Engelhardt, Fundamentos de Bioética.

⁵⁹ Roberto Andorno: *La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión*.

⁶⁰ Jürgen Habermas: *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, 2002

7. As técnicas de reprodução *in vitro* e o início da personalidade do embrião fecundado em laboratório:

A Constituição da República Federativa do Brasil ocupa, no ordenamento jurídico pátrio, posição hierárquica superior. A escolha do legislador constituinte de que suas normas (de cunho aberto) não de versar também sobre as relações privadas, possibilitam que a Carta Magna seja concebida como novo centro do Direito Privado, e, assim, há de informar seu conteúdo⁶¹. Nas palavras de Daniel Sarmiento, “*a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo*”⁶².

A Constituição da República, destarte, há de ter absoluta primazia em relação às demais normas em vigor no ordenamento jurídico. O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil implica, assim, uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República.

O Direito de Família configura um instituto que deve ser redefinido para se harmonizar com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição Federal. Nesta seara, portanto, os direitos fundamentais cumprem um papel essencial, pois são portadores dos valores mais relevantes da ordem constitucional e devem servir de grandes diretrizes políticas do Estado⁶³.

Conforme adverte Eduardo Luís Tinant, as investigações científicas são impulsionadas pela busca da verdade – valor ético –, mas também por interesses econômicos. O desenvolvimento de soluções inéditas dos problemas ou dificuldades das pessoas e da sociedade em seu conjunto possibilita a incorporação de novas técnicas nos mais diversos campos para alcançar importantes avanços no melhoramento da saúde e das condições de vida no planeta, mas, acarreta, também, novas ameaças para a dignidade, a integridade e a liberdade das pessoas.

No que concerne à fecundação *in vitro* (FIVETE), por meio da qual a fecundação não ocorre no aparelho reprodutor da mulher, mas em laboratório, a formação do pré-embrião ocorre no momento em que há a fusão do material genético do homem e da mulher. A partir da fusão, o pré-embrião se torna vida potencial, com capacidade total de desenvolvimento autônomo em condições biológicas naturais, isto é, está apto a chegar à condição de vida humana plena.

⁶¹ Pietro Perlingeri, referindo-se à realidade italiana, manifesta-se aduzindo que “*O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. (...) O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e dos direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos*” in PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 06.

⁶² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 75.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Idem*, pp. 76/77.

Ao se submeter à fecundação *in vitro* a mulher passa por um tratamento hormonal para que produza maior número de oócitos, assim, há uma produção maior de embriões. Nem todos os oócitos são introduzidos no útero da mulher. Os embriões que não são utilizados na técnica são chamados de embriões excedentários, ou seja, “*os embriões concebidos em laboratório mediante fertilização in vitro e que permanecerem criopreservados para implantação no útero da mulher que levará a termo a gestação*”⁶⁴.

A Lei nº. 11.105/2005, denominada Lei de Biossegurança veda o descarte dos embriões excedentários. O Conselho Federal Medicina, por meio da Resolução nº. 1.358/92 também proíbe o descarte dos pré-embriões criopreservados.

No Congresso Nacional brasileiro encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº. 90/1999, que estabelece quanto à preservação de gametas e embriões humanos, que os estabelecimentos que realizam técnicas de reprodução assistida estão autorizados a armazená-los, porém, o tempo máximo há de ser estabelecido em regulamento – art. 9º., §2º., do PL nº. 90/1999. O legislador opta, no §3º. do art. 9º., por não garantir aos embriões *in vitro*, isto é, àqueles ainda não introduzidos no aparelho reprodutor da mulher, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei. No que concerne ao dispositivo do projeto de lei em comento, há de ser ressaltada a atitude do legislador, ainda que passível de críticas, este se posiciona e determina o prazo para armazenamento dos embriões excedentários.

Em consonância com o dispositivo supracitado que tramita no Congresso Nacional, ao não assegurar aos embriões *in vitro* os direitos do nascituro, possibilita o descarte de gametas e de embriões nos seguintes casos: (i) doados há mais de dois anos; (ii) havendo solicitação dos doadores; (iii) se estabelecido no documento de consentimento informado; (iv) na ocorrência de falecimento do doador; (v) na superveniência de falecimento de uma das pessoas que originaram os embriões preservados.

O texto do PL nº. 54/2002, também permite aos centros ou serviços de saúde, a criopreservação de espermatozoides, óvulos ou pré-embriões, e destaca a necessidade de o número total de pré-embriões ser comunicado aos pacientes, para que estes decidam o número a ser transferido a fresco (desde que observado o limite de quatro, estabelecido no art. 6º.), e o excedente ser conservado, sendo vedado seu descarte ou destruição. No que tange aos embriões excedentários os cônjuges ou companheiros devem manifestar sua vontade, por escrito, acerca do destino em caso de divórcio, doença grave ou falecimento, ou, ainda, a vontade de doá-los.

⁶⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o Novo Código Civil. In Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002, p. 238.

O Projeto de Lei nº. 1.184/2003 dispõe no art. 13, que pode haver transferência de, no máximo, dois embriões, e que estes não de ser transferidos a fresco. O art. 14 permite a conservação, pelos centros de saúde, de gametas humanos ou depositados apenas para armazenamento, cujos prazos para tal conservação não de ser definidos em regulamento. O §2º., do art. 14, considera obrigatório o descarte dos embriões (i) quando solicitados pelo depositante, (ii) quando o documento de consentimento livre e informado assim dispor; e (iii) quando o depositante vier a óbito, exceto se existir manifestação de vontade, no documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, autorizando a inseminação *post mortem*.

Silmara Chinelato, ao defender posicionamento no sentido de que o embrião *in vitro* seja caracterizado como pessoa humana, refuta a possibilidade de descarte de embriões, pois, segundo a autora, o Projeto parece considerar o embrião pré-implantatório como coisa e não como pessoa⁶⁵. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, sustentando posição contrária, com fulcro no art. 2º., do Código Civil/2002 (art. 4º., do Código Civil/1916) afirma que não há condições de se reconhecer o embrião *in vitro* como nascituro e conseqüentemente pessoa humana. A impossibilidade de equiparação ao nascituro ou a consideração como pessoa humana, entretanto, não seria óbice para que a lei resguardasse o interesse do embrião, como ente despersonalizado. Para o citado autor, portanto, seria conveniente que o dispositivo legal sobre embriões humanos não se revelasse tão permissivo, contudo, não haveria qualquer inconstitucionalidade ou ilegitimidade no texto projetado⁶⁶.

Importante ressaltar, conforme destaca Eduardo Luís Tinant, que o termo “pessoa” *“deriva do latim, cujo significado é personagem representado pelo ator e, por extensão, o papel ou função que desempenha na vida, a qual se sobrepõe a sua individualidade de carne e osso e constitui um modo de ser novo, determinado por princípios e por outros valores. Somos pessoa enquanto, partindo do papel e por sua realização, chegamos a reconhecermos como tal”*⁶⁷

Acerca da possibilidade de utilização dos embriões excedentários para pesquisas, cumpre questionar se tais atos seriam válidos ou atentariam contra a dignidade humana do embrião. Há de ser destacado que após a crioconservação durante certo lapso temporal o material genético pode ficar em más condições e, conseqüentemente, impossibilitar o recurso à técnica de reprodução assistida.

A análise perpassa pela análise do início da vida humana. A dignidade da pessoa humana constitui uma diretriz a ser seguida pelo intérprete do Direito. O direito dos pais não pode ser

⁶⁵ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 288.

⁶⁶ CALMON, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 973.

⁶⁷ Idem, 57-58.

irrestrito, sob pena de cometimento de abusos o que acarretaria a coisificação do embrião, por outro lado, não se pode deixar de considerar que o embrião fecundado em laboratório não possui viabilidade.

O ordenamento jurídico pátrio, notadamente no art. 2º., do Código Civil, dispõe que a personalidade jurídica é adquirida com o nascimento com vida, contudo, a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Os direitos da personalidade são inalienáveis e configuram prerrogativas inerentes à pessoa humana, portanto, o conceito de personalidade está intrinsecamente ligado ao de pessoa. A personalidade é, pois, qualidade ou atributo do ser humano.

No que concerne ao nascituro salienta a doutrina que é aquele que está por nascer, mas já concebido no ventre materno⁶⁸. Verifica-se que o conceito trazido à baila pela doutrina clássica não abarca o embrião excedentário, pois este não se encontra no ventre da mulher.

Constitui, pois um desafio o estabelecimento de novos paradigmas para estabelecer o início da personalidade humana, sobretudo quando se trata da utilização das técnicas de reprodução assistida. Importante destacar que independente da opção legislativa, seja considerando o embrião excedentário portador de personalidade jurídica ou que esta encontra-se ausente configura-se possível estabelecer critérios para evitar o cometimento de abusos por parte dos pais, das clínicas ou dos cientistas, sob pena de, ao considerar detentor de personalidade praticar atos atentatórios à dignidade, ou ao considerar que não possui personalidade se tornar mero objeto de interesses privados, olvidando-se de que há formação do embrião decorrente da fusão dos gametas masculino e feminino.

8. Conclusão:

O desenvolvimento científico que possibilita a reprodução dissociada do ato sexual faz com que conceitos sociais pré-estabelecidos sejam questionados. Expressões como início e final da vida, nascimento, concepção, personalidade entre outros devem ser revistos, sob pena de macular direitos fundamentais reconhecidos pelo legislador constituinte.

A fecundação *in vitro* configura uma modalidade de fertilização, na qual forma-se o embrião fora do ventre materno, ensejando inúmeras questões, dentre as quais pode-se destacar a existência de personalidade.

O Direito Positivo dispõe que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Há de se destacar que nascituro, para a doutrina, consiste naquele que foi concebido e se encontra no ventre materno. Com efeito, de acordo com este conceito, o embrião excedentário não gozaria de proteção jurídica. Daí se afirmar

⁶⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 217.

que urge a definição de novos parâmetros para definir conceitos consagrados pelo Direito clássico.

Não se pode olvidar do fato de que o embrião, ainda que concebido em laboratório, pode se tornar um pessoa (aliás é considerado uma pessoa em potencial). Assim, não se pode considerá-lo como um objeto, inserido como bem do comércio, relegando-se a possibilidade de se tornar uma pessoa. Por outro lado, há de se ressaltar que se o embrião não for implantado no ventre materno jamais terá condições de se desenvolver naturalmente, podendo permanecer por longo tempo nessa situação até que se torne em más condições para gerar uma nova vida.

Esse paradoxo demonstra o quão complexa é a tarefa de se deferir um tratamento com fins a garantir a proteção à personalidade sem considerá-lo como um objeto e ao mesmo tempo de deferir tratamento que não confere personalidade sem considerá-lo mero objeto de interesses patrimoniais, fato este que acarretaria a coisificação do embrião humano.

9. Referências:

- AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e Bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 217, jul/set, 1999.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. “Problemas Jurídicos da Procriação Assistida”. *Revista Forense*, n. 328, out/nov/dez, 1994.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *In* Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização “*in vitro*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. – Edição esgotada, exemplar gentilmente cedido pela autora.
- _____. “Procriação Medicamente Assistida: Consideração sobre o Projeto de Lei nº. 90 de 1999. *In* Revista da Faculdade de Direito da UERJ, nº. 6.
- _____. “Reflexões sobre a Responsabilidade Civil na Gestaçã de Substituição”. Palestra proferida em 15/09.00 no Congresso Jurídico Brasil 500 anos.
- _____ & BARRETO, Vicente De Paulo (org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, nº. 225, 2001.

- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 8 Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARVALHO-NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista do Direito Comparado. Pós-Graduação da FDC/UFMG. Belo Horizonte: Mandamentos, maio 1999.
- CHAVES, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo: Intersexualidade, Transexualidade, Transplantes. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (org.). Bioética no Início da Vida: Dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006.
- CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACCOIA, Gilberto & CONRADO, Marcelo (coord.) Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: Diálogo entre a Ciência e o Direito. Curitiba: Juruá, 2007.
- COSTA, Judith Martins. “Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito”. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2000, vol. 3, jul/set.
- FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- _____. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Elementos Críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FERNÁNDES, Javier Gafo. Dez Palavras-chave em Bioética. Trad. Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar.
- GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel & SAADA, Alya (org.). Bases Conceituais da Bioética: enfoque latino-americano. Tradução Luciana Moreira Pudenzi, Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Gaia, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, II.

- LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LOYARTE, Dolores & ROTONDA, Adriana. *Procreación Humana Artificial: um Desafio Bioético*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- LOYOLA, Maria Andréa. *Bioética: Reprodução e Gênero na Sociedade Contemporânea*. São Paulo: Letras Livres.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERLINGIERI, Pietro. Trad. Maria Cristina De Cicco. *Perfis do Direito Civil*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Intenacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____ & Pirotta, Wilson r. Buquetti. *Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil*. In *Saúde Reprodutiva na Esfera Pública e Política na América Latina*. OLVIERA, Maria Coleta (org.). Campinas: Unicamp/Nepo, 2001.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade. Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____ & GALDINO, Flávio (org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro: Aspectos Civis, Criminais e do Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Renovar.

- TINANT, Luís Eduardo. Bioética Jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos. 1ª. ed. Buenos Aires: Dunken, 2007.
- VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Vol. 6. 5 Ed. São Paulo: Editora Jurídica Atlas, 2005.
- WIDER, Roberto. Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- ZURUTUZA, Cristina. “Para uma Convenção Interamericana pelos Direitos Sexuais e Reprodutivos”. *In* Saúde Reprodutiva na Esfera Pública e Política na América Latina.