UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

JENIFFER CATARINE SANTANA LOPES OLIVEIRA

O ESTATUTO DO EMBRIÃO HUMANO EXTRAUTERINO EM FACE DAS TEORIAS REFERENTES AO INÍCIO DA VIDA

Salvador

2018

JENIFFER CATARINE SANTANA LOPES OLIVEIRA

O ESTATUTO DO EMBRIÃO HUMANO EXTRAUTERINO EM FACE DAS TEORIAS REFERENTES AO INÍCIO DA VIDA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Emanuel Lins Freire Vasconcellos

Salvador

2018

JENIFFER CATARINE SANTANA LOPES OLIVEIRA

O ESTATUTO DO EMBRIÃO HUMANO EXTRAUTERINO EM FACE DAS TEORIAS REFERENTES AO INÍCIO DA VIDA

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Aprovada em 02 de agosto de 2018

BANCA EXAMINADORA

Emanuel Lins Freire Vasconcellos – Orientador_____

Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Doutorando (2015-) e mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. (2012).

Técio Espínola Gomes _____

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e assessor jurídico. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2017), mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2013).

Leandro Reinaldo da Cunha _____

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Católica de São Paulo (2016).

“É necessário que ele cresça e que eu diminua”. João 3:30. Dedico este trabalho a Deus, meu Criador, que me deu fôlego de vida e entendimento para contrapor realidades e completar esta árdua tarefa. A Ele toda glória!

Agradeço a Deus, meus pais, demais familiares, ao meu esposo William. Agradeço ainda ao meu orientador, o ilustre professor Emanuel Lins Freire Vasconcellos pelos relevantes conhecimentos cedidos. Sem a contribuição de todos vocês nada teria sido possível. Meus mais sinceros sentimentos de gratidão, respeito e admiração.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a verificação do estatuto do embrião extrauterino em face da ausência de um aparelhamento conceitual adequado ao acelerado avanço das ciências biomédicas considerando-se aspectos biológicos, morais e legais. Foram verificadas detalhadamente as questões relevantes que giram em torno deste embrião extracórporeo, a exemplo da disposição verificada no artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), a qual aduz que é permitida para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias extraídas destes embriões, o que a partir da corrente biológica que se utilize para demarcar o início da vida pode ser considerado uma afronta ao direito à vida e ao princípio da dignidade. Outras questões decorrentes da ausência de regulamentação específica voltada para a disciplina dos procedimentos científicos relacionados ao embrião extrauterino também foram verificas, dentre as quais se destacam a indeterminação quanto ao tempo de criopreservação destes embriões em clínicas de congelamento e ainda a possibilidade de descarte dos mesmos. Todas essas questões direcionam o foco para a necessidade de um avanço teórico no campo do Biodireito e a elaboração de um estatuto que discipline as relações jurídicas a respeito do embrião humano extrauterino. Para tanto foram verificadas as teorias referentes ao início da vida, as técnicas de reprodução assistida e seus desdobramentos jurídicos além das considerações filosóficas e éticas acerca da abordagem em tela. Todos esses aspectos contribuíram para uma melhor compreensão sobre o embrião humano extrauterino e o atual tratamento destinado a esta figura.

PALAVRA CHAVE: **embrião, extrauterino, início, vida.**

ABSTRACT

The objective of the present study was to verify the status of the extrauterine embryo in the face of the absence of a conceptual apparatus adequate to the accelerated advance of the biomedical sciences considering biological, moral and legal aspects. The relevant issues that revolve around this embryo were analyzed in detail, as was the case of the provision in article 5 of Law 11.105 / 05 (Biosafety Law), which states that the use of cells is allowed for research and therapy purposes embryonic stem cells extracted from these embryos, which from the biological current that is used to demarcate the beginning of life can be considered an affront to the right to life and the principle of dignity. Other issues arising from the absence of specific regulations aimed at the discipline of scientific procedures related to the extrauterine embryo were also verified, among which the indetermination regarding the cryopreservation time of these embryos in freezing clinics and the possibility of discarding them were highlighted. All these questions direct the focus to the need for a theoretical advance in the field of Biology and the elaboration of a statute that governs the juridical relations regarding the extrauterine human embryo. For that, we verified the theories related to early life, techniques of assisted reproduction and their legal developments, as well as the philosophical and ethical considerations about the onscreen approach. All these aspects contributed to a better understanding of the extrauterine human embryo and the current treatment for this figure.

KEY WORDS: **embryo, extrauterine, beginning, life.**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. O EMBRIÃO HUMANO EXTRAUTERINO: DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS E AS TEORIAS REFERENTES AO INÍCIO DA VIDA 10

2.1. O embrião extrauterino e os desdobramentos jurídicos 10

2.2. Direito fundamental à vida: o embrião humano 14

2.3. Distinção entre fertilização natural e in vitro 16

2.4. O embrião humano e o surgimento da vida 17

2.5. Teorias referentes ao início da vida 19

2.5.1. Teoria concepcionista 20

2.5.2. Teoria neurológica 24

2.5.4. Teoria do pré-embrião 30

2.5.5. Teoria genético-desenvolvimentista 31

2.5.6. Teoria da pessoa humana em potencial 32

2.5.7. Teoria da natalidade 33

3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS 34

3.1.Distinção entre inseminação artificial e fertilização in vitro 34

3.2.Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 37

3.3.Análise do artigo 1597, inciso III: O embrião extrauterino e a aquisição de personalidade jurídica. 41

4. CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS, ÉTICAS E A FORMAÇÃO DO ESTATUTO DO EMBRIÃO HUMANO. 45

4.1. Considerações filosóficas 45

4.2. Considerações éticas 49

4.3. Estatuto do embrião extrauterino 53

5. CONCLUSÃO 57

6. REFERÊNCIAS 59

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a velocidade das transformações científicas possibilitou a manipulação de embriões humanos em diversos campos, como a clonagem, pesquisas com células-tronco embrionárias, engenharia genética e reprodução humana assistida. Estes avanços foram impulsionados em grande parte com o objetivo de driblar a barreira da infertilidade, o que resultou na ampla utilização das técnicas de fertilização artificial que viabilizam a concretização do tão sonhado projeto familiar para inúmeros casais.

Para a obtenção do sucesso destes procedimentos, muitos embriões são fecundados artificialmente e acabam não sendo utilizados. São os denominados embriões excedentários ou extranumerários, sendo recomendada a realização da criopreservação, procedimento este que consiste no congelamento desses embriões em nitrogênio líquido, para fins de utilização posterior.

Considerando-se a disposição verificada no artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), a qual aduz que é permitida para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias retiradas de embriões humanos que tenham sido produzidos por meio das técnicas de fertilização e que sejam considerados embriões enviáveis ou estejam congelados há três anos ou mais, verifica-se a ausência de regulamentação voltada especificamente à utilização destes embriões, aos procedimentos de manejo, o tempo de permanência em criopreservação ou ainda se estes embriões podem ou não ser submetidos ao descarte. Todas essas questões direcionam o foco para a necessidade de um avanço teórico no campo do Biodireito e a elaboração de um estatuto que discipline as relações jurídicas a respeito do embrião humano extrauterino.

O presente trabalho tem como objetivo verificar a proteção jurídica do embrião extrauterino em face da ausência de um aparelhamento conceitual adequado ao acelerado avanço das ciências biomédicas. Para tanto, devem ser verificadas detalhadamente as questões jurídicas que giram em torno deste embrião, as teorias referentes ao início da vida, as técnicas de reprodução assistida e seus desdobramentos jurídicos além das considerações filosóficas e éticas acerca da abordagem em tela. Todos esses aspectos contribuirão para uma melhor compreensão sobre o embrião humano extrauterino e o atual tratamento destinado a esta figura.

A metodologia empregada no presente trabalho é a exploratória, uma vez que se pretende conhecer qual o estatuto do embrião humano extrauterino, utilizando-se para tanto uma abordagem qualitativa, por meio de análises e percepções dos objetivos específicos a

serem abordados. A estratégia metodológica aplicada é a pesquisa teórica, segundo a qual de acordo com Miracy B. S.Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias consiste na análise de conteúdo como procedimento prioritário [1], constituindo-se para esta pesquisa na verificação de legislações e doutrina pertinentes ao tema.

O primeiro capítulo contará com a análise da questão jurídica em torno do embrião extrauterino. Também será estabelecida a distinção entre fertilização natural e a fertilização in vitro e o processo biológico de formação do embrião humano; além disto, será realizado um apanhado das teorias mais relevantes referentes ao início da vida, dentre as quais se destacam as correntes concepcionista, neurológica e a da nidação. O objetivo é observar como essas correntes foram formuladas e se os critérios estabelecidos em cada uma delas podem fornecer amparo teórico-científico para constatação do marco inicial da vida.

O segundo capítulo se debruçará sobre a verificação das técnicas de reprodução assistida e a problemática jurídica ensejada por elas, sobretudo, a repercussão gerada pelo uso das células-tronco embrionárias, procedimento que desaguou na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 de 2008. O capítulo será encerrado com a análise do inciso III, do artigo 1597 do Código Civil de 2002 “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;”, sobretudo para identificar se o embrião extrauterino resultante da técnica de reprodução assistida empregada no mencionado inciso já goza de personalidade jurídica.

No terceiro capítulo, será realizado um breve apanhado das considerações filosóficas e éticas, considerando-se que tais aspectos refletem a dimensão da natureza humana e os princípios que regem o comportamento dos indivíduos e que neste viés poderão contribuir para a delimitação do início da vida e a conceituação de pessoa humana. Por fim, com base em todas as considerações tecidas neste trabalho será verificada condição atual de proteção do embrião humano extrauterino.

---

[1] GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Repensado a Pesquisa Jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey,2010, p.105.

2. O EMBRIÃO HUMANO EXTRAUTERINO: DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS E AS TEORIAS REFERENTES AO INÍCIO DA VIDA

Neste capítulo serão analisadas as questões jurídicas que giram em torno do embrião extrauterino utilizado nas técnicas de reprodução assistida e em pesquisas médicas num cenário jurídico onde a ausência de regulamentação desperta a necessidade de posicionamento do direito sobre o tema.

O direito fundamental à vida será abordado numa ótica que tem por objetivo analisar se a proteção dele decorrente se estende ao embrião humano extrauterino.

Para melhor compreensão do tema, será estabelecida a distinção entre fertilização natural e a fertilização in vitro. Por fim, serão demonstrados o processo biológico de formação do embrião humano e as considerações pertinentes às teorias mais relevantes referentes ao início da vida.

2.1.O embrião extrauterino e os desdobramentos jurídicos

A evolução cientifica experimentada nas últimas décadas ampliou o rol de procedimentos relacionados com a fertilização artificial e as pesquisas para fins terapêuticos. Diante disto, surgem basicamente duas questões: a primeira é como aplicar a técnica de fertilização in vitro de modo seguro a evitar que sejam produzidos embriões extranumerários e a segunda é qual deve ser o posicionamento do direito em relação ao uso desses embriões em pesquisas com células-tronco embrionárias uma vez que essas células são extraídas a partir da destruição do núcleo do embrião humano.

Essas questões jurídicas afligem estudiosos e juristas sobre qual tratamento deve ser destinado aos embriões extrauterinos produzidos artificialmente, principalmente se considerado, que o cenário atual é marcado por uma indefinição jurídica quanto ao marco inicial da vida humana, observação que reflete na ausência de uma norma regulamentadora e abre margem à manifestação de diversos segmentos da sociedade a respeito do uso desses embriões em pesquisas, entre outras justificativas pela violação do direito à vida e desconsideração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas questões tornaram-se mais evidentes a partir do nascimento do primeiro bebê fecundado com a utilização de técnicas de reprodução assistida em 1978, na Inglaterra. Leonardo Tomasevicius Filho relata o contexto histórico decorrente desse episódio:

> [...] Por isso mesmo, no Reino Unido, em 1982, deu-se início a um estudo sobre estas questões relativas à reprodução assistida e uso de embriões em pesquisas,

> analisando-se as técnicas de reprodução assistida, doação de óvulos e de embriões, bem como das técnicas genéticas de transmissão hereditária de doenças e escolha de sexo, e também o congelamento de sêmen, óvulos e embriões. Este estudo foi concluído em 1984, e é conhecido como Relatório Warnock, o qual ainda é referência nesta matéria [...] [2].

O parágrafo 1º do artigo 15 do Código de Ética Médica (Resolução n° 1931/2009, Conselho Federal de Medicina) estabelece que "nos casos de procriação mediamente reprodução assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários". Ocorre que conforme já foi mencionado, não há segurança alguma de que a realização deste procedimento conduzirá a um número controlado de embriões.

O item 2 da seção V (Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2121/2015)[3] estabelece a técnica da criopreservação[4] nos casos em que da fertilização in vitro resulte a ocorrência de embriões excendentários,despertando mais problemas em relação a esses embriões, como até quando estes devem permanecer congelados nos bancos de preservação das clínicas e se podem ou não ser descartados.

Muitos casais não conseguem estabelecer uma desvinculação com os embriões produzidos e não utilizados, sobretudo por questões éticas e religiosas, neste sentido, por falta de previsão legal, estes embriões prosseguem criopreservados por tempo indeterminado. A respeito desta problemática Raphael Mendonça Costa e Cildo Giolo Júnior:

> [...] Muitos casais, mesmo depois de terem decido não aumentar a sua prole, decidem não destruir nem doar os embriões restantes, nem para outro casal nem para um laboratório para pesquisas. A maioria alega, principalmente por razões de crença religiosa, que esses embriões gerados são filhos deles assim como os demais que

---

[2] FILHO, Eduardo Tomasevicius. Direito Civil entre a Vida e a Morte. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, p. 433-471, jan/dez 2005, p.445.

[3] BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2121, de 16 de julho de 2015.
Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.
Disponível em: http://www.cremers.org.br/dowload/2121-2015.pdf. Acesso em 16 jul 2018

[4] A criopreservação é um conjunto de técnicas que permitem conservar células em temperaturas muito baixas (196º C negativos) com o uso de nitrogênio líquido. Quando se trata de reprodução humana, essas técnicas são utilizadas para preservar gametas femininos, masculinos e embriões para uso posterior. Muitas pessoas precisam preservar os gametas por se depararem com a impossibilidade imediata de maternidade ou paternidade, seja por escolha ou por circunstâncias adversas, como o tratamento de câncer ou de outras doenças, que podem afetar a fertilidade futura.
Disponível em: http://www.procriar.com.br/o-que-e-criopreservacao. Acesso em 15 jul. 2018.

> foram introduzidos e já nasceram. Assim, por assimilar os embriões com os seus filhos nascidos, destruir ou doar os primeiros, seria como ordenar a morte ou abandonar os segundos. E diante desta incapacidade de se desvincular dos embriões criopreservados, eles preferem mantê-los assim por tempo indeterminado. Não há previsão legal limitando o tempo em que se pode manter um embrião criopreservado, assim, essa situação pode se perpetuar ao longo dos anos. [...].[5]

A Lei nº 11.105/05, (Lei de Biossegurança) estabelece em seu artigo 5º que após três anos ou mais, embriões congelados podem ser utilizados em pesquisas científicas para fins terapêuticos, mas não regulamenta especificamente a possibilidade ou não de realização do descarte desses embriões. A Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1358/92[6] também não estabelece com clareza esta possibilidade conforme asseveram Costa e Júnior:

> [...] A segunda possibilidade é a destruição. Nessa hipótese, o embrião congelado poderá ser descartado. Nesses casos para se prosseguir devem ser constatadas algumas exigências. Esta hipótese divide a opinião de diversos especialistas, juristas, filósofos, entre outros. Acerca desta possibilidade, muitas são as dúvidas e poucas são as respostas e menor ainda o grau de segurança das mesmas, até mesmo se há, de fato, a possibilidade de destruí-los, ante a Resolução 1.358/92[...][7].

A lacuna legislativa verificada na referida lei gera ainda outra questão sobre o tratamento conferido aos embriões excedentários: a possibilidade de intervenção biomédica com o intuito da eliminação das imperfeições no genoma[8] humano e das doenças hereditárias[9], impedindo a transmissão de defeitos genéticos às gerações futuras, o que suscitam indagações diversas como a da insegurança dos resultados de um campo ainda em desenvolvimento, portanto, não sendo possível assegurar a ausência de efeitos colaterais nocivos aos indivíduos e aos seus descendentes.

---

[5] COSTA Raphael Mendonça; JÚNIOR Cildo Giolo. Teorias Jurídicas acerca do Início da Vida Humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v.10.n.2.p 298-327, 2015, p.314.

[6] BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1358 de 11 de novembro de 1992.

Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em 15 jul. 2018.

[7] op.cit, p.314.

[8] Genoma. De forma simples, podemos dizer que genoma é o código genético do ser humano, ou seja, o conjunto dos genes humanos. No material genético podemos obter todas as informações para o desenvolvimento e funcionamento do organismo do ser humano. Este código genético está presente em cada uma das células humanas. núcleo de uma determinada espécie. Na dotação cromossômica haploide, um núcleo possui só um genoma.
Disponível em: https://www.todabiologia.com/genetica/genoma.htm. Acesso em 26 jul. 2018.

[9] Doença Hereditária. A doença hereditária, como o nome já diz, é herdada. Uma herança genética que é transmitida entre gerações e que vai se manifestar em algum momento da vida.
Disponível em: https://www.minhavida.com.br/familia/materias/17305-entenda-a-diferenca-entre-doencas-hereditarias-e-geneticas. Acesso em 16 jul. 2018.

Outra situação decorrente de tal indeterminação jurídica é a que se refere ao uso dos embriões excedentários na doação de óvulos. Ocorre que não há previsão legal para a realização desse ato, uma vez que a Lei nº 9.434/97 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento não regulamenta a doação de sangue, esperma e o óvulo. Ainda assim, é sabido que algumas mulheres utilizam seus óvulos extranumerários para obtenção de benefícios como métodos contraceptivos, acompanhamento ginecológico, exames e até mesmo o recebimento de dinheiro constituindo-se um verdadeiro comércio decorrente da ausência de definição jurídica em contraposição à expressa disposição do item 1 do Capítulo V da Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1358/92. A ausência de tipificação penal, para tal ação impede que a doação de óvulos seja configurada como crime, porém, ainda assim, esta prática se desvirtua de um apego ético e moral.

Outro problema de grande relevância surge em face da doação de óvulos, é a questão da dupla maternidade. A celeuma jurídica é descrita nas palavras do autor Alberto Silva Franco:

> Problema de enorme complexidade é o que decorre da doação de óvulos. Várias são as alternativas viáveis nessa matéria. Uma mulher pode, com ou sem fecundação intra-corporal, autorizar a coleta de óvulo para a introdução em outra mulher. Na primeira hipótese, o óvulo é fecundado em seu próprio corpo e, em seguida, o zigoto é transferido. Na segunda, o óvulo colhido é fecundado in vitro e implantado, depois, em outra mulher. Nessas duas situações a maternidade é dupla: há uma mãe genética e uma mãe legal ou social. As questões daí decorrentes são bastante complicadas e, portanto, idôneas a provocar consequências problemáticas para a criança gerada [...][10].

O autor aprofunda ainda mais a complexidade jurídica que envolve a doação de óvulos quando lança luz sobre a noção de tríplice maternidade:

> O que dizer-se, então, da mãe de substituição, isto é, aquele caso em que uma mulher hospeda o óvulo de outra mulher para gerar um filho em benefício de terceira pessoa? A tripla maternidade constitui, sem dúvida, um terrível complicador. A mistura das figuras maternas (a mãe hospedeira, a mãe genética e a mãe social ou legal) sobre uma mesma pessoa além de possibilitar o surgimento de sérios conflitos põe a nu um problema ético importante: até que ponto um ser humano pode ser objeto de uma transação? Até onde pode ser tratado como mercadoria? [...][11]

---

[10]FRANCO, Alberto Silva. Genética Humana e Direito. **Revista Bioética**, v.4, n.1, p.1-10, 2009, p.3.

Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/393.

Acesso em 16 jul. 2018.

[11] Ibidem, p.3.

Sobre a necessidade de posicionamento do direito sobre a incompletude jurídica referente às técnicas de reprodução artificial assevera Silvia da Cunha Fernandes :

> A incompletude da ordem jurídica e o progresso das procriações artificiais exigem um real posicionamento do jurista, que se vê atado a antigas presunções para a solução de problemas anteriormente inimagináveis; todavia, na medida em que essas presunções se tornam relativas, criam-se dúvidas quanto às relações jurídicas por elas geradas, cabendo a sociedade se manifestar sobre essa nova realidade[...][12].

Diante das circunstâncias apresentadas, torna-se evidente que o direito precisa acompanhar a dinâmica das questões jurídicas relacionadas ao embrião extrauterino. É preciso delimitar o uso da técnica de fertilização in vitro de modo a estabelecer que o quantitativo de embriões produzidos seja o ideal para garantir o sucesso no procedimento, o que reduzirá o número de embriões extranumerários e todos os desdobramentos jurídicos daí decorrentes. Urge a necessidade de regulamentação dos procedimentos referentes à utilização de células-tronco embrionárias e o possível descarte de embriões congelados, que é outro problema que carece de ser enfrentado pelo direito.

2.2. Direito fundamental à vida: o embrião humano

O direito à vida precede necessariamente a todos os outros. É o principal direito resguardado para todos os seres humanos. A vida antecede todas as regras e ordenamentos jurídicos, dado o seu caráter notadamente essencial e basilar. Tal direito emana do Jusnaturalismo[13] sendo, portanto, considerado um direito natural.

Nesta linha, a proteção estatal deve partir necessariamente da observância à este direito, uma vez que sendo elevado ao mais alto patamar de consideração do Estado, o direito à vida possui atribuições dignas de sua importância, nas pontuações de Renata da Rocha "[...] um direito primário, personalíssimo, essencial, absoluto, irrenunciável, inviolável, imprescritível, indisponível e intangível, sem o qual todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo [...] [14].

---

[12] FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Renovar, 2005,p.57.

[13] BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000, p, 12. Justaturalismo. "[...] como doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais."

[14] ROCHA, Renata da. **Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco:** Limites Éticos e Jurídicos. 1.ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2008, p. 111.

Nessas considerações, a vida pode ser entendida não apenas como um bem, mas assume um papel salutar e indispensável de condição de existência para toda ordem social, sendo, portanto, fundamento para o Estado. Contudo essa noção é relativamente recente, tendo sido esse direito por diversas vezes violado na história da humanidade, não precisando ir muito longe para exemplificar tal afirmativa como se observa dos relatos aterrorizantes da Segunda Guerra Mundial, onde milhões de vidas humanas foram dizimadas das piores maneiras que se tem conhecimento.

Apesar de trágico, esse episódio catastrófico na história contribuiu para que o direito à vida fosse enfatizado, reconhecido e protegido, uma vez que propiciou a elaboração de diversos tratados e convenções acerca dos direitos associados à vida e sua preservação a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos[15], importante documento que influenciou diversas constituições e leis infraconstitucionais em todo mundo.

A exaltação dos direitos fundamentais é agora um dever do Estado, uma vez que estes visam proteger, sobretudo a vida. Não é por motivo diferente que os direitos fundamentais estão agrupados entre os artigos 5º ao 17 da Constituição Federal de 1988, constituindo cláusula pétrea, terminologia empregada pelo constituinte para demonstrar que se tratam de direitos de maior relevância e rito especial para possíveis alterações na Carta Magna.

Com os avanços no campo da ciência, a partir de inovações e tecnologias como a manipulação de embriões humanos, em diversos campos como a clonagem, pesquisas com células-tronco embrionárias, engenharia genética e na reprodução humana assistida, surge o Biodireito, ramo que busca acompanhar e regular as constantes transformações observadas nesse contexto biomédico.

Nas palavras de Vinicius Cauê Del Mora do Nascimento sobre a ascensão deste ramo:

> Por ser uma matéria polemica, o Biodireito já virou assuntos de novelas e telejornais mundiais, movendo pessoas civis, doutores em ética, genética, juízes, advogados e pessoas interessadas. O Biodireito tem por finalidade uma normatização adequada, em manter a real validade da principal divisão do Código Civil: o direito de todas as pessoas em vida ou em morte e das coisas [...] [16].

---

[15] Declaração Universal dos Direitos Humanos.
A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.
Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/. Acesso em 26 jul. 2018.

[16] NASCIMENTO, Vinicius Cauê Del Mora do. Direito a Vida. **Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo**, v.8,n.8, p 1-5,2012, p.1.

Assim em consonância com o direito fundamental à vida, o Biodireito e a Bioética assumem a responsabilidade de garantir que os experimentos científicos sejam norteados por valores como a beneficência, autonomia, justiça e alteridade, prezando indiscutivelmente pela preservação da vida[17].

Se a vida for considerada desde a concepção, é evidente que os embriões extrauterinos devem receber toda a proteção dispensada pelo direito à vida, uma vez que sendo considerado pessoa humana em potencial desde a fecundação, passa a ser investido das prerrogativas e direitos fundamentais, sobretudo, a necessidade de manutenção de sua integridade na realização dos procedimentos científicos operados.

Figura a real necessidade de regulamentação dos procedimentos engendrados a partir do progresso científico que envolvam os embriões extrauterinos, principalmente por se tratar diretamente de aspectos relacionados ao direito à vida, objeto de imensurável valor. Assim o direito à vida deve receber tutela maior do Estado, reconhecimento e proteção dos demais segmentos da sociedade.

2.3.Distinção entre fertilização natural e in vitro

Para melhor compreensão dos procedimentos e dos aspectos relacionados às técnicas de reprodução assistida se faz necessário estabelecer a distinção entre fertilização natural e a in vitro.

Na fertilização natural para que haja a concepção, os sistemas reprodutivos do homem e da mulher devem estar em perfeito funcionamento. Durante a relação sexual, o homem deve ejacular na vagina da mulher, permitindo que os espermatozoides entrem na cavidade uterina através do colo do útero e do canal cervical. Dentro do útero, os espermatozoides continuam sua trajetória até chegarem às trompas de falópio.

Para o êxito do processo, o espermatozoide deve alcançar um óvulo liberado pelo ovário por volta do décimo quarto dia do ciclo menstrual, ocorrendo desta forma a fertilização pelo espermatozoide dentro da trompa. A partir de então se tem o produto da concepção por via natural[18].

---

[17] Ibidem,p.2.

[18] O Sistema Reprodutor e a Reprodução Humana.
Disponível em: http://www.vivita.com.br/primeiros-passos/sistema-reprodutor-e-a-reproducao-humana/

Já a fertilização in vitro consiste na técnica de reprodução assistida na qual a mulher é submetida à estimulação ovariana[19], com a administração de hormônios, o que aumenta o número de óvulos aptos para a fertilização. Após o controle do desenvolvimento folicular[20], são realizados exames de ultrassonografia e dosagem hormonal para que o óvulo maduro seja retirado de dentro do ovário da mulher e combinado a aproximadamente 40.000 espermatozoides no interior de um tubo de ensaio denominado proveta,[21] o qual simula o ambiente natural das trompas de falópio, ambiente onde se viabiliza a fertilização. Com o êxito deste procedimento, o embrião é inserido no útero da mulher para que ocorra o seu pleno desenvolvimento.

2.4. O embrião humano e o surgimento da vida

A ovulação é a primeira etapa do desenvolvimento embrionário. O ovário libera um ovócito[22] secundário para a tuba uterina, dando-se início ao período fértil. Ocorrendo o contato sexual durante esse período, o espermatozoide tem grande chance de encontrar o óvulo e fecundá-lo. O desenvolvimento do embrião humano tem início na formação do zigoto, a célula resultante da união do gameta masculino ao feminino, que antecede a divisão celular e marca a união dos núcleos que contém a carga genética dos progenitores, evento este que

---

Acesso em: 25 jul. 2018.

[19] Estimulação Ovariana. Com o objetivo de aumentar as possibilidades de êxito dos tratamentos de fertilidade, costuma-se realizar a estimulação ovariana. Este procedimento de reprodução humana estimula o ovário a liberar mais óvulos em um mesmo ciclo, onde de forma natural seria liberado somente um.
Disponível em: https://ivi.net.br/blog/como-funciona-a-estimulacao-ovariana/.
Acesso em 15 jul. 2018

[20] Desenvolvimento Folicular e Fecundação. O FSH estimula o crescimento de vários folículos primordiais, e de 5 a 12 deles viram folículos primários. Desses folículos primários, apenas um é capaz de se desenvolver até virar um folículo maduro (folículo de Graaf), e finalmente se romper na superfície do ovário, liberando o ovócito.
Disponível em: https://oimedicina.wordpress.com/2012/02/22/desenvolvimento-folicular-e-fecundacao//.
Acesso em 15 jul. 2018

[21] Proveta. A proveta é um tubo cilíndrico com base e aberto em cima, que pode ser fabricado com plástico ou vidro. Sua principal característica é a presença de medidas em toda a sua extensão. É utilizada para medição de volumes de líquidos, com baixa precisão. Sua graduação pode ser variada, assim como sua altura.
Disponível em: https://www.infoescola.com/materiais-de-laboratorio/proveta/.
Acesso em 21 jul. 2018.

[22] Ovócitos. Os ovócitos são células germinais femininas que se geram nos ovários. Trata-se de uma fase do desenvolvimento do óvulo, quando ainda não amadureceu. O ovócito surge como parte do processo de gametogênese que se desenvolve nas mulheres e nas fêmeas dos animais.
Disponível em: https://conceito.de/ovocito. Acesso em 14 jul. 2018

ocorre na tuba uterina, sendo neste sentido imprescindível que esta se encontre anatomicamente viável para o sucesso da fertilização[23].

Após a fertilização, inicia-se a fase denominada de Clivagem[24], na qual o zigoto passa por diversas divisões e se encaminha para o útero, quando o embrião alcança a fase chamada blastocisto, se fixa nas paredes do endométrio uterino, estágio conhecido como nidação.

Vencidas todas as etapas que antecedem a nidação, a formação dos anexos embrionários cório, âmnio, alantoide e o saco vitelínico, com funções bem específicas permitem a constante proteção e nutrição do embrião a partir das trocas com o meio externo, através do corpo materno.

O embrião segue em pleno desenvolvimento. Esta fase é caracterizada pela maior taxa de crescimento do que em qualquer estágio da vida, pois o embrião cresce cerca de 10 mil vezes mais do que o tamanho do zigoto, nessa fase denominada organogênese.

A jornada embrionária tem início no décimo quarto dia após a fecundação aproximadamente, seu constante e acelerado desenvolvimento continuará até a oitava semana de gestação quando já implantado na parede do endométrio uterino, o embrião passa a ser denominado feto.

A fase embrionária é talvez o estágio do processo de desenvolvimento do corpo humano onde se verificam as maiores e mais importantes transformações, como o desenvolvimento da estrutura rudimentar e principais sistemas, além dos anexos gravídicos que garantem a troca de nutrientes recebidos pela mãe[25]. Após esses desdobramentos mais rudimentares, tem início a fase denominada de gastrulação, [26] importante etapa no desenvolvimento embrionário, correspondente ao estágio em que se dá o crescimento e a

---

[23] Desenvolvimento Embrionário Humano.
Disponível em: www.todamateria.com.br/desenvolvimento-embrionario-humano.
Acesso em 14 jul. 2018

[24] Clivagem. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/biologia/o-que-e-clivagem.htm.
Acesso em 15 jul. 2018.
A clivagem é uma das etapas iniciais do desenvolvimento embrionário. Ela consiste nas primeiras divisões mitóticas, as quais ocorrem sem que aconteça o aumento do volume da célula.

[25] SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito:** Investigações político jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. 1.ed. São Paulo: LTR, 2002, p. 42. Apud SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Unifieo de Osasco, Osasco, SP, 2010, p. 38.

[26] Gastrulação. A gastrulação é uma etapa importante do desenvolvimento embrionário, pois é nessa fase que ocorrem o crescimento e a diferenciação das células para formação dos três folhetos germinativos (ectoderma, mesoderma e endoderma). Esses folhetos são responsáveis por originar órgãos e tecidos do embrião.
Disponível em: https://biologianet.uol.com.br/embriologia-reproducao-humana/gastrulacao.htm.
Acesso em: 18 jul. 2018

diferenciação das células voltadas para a formação dos três folhetos germinativos (ectoderma, mesoderma e endoderma). Esses folhetos são responsáveis por originar órgãos e tecidos do embrião. Nessa fase ocorre a definição do posicionamento da cabeça e da cauda, também do dorso e do ventre, além de ser possível verificar a constituição das camadas da pele e da notocorda, estrutura inicial que originará a coluna vertebral.

Durante esse processo ainda serão formados os tecidos de revestimento do corpo, a estrutura do esqueleto, os órgãos internos, sangue e sistema nervoso central. É indubitavelmente uma fase decisiva para o futuro ser em formação, sobretudo pela minúcia e complexidade das etapas que se sucedem harmoniosamente, até que o embrião possa ser denominado feto[27], ou nascituro sendo assim intitulado enquanto estiver no ventre materno.

2.5. Teorias referentes ao início da vida

A definição para o início da vida a partir da identificação das teorias biológicas é uma questão que possui fundamental importância, sobretudo, para o Direito, nas considerações de Marcos Machado sobre o tema:

> A grande questão que permeia o tema deve-se a pergunta: quando começa a vida humana? Há os que defendem o início da vida humana a partir da fecundação, os que defendem quando se inicia a atividade cerebral, ou com o nascimento com vida do embrião ou na implantação do embrião no útero. Importa ao mesmo tempo, não engessar a pesquisa científica em relação aos avanços terapêuticos da vida humana. Para o ordenamento jurídico é de vital importância que se defina de maneira clara e singular o início da vida humana, para determinar a partir de que momento essa nova vida humana terá personalidade jurídica, será tutelada pelo Direito, assim como se fez com o conceito de morte[28].

Algumas são as teorias biológicas que se debruçam sobre a tentativa de definição quanto ao surgimento da vida humana. Esse tema não é pacífico e divide posicionamentos, conforme explicitam Rogério Miranda de Almeida e Vanessa Roberta Massambani Ruthes:

> A genética defende a tese de que a vida de qualquer ser, inclusive o humano, tem início com a fecundação, pois a união dos gametas gera um código genético, constituindo, portanto, um novo ser em potência. A visão embriológica defende que a vida se inicia na terceira semana após a concepção, quando o embrião está formado. A visão neurológica afirma que a vida se inicia quando o sistema nervoso está, de forma primitiva, constituído, pois é o seu funcionamento que doa a

---

[27] Feto. Nos humanos, a partir da oitava semana depois de ocorrida a fertilização do óvulo pelo espermatozoide, o concepto que recebia o nome de embrião passa a ser chamado de feto, permanecendo com este nome até o final da gestação.
Disponível em: https://www.infoescola.com/embriologia/feto/. Acesso em: 18 jul. 2018

[28] MACHADO, Machado. Considerações Jurídicas acerca do Início da Vida Humana na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal / STF – ADI 3510. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa**, v.8, n.9, p.53-76, jan/jun 2016, p.74.

> possibilidade da vida. A ecológica, por sua vez, afirma que a vida se inicia quando o feto deixa o útero e interage com o mundo[29].

Dentre as principais teorias, quatro se destacam e possuem maior notoriedade no campo das discussões doutrinárias e jurídicas: a concepcionista, a neurológica e da nidação e a do pré-embrião. Na primeira delas, o embrião é considerado pessoa desde a concepção, a partir da fecundação, com a formação do zigoto e DNA[30] distinto das células somáticas dos progenitores já se teria um ente individualizado como qualquer outro na densa coletividade. A segunda corrente, denominada neurológica, atribui o início da vida ao embrião quando for verificada a atividade cerebral. A terceira, conhecida como teoria da nidação considera que a vida inicia-se após a fixação do embrião na parede do endométrio[31] uterino, o que garantiria o seu pleno desenvolvimento até o nascimento com vida. A quarta, denominada teoria do pré-embrião que não atribui a vida ao produto da união dos gametas[32] masculino e feminino fora do ambiente corporal materno, entendimento que embasa a Resolução n° 1358/92 do Conselho Federal de Medicina no tocante a manipulação de embriões.

Além dessas teorias, as quais gozam de maior notoriedade, as correntes genético-desenvolvimentista, da pessoa humana em potencial e da natalidade também serão analisadas por apresentarem elementos significativamente válidos à identificação do início da vida e consequente atribuição de um estatuto biológico ao embrião extrauterino.

2.5.1. Teoria concepcionista

Os defensores da Teoria concepcionista fundamentam-se no início da vida a partir da concepção, momento no qual ocorre a união dos gametas feminino e masculino originando

---

[29] ALMEIDA Rogério Miranda de; RUTHES Vanessa Roberta Massambani. A Polêmica do Início da Vida: Uma Questão de Perspectiva de Interpretação**. Rev. Pistis Prax**., v. 2, n. 1, p. 113-124, jan./jun. 2010, p.118.

[30] DNA. O DNA é a sigla do termo ácido desoxirribonucleico, que é a maior macromolécula celular, sendo formado a partir da união de compostos químicos chamados de nucleotídeos.

Disponível https://brasilescola.uol.com.br/biologia/dna.htm/. Acesso em 26 jul. 2018.

[31] Endométrio. Membrana mucosa que reveste a cavidade uterina (responsável hormonalmente) durante o ciclo menstrual e gravidez.

Disponível http://www.atlasdocorpohumano.com/p/sistema-genital/106572/endometrio. Acesso em 15 jul. 2018.

[32] Gameta. Gametas são as células responsáveis pela reprodução sexuada. Elas também são chamadas de células sexuais e fundem-se no processo de fecundação para produzir o zigoto, que, por sua vez, origina o embrião, gerando um novo ser.

Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/biologia/o-que-e-gameta.htm. .Acesso em 15 jul. 2018.

um conjunto de células específicas, com material genético distinto e individualizado, para Camila Francis Silva:

> Essa teoria defende que a vida humana tem início no momento da concepção, que ocorreria de doze a vinte e quatro horas após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, caracterizada pela fusão dos pronúcleos dos gametas, que geraria um novo ser [...] [33].

Marcos Machado destaca o posicionamento da professora Lenize Aparecida Martins sobre o embasamento científico de que a vida se inicia na fecundação:

> [...] Para a especialista, há um embasamento científico claro de que a vida humana começa na fecundação. "No primeiro momento, na fecundação, já estão definidas as características únicas de um indivíduo. Todas as suas características genéticas estão reunidas, portanto, o embrião já é um indivíduo, sem cópia igual", defendeu. Para Lenize Aparecida, os termos "pré-embrião" e "montinho de células" não existem: "Se o embrião não é um ser humano desde a sua primeira fase de desenvolvimento, o que ele é? A que espécie ele pertence?", indagou [...][34].

Outro argumento científico fortemente utilizado na defesa desta teoria é o de que após a fecundação, o processo de desenvolvimento de um novo ser é autônomo, não carecendo de intervenções de seus progenitores para seguir seu curso, neste sentido, após a relação sexual, ocorrendo a fecundação, a formação do novo ser se dará de forma automática.

Neste viés, considerando-se os aspectos trazidos pela Biologia, a fecundação marcaria o início da vida, com o surgimento de um novo ser humano a partir da junção de 23 cromossomos femininos aos 23 cromossomos masculinos, constituindo-se um ser com material genético individualizado.

A corrente é embasada em aspectos científicos e jurídicos que dialogam no sentido de que a vida tenha máxima preservação desde a fecundação. Nas considerações de Renata da Rocha o estatuto do embrião equipara-se a o de um ser humano adulto.

> A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento[35].

---

[33] SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Unifieo de Osasco, Osasco, SP, 2010, p. 26.

[34] MACHADO, op.cit, p. 65

[35] ROCHA, op.cit, p.75.

Na teoria concepcionista, desde a concepção o concepto é considerado sujeito de direitos, uma vez que com a fecundação já se teria um ser individualizado a partir da constituição de material genético distinto dos seus progenitores. O zigoto, célula diploide formada pela união do ovócito e do espermatozoide, é uma célula totipotente[36], capaz de diferenciar-se em todos os tecidos do corpo humano, inclusive os tecidos extraembrionários como a placenta, anexo gravídico com função imprescindível na manutenção da gestação.

Nesta linha, o zigoto teria prerrogativas de ser humano e seu desenvolvimento contínuo culminaria na pessoa humana detentora de direitos propriamente ditos, tanto os que são destinados ao nascituro a exemplo da filiação e representação quanto àqueles que são reservados ao nascimento por força da primeira parte do artigo 2º do Código Civil de 2002. De acordo com José Sebastião de Oliveira Meire Cristina Queiroz:

> É importante que se tenha em mente a noção clara de personalidade civil e o momento e seu começo, pois é a partir de sua obtenção que a pessoa adquire direitos e contrai obrigações. Os direitos do nascituro são tutelados pela lei civil, que os põe a salvo desde a concepção, e também pela lei penal, tendo em vista a punição do aborto, do infanticídio durante o parto, da periclitação da vida e da saúde, entre outros[37].

Conforme interpretação de Maria Helena no tocante à aquisição de personalidade jurídica dos conceptos:

> Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. [...] [38]

No ordenamento jurídico brasileiro, a Teoria concepciotista encontra sede na Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º do Código Civil de 2002 o qual reflete intimamente o dispositivo a cerca do tema trazido no Código Civil de 1916.

---

[36] Totipotente. Aquelas células que são capazes de diferenciarem-se em todos os 216 tecidos que formam o corpo humano, incluindo a placenta e anexos embrionários. As células totipotentes são encontradas nos embriões nas primeiras fases de divisão, isto é, quando o embrião tem até 16 - 32 células, que corresponde a 3 ou 4 dias de vida.
Disponível http://www.ghente.org/temas/celulas-tronco/index.htm. Acesso em 15 jul. 2018.

[37] OLIVEIRA, José Sebastião de; QUEIROZ, Meire Cristina. A Tutela dos Direitos do Nascituro e o Biodireito.. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 11,2008, Brasília. **Anais Eletrônicos**. Brasília: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito, 2008, p.498.
Disponível. http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/11_378.pdf.
Acesso dia 26 jul. 2018

[38] DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.362.

A Constituição celebra em seu artigo 5º a proteção à vida, abarcando-se inclusive a vida intrauterina, neste condão, genericamente, seja qual for o marco inicial da vida, esta deve ter sua proteção assegurada.

Já o Código Civil de 2002 dialoga com essa corrente em seu artigo 2º, mais precisamente na segunda parte do dispositivo, que diz "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". O próprio esboço do Código civil de 1916 de autoria do jurista Augusto Teixeira de Freitas, em seu artigo 221, trazia o entendimento de que o concebido em ventre materno, antes mesmo do nascimento, já era detentor de alguns direitos como se já nascido fosse. No direito comparado verifica-se que algumas legislações são favoráveis à corrente concepcionista, como nos Estados Unidos, desde 1981, por meio de uma consulta pública, o ser humano é considerado desde a concepção. A Igreja Católica é adepta dessa corrente e, juntamente com a bancada evangélica, levantou forte oposição à promulgação da Lei nº 11.105/05, intitulada Lei de Biossegurança já mencionada. As argumentações favoráveis a corrente concepcionista se baseiam não apenas nos aspectos científicos, mas indicam que o próprio ordenamento jurídico foi elaborado a partir de uma ótica onde a vida deve ser preservada desde a concepção.

No que diz respeito às críticas tecidas sobre essa teoria, se destaca aquela associada à questão dos gêmeos monozigóticos ou univitelinos, os quais se caracterizam pela semelhança entre os indivíduos. Esses gêmeos são formados a partir do mesmo zigoto, compartilhando o mesmo material genético. Neste sentido, considerando-se o aspecto da unicidade, não se poderia falar em vida até que ocorresse a separação destes irmãos.

A separação dos blastômeros que originam os dois embriões distintos geralmente, ocorre por volta do décimo quarto dia, por isso, até esse momento não seria possível precisar a quantidade de embriões. Contudo, é sabido que esse processo de separação pode ocorrer por volta do terceiro dia após a fertilização quando já se poderia falar em seres distintos em formação. Outro aspecto a ser observado no exemplo dos gêmeos monozigóticos é o de que mesmo carregando patrimônio genético idêntico, se diferenciam, sobretudo por características do fenótipo[39] e pelas impressões digitais que são obtidas a partir da interação entre o feto em formação e o meio.

---

[39] Fenótipo. Fenótipo é um termo da genética usado para descrever as características observáveis de um indivíduo, que resultam da interação dos fatores epigenéticos com o genótipo e os fatores ambientais não

2.5.2. Teoria neurológica

A corrente neurológica preconiza que o início da vida humana está intimamente relacionado ao surgimento do encéfalo[40], composto pelo conjunto do tronco cerebral, cerebelo e cérebro, parte superior do sistema nervoso central que controla o organismo. Assim nos moldes do artigo 3º da Lei nº 9434/97, Lei de Transplantes de Órgãos, da mesma maneira como o final da vida é constatado após o indivíduo apresentar morte encefálica, o início da vida é verificado a partir do desenvolvimento das atividades cerebrais, uma vez que a capacidade de raciocinar é inerente ao ser humano. No entendimento trazido pelos autores Rafael Mendonça Costa e Cildo Geraldo Júnior (2015, p.308.):

> Para essa teoria, a vida humana somente seria possível com o cérebro humano. Ora, se a característica marcante da raça humana é justamente a capacidade de raciocinar, e essa somente se dá graças à evolução do nosso cérebro, seria lúcido concluir que a vida humana somente poderia se dar com as primeiras ligações nervosas[41].

Os primeiros traços do sistema nervoso central ocorrem aproximadamente a partir 14º dia após a fecundação, as atividades elétricas do cérebro, porém se observam por volta da oitava semana de gestação. Neste sentido para esta teoria, o conglomerado celular formado entre a concepção até o 14º dia, denominado blastocisto ainda não possui vida, mas sim potencial para desenvolvê-la, somente após esse período é que se poderia considerar o embrião como um ser com vida. Sobre esta corrente Rocha da Rocha:

> A teoria dos rudimentos do sistema nervoso central relaciona o início da vida humana ao aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central, que ocorre entre o décimo quinto dia e o quadragésimo dia da evolução embrionária. A atividade elétrica do cérebro começa a ser registrada a partir da oitava semana de desenvolvimento embrionário[42].

Como já demonstrado, o cerne dessa teoria reside no inicio da vida associado a formação do cérebro, contudo não há consenso entre os defensores de tal argumentação, sobre em qual momento da formação do sistema nervoso seria o marco inicial da vida. Basicamente

---

herdáveis. São exemplos de fenótipos os aspectos da morfologia, fisiologia, propriedades bioquímicas, comportamento e relações ecológicas de um organismo.
Disponível em: https://www.infoescola.com/genetica/fenotipo/. Acesso em 20 jul. 2018.

[40] Encéfalo. O encéfalo é formado pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico. Encontra-se na caixa craniana, ocupando todo seu espaço e junto com a medula e os nervos compõe o sistema nervoso. É envolvido por membranas chamadas meninges, cuja função é proteger o encéfalo e a medula contra choques mecânicos.
Disponível https://www.todamateria.com.br/encefalo/ Acesso em 15 jul. 2018

[41] COSTA; GERALDO JÚNIOR, op.cit, p. 308.

[42] ROCHA, op.cit, p 80.

duas são as vertentes mais explanadas. Na primeira conforme o entendimento de Renata da Rocha, a vida tem início nos primeiros sinais da atividade cerebral; neste sentido, a vida teria início por volta do décimo quarto dia após a concepção. Já para a segunda, tendo a partir do entendimento estabelecido pelo principal representante desta corrente, o biólogo contemporâneo Jaques Monod, prêmio Nobel de Biologia em 1965, o homem é um ser dotado de consciência e seria inadmissível concebê-lo fora desta característica fundamental. Para Monod as atividades cerebrais podem ser verificadas através de exame eletroencefalograma a partir do quarto mês de gestação, sendo este momento definido como o marco inicial da vida humana.

Como já verificado, para essa teoria, o início da vida está intimamente associado à presença de atividade cerebral, ainda que não seja pacífico o exato momento no estágio de evolução do sistema nervoso que referencia o começo da vida humana.

Para uma melhor definição deve-se estabelecer qual o critério caracterizador da teoria. Neste sentido, se for considerado como elemento para verificação a observância de qualquer atividade cerebral, então o início da vida se dá a partir do 14º dia após a fecundação; se por outro lado os aspectos do raciocínio e da consciência são imprescindíveis para essa corrente, então, inevitavelmente o início da vida se dá a partir das manifestações cerebrais verificadas do quarto mês de gestação em diante.

A teoria do desenvolvimento do Sistema Nervoso Central tem como principal referencial jurídico a Lei n° 9434/97, que trata da remoção de órgãos e tecidos para terapias, mais precisamente em seu artigo 3º in verbis:

> Art. 3º - A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplantes, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Como estabelece o referido artigo, a remoção de órgãos humanos só é autorizada mediante comprovação da morte encefálica. Neste sentido, a partir da morte cerebral a proteção à vida deixa de existir justamente por considerar-se que esta já teria se encerrado. Os adeptos desta corrente enfatizam que da mesma forma que o fim da atividade cerebral é parâmetro legal para a morte, o seu início marcaria o começo da vida.

Uma argumentação bastante utilizada para encorpar essa corrente é a de que os avanços tecnológicos e científicos têm possibilitado a manutenção do corpo em

funcionamento mesmo após a morte encefálica, como no caso da mulher grávida que mesmo tendo a morte cerebral confirmada, precisa ter o corpo mantido em atividade para que o feto continue se desenvolvendo. Daí surge a diferenciação entre a vida humana e a vida biológica. Os embriões antes do início de atividades cerebrais gozariam apenas da segunda e não contariam com a proteção da vida assim como aqueles que tiveram a morte cerebral diagnosticada.

Conforme foi demonstrado, a segunda vertente para definição do marco inicial da vida, aquela que estabelece o seu início a partir da formação completa do sistema nervoso não associa o direito à vida aos embriões com menos de dezesseis semanas. Para essa vertente um feto perfeitamente formado em processo de desenvolvimento intrauterino na 15ª semana de gestação, não goza de vida humana uma vez que o sistema nervoso não está completamente formado. Esse entendimento pode embasar a prática de abortamento até essa fase da gestação, o que constitui evidente contraposição ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que esta conduta é criminalizada.

Outra crítica amplamente utilizada a respeito desta teoria é a de que ela tem como fundamento uma premissa baseada em preceitos legais utilizados para a decretação da morte, para num raciocínio simplista aplicar o extremo oposto e obter uma definição para o marco inicial da vida. Sabe-se, contudo, que um tema dessa natureza, delicado e de alta complexidade não deve ser estabelecido com base tão somente no entendimento do legislador ao formular o artigo 3º da Lei 9434/97, antes deve ser decidido principalmente com base em aspectos técnicos, biológicos que comprovadamente reforcem a determinação acerca do início da vida. Em outras palavras, os que reprovam as considerações tecidas em tal teoria, julgam-nas insuficientes e relativamente frágeis para sanar a grande questão em foco.

2.5.3.Teoria da nidação

Para ser bem compreendida, a teoria da nidação exige conhecimento básico do processo de reprodução humana. É sabido que a fecundação do ovócito pelo espermatozoide ocorre na chamada trompa de falópio, sendo uma de suas funções conduzir o óvulo fertilizado ao útero para que o ocorra a fixação na parede do endométrio uterino. Esse estágio da reprodução humana recebe o nome de nidação, momento a partir do qual o embrião encontrará todas as condições necessárias à formação dos anexos gravídicos e do seu pleno desenvolvimento durante a gestação.

Nas palavras de Cristiane Beuren Vasconcelos:

> Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião[43].

O cerne dessa teoria está no ponto em que a vida do embrião tem início não após a fecundação, mas sim entre o 9º e 12º dia após esta, quando cientificamente ocorre a nidação.

Os adeptos dessa teoria entendem como principal argumento a impossibilidade de desenvolvimento do embrião fora do útero materno como no caso da técnica da fertilização in vitro, das gestações ectópicas[44] quando o embrião se instala nas tubas uterinas e a gravidez se torna inviável, inclusive com riscos para a saúde da genitora.

Outra argumentação utilizada é a de que antes da nidação ainda pode ocorrer a segmentação do indivíduo como no caso de gêmeos monozigóticos[45] ou univitelinos. Neste caso, até esse momento, não se poderia atribuir ao produto da concepção a característica da unicidade, uma vez que a partir do mesmo zigoto são originados dois seres humanos.

Além desses aspectos, ao verificar-se o organismo feminino antes da nidação não se observa a produção dos hormônios característicos da gestação não se podendo considerá-la grávida antes deste momento. Assim, sob a ótica dessa teoria não se poderia falar em vida antes da nidação.

---

[43] VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

[44] Gravidez Ectópica. A gravidez ectópica é uma gestação que ocorre no lugar errado, geralmente o óvulo se aloja na tuba uterina, diferente da gestação comum. Uma gestação como essa nunca pode seguir em frente, pois causa diversos danos e riscos para a paciente. Em uma gestação comum, o óvulo é fertilizado no útero, já na ectópica ele se aloja fora do útero, mais comumente ocorre na trompa de Falópio. Esse tipo de gravidez ocorre quando acontece algo errado nos dois últimos passos da fecundação: a migração do óvulo pela tuba uterina em direção ao útero e a implantação do mesmo na parede do útero.

Disponível em: https://minutosaudavel.com.br/o-que-e-gravidez-ectopica-sintomas-tratamento-e-fatores-de-risco/. Acesso em 15 jul. 2018.

[45] Gêmeos Monozigóticos. Existem ainda os gêmeos monozigóticos ou univitelinos, que se caracterizam principalmente pela semelhança entre os indivíduos. Esses gêmeos são formados a partir do mesmo zigoto, ou seja, após o processo de fertilização. Em virtude dessa característica, possuem o mesmo patrimônio genético, sendo considerados, portanto, idênticos.
Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/biologia/gemeos.htm. Acesso em 15 jul. 2018.

Um dos embasamentos dessa teoria diz respeito à tipificação do aborto previsto entre os artigos 124 e 128 do Código penal. A conduta é descrita como a interrupção da gravidez, que, como já mencionado tem início a partir da fixação do embrião no útero. Neste sentido, para os adeptos desta corrente, o Código Penal considera que a vida tem início somente a partir desse momento.

Nas palavras Damásio Evangelista de Jesus, o aborto é conceituado como sendo: "a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)" [46]. Mesmo entendimento compartilha Julio Fabrini Mirabete quando diz: "Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção" [47].

Para Costa e Geraldo Júnior, antes da nidação qualquer ato praticado contra o concepto é atípico:

> Se for analisado o processo de reprodução humana natural, fertilização in vita, é possível se traçar uma linha temporal no qual em um primeiro momento ocorre a fecundação fora do útero ,em um segundo momento se inicia a "jornada" do produto da concepção ao útero materno, e em um terceiro momento se dá a efetiva fixação deste na parede do útero materno (nidação). De acordo com o conceito de aborto apresentado, qualquer ato praticado contra o zigoto antes da terceira etapa, ou seja, antes da nidação, é atípico[48].

Fundamentando-se nessa teoria, qualquer intervenção no desenvolvimento do produto da concepção até que este tenha chegado a sua etapa de fixação na parede do útero, não pode ser interpretado como aborto, não é por motivo diferente que é livre a comercialização das chamadas "pílulas do dia seguinte", pois, além de atuarem no processo de inibição da ovulação e impedimento da fertilização do óvulo pelo espermatozoide, também impossibilitam que o produto da concepção se fixe na parede do útero, impedindo a conclusão do processo de nidação em último caso.

As argumentações contrárias a esta teoria, se fixam no entendimento de que a vida antecede a implantação do produto da concepção no útero, sobretudo pela importância

---

[46] JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2. pág. 119 .

[47] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2. pág. 62.

[48] COSTA; GERALDO JÚNIOR, p, 307.

atribuída aos processos da Clivagem e Bastogênese[49], fases que se iniciam logo após a fecundação.

A clivagem, importante fase na qual ocorrem as primeiras divisões celulares, é um estágio decisivo de caracterização do ser em desenvolvimento. Após essas divisões mitóticas, as células embrionárias resultantes originam o blastômero[50] e importantes estruturas do processo de formação.

Durante a Blastogênese, muitas transformações desencadeadas pela fecundação, ocorrem apenas 30 horas após a constituição do zigoto. A partir do processo mediado por glicoproteínas de adesão [51]os blastômeros chegam ao quantitativo de aproximadamente 12 a 32 seguimentos quando já podem ser denominados de Mórula[52]. Por fim, todo esse complexo processo resulta na formação do Trofoblasto[53], camada celular externa delgada, que irá compor a parte embrionária da placenta e o Embrioblasto[54], grupo de blastômeros situado no centro da massa celular interna, que originará o embrião[55].

---

[49] Bastogênese. Biologia. Formação da forma embrionária inicial (blástula) como consequência da fragmentação do ovo.
Disponível em: https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/blastog%C3%A9nese.
Acesso em 21 jul. 2018.

[50] Blastômero. Células resultantes da segmentação do ovo fecundado. Os blastômeros dispõem-se em camadas (ectoderme, mesoderme e endoderme) à volta de uma cavidade (blástula).
Disponível em: https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/blast%C3%B3mero.
Acesso em 21 jul. 2018

[51] Glicoproteínas de Adesão. Glicoproteicas são proteínas que tem um ou mais açúcares ligados covalentemente à estrutura peptídica da mesma, sem repetição de unidades em série, sendo os açúcares grupos prostéticos dessa, ou seja, são moléculas compostas por uma proteína ligada a um ou mais carboidratos, simples ou compostos.
Disponível em: http://bioquimicamacau.blogspot.com/2012/01/o-que-sao-glicoproteinas-sao-proteinas.html

Acesso em: 21 jul. 2018.

[52] Mórula. Mórula refere-se à aparência do conjunto de células em consequência de sucessivas clivagens. Em embriologia, a mórula é o primeiro estado de desenvolvimento do embrião dos animais, depois de o zigoto começar a dividir-se para formar uma esfera com 64 células, ou blastômeros. O zigoto com 12 a 16 blastômeros já pode ser chamado de mórula.
Disponível em: https://educalingo.com/pt/dic-pt/morula-1. Acesso em: 21 jul. 2018.

[53] Trofoblasto. A noção de trofoblasto refere-se ao conjunto das células que compõem a camada externa do blastocisto (um estado da embriogénese, isto é, do crescimento do embrião) e que é integrante daquilo que logo será a placenta. O trofoblasto, que se começa a formar nas primeiras etapas da gravidez, trata de fornecer substâncias nutritivas ao embrião.

Disponível em: https://conceito.de/troflobasto. Acesso em: 19 jul. 2018.

[54] Embrioblasto. [Bio.] Massa interna de células do blastocisto, que formará o embrião propriamente dito; enquanto o trofoblasto formará a placenta.
Disponível em: https://www.dicionarioinformal.com.br/embrioblasto/. Acesso em : 19 jul. 2018.

Como foi observado, durante a Clivagem e a Blastogênese ocorrem processos decisivos para a formação do novo indivíduo, sobretudo, a ocorrência das primeiras divisões celulares que caracterizam de forma peculiar e individualizada o ser humano.

2.5.4. Teoria do pré-embrião

Para esta teoria, o zigoto constituído em ambiente alheio ao corpo materno não é considerado embrião; neste sentido por não estar devidamente alojado no ambiente corpóreo feminino, é considerado pré-embrião ou embrião precoce. Este conjunto celular goza de todas as condições para se desenvolver, desde que seja implantado em recinto propício, mas até então não será considerado um indivíduo humano. Sobre essa teoria, Camila Silva Francis pontua:

> Também chamada de teoria do décimo quarto dia ou do embrião precário, a teoria do pré-embrião defende que, depois de passado o período de quatorze dias após a fecundação, tem início a vida humana, pois é nesse momento que começa a individualização do ser humano, que até então era um amontoado biológico de material orgânico[56].

Essa teoria assemelha-se a da nidação uma vez que também confere ao útero importante função na aquisição da vida humana pelo embrião. Neste viés, as pesquisas com células-tronco[57] ou descarte de embriões congelados pelas clínicas de criopreservação não seriam considerados como afronta ao direito à vida e à dignidade humana. Essa teoria embasou diversas legislações em todo mundo, dando origem ao Informe de Warnock[58] sobre a Fertilização e Embriologia, publicado no Reino Unido em 1984, o Relatório de Waller, publicado na Austrália, em 1984, posteriormente pelo Informe de Palácios, da Espanha, em 1986. No Brasil, a teoria do pré-embrião influenciou amplamente a elaboração da Lei de Biossegurança em 2005.

---

[55] Clivagem e Blastogênese.

Disponível em: https://www.infoescola.com/embriologia/clivagem-e-blastogenese/. Acesso em: 19 jul. 2018.

[56] SILVA, op.cit, p. 36.

[57] TOMASEVICIUS FILHO, op.cit, p.446.

[58] Relatório Warnock. O relatório Warnock é um documento preparado pela Comissão Britânica de Educação em 1978, referindo-se às necessidades educacionais especiais das crianças. Esta escrita é baseada principalmente no modelo britânico de educação especial.
Disponível em: https://www.lifeder.com/informe-warnock/. Acesso em 16 jul. 2018

A fundamentação mais expressiva relacionada a essa teoria é a de que após o 14º dia, as células do embrião começam a se especializar, dando origem aos diversos tecidos do futuro feto, ainda sobre essa argumentação, discorre Silva:

> O argumento mais contundente para a teoria, no entanto, encontra-se especialmente no fato de que é no décimo quarto dia, após a fecundação, que as células desse embrião perdem a sua potencialidade, ou seja, é o momento em que as células começam a se diferenciar para formar os diversos órgãos e tecidos do futuro feto, formando o seu organismo[59].

Essa teoria tem como principal caracterização para o início da vida a diferenciação celular, estágio que se inicia a partir do décimo quarto dia após a fecundação com a formação de órgãos e tecidos do corpo. Ocorre que as células-tronco adultas, as quais são encontradas em diversas partes do corpo humano adulto, como a medula óssea e sangue, assim como as células embrionárias podem dar origem a diferentes tipos celulares, ou seja, permaneceram alheias ao processo de especialização, por meio do qual as demais células do concepto em formação foram submetidas. Essa consideração acaba por suscitar o questionamento de que se a vida tem início justamente no processo de especialização celular, como essas células resguardas em humanos adultos teriam permanecido alheias a este evento. Se a vida surge a partir da diferenciação celular, todo ser em formação deve ser alcançado por tal premissa, e não apenas parte dele. Neste sentido, a presença de células-tronco adultas sugerem que o critério fundamental da teoria do pré-embrião não é suficientemente válido para estabelecer o marco inicial da vida.

2.5.5. Teoria genético-desenvolvimentista

Esta teoria preconiza que o início da vida é estabelecido quando o produto da concepção ultrapassa três fases indissociáveis: pré-embrião, embrião e feto, neste sentido a cada nova fase a vida vai sendo adquirida. Sob esse prisma a concepção seria apenas o ponto de partida. Sobre essa teoria Priscila Boim de Souza:

> Para esta doutrina, no início de seu desenvolvimento o ser humano passa por uma série de fases: pré – embrião, embrião e feto. Sendo que, em cada fase o novo ente em formação apresenta características diversas. Ao contrário da teoria concepcionista, para esta teoria não haveria vida humana desde a concepção e, portanto não teria o caráter humano, o ser formado com a união dos gametas, logo no início é comparável a um mero aglomerado celular[60].

---

[59] SILVA, op. cit, p. 36.

[60] SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do Início da Vida e Lei de Biossegurança. **Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo**. v.4,n.4, p 1-15,2008.p.5.
Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1863/1773.
Acesso em: 26 jul. 2018.

Para os adeptos dessa teoria, o desenvolvimento embrionário, nas fases iniciais não confere ao ente em formação características capazes de identificá-lo como pessoa, em outras palavras, por ser ainda considerado um amontoado celular, o embrião em formação, não é identificado como indivíduo.

Essa teoria se mostra inconsistente no sentido de que não há definições muito precisas de quais seriam os elementos caracterizadores de cada uma das fases destacadas a saber: pré-embrião, embrião e feto. Conforme já foi demonstrado, importantes acontecimentos biológicos determinantes para o ser em formação ocorrem na fase compreendida entre a concepção e o décimo segundo dia, a exemplo da Clivagem e Blastogênese, processos estes que são desencadeados antes da implantação do concepto no útero materno, portanto, antes que alcance o último estágio de definição para constituição da vida à luz dessa teoria.

Outra crítica observada é de que embora seus adeptos considerem que a vida não ocorre na concepção, a fase do pré-embrião, se inicia justamente a partir da junção dos gametas masculino e feminino, e sem tal ponto de partida a teoria perderia sentido lógico.

2.5.6. Teoria da pessoa humana em potencial

Os adeptos dessa teoria não se preocupam em tentar estabelecer marcos ou elementos característicos que possam demonstrar o início da vida, mas sim demonstrar que o produto da concepção já possui todas as condições de desenvolver-se plenamente até chegar ao status de pessoa humana. Segundo Rocha:

> Sob a ótica da teoria da pessoa humana em potencial, não é possível identificar totalmente o embrião humano com a pessoa humana, uma vez que ainda não é dotado de personalidade, e, para tanto, o embrião teria de ser capaz de exercer direitos e de contrair obrigações. Por outro lado, também não se admite reduzir seu *status* a um mero aglomerado de células, uma vez que seu desenvolvimento destina-se inelutavelmente, à formação de um ente humano. Diante disso, os autores que se filiam a essa corrente preferem reconhecer no embrião uma pessoa humana em potencial, ou seja,referem-se à potencialidade de pessoa para designar a autonomia embrionária e reivindicar estatuto próprio[61].

Para os defensores dessa teoria, a ausência de normatização específica que considere o embrião como pessoa não tem o condão de afastar deste a proteção, uma vez que já reúne características genéticas e biológicas do ser humano em potencial, e que o curso natural de

---

[61] ROCHA, op.cit,2008, p. 88.

seu desenvolvimento já configura condição para que seja respeitado em caráter especial, mesmo que legalmente ainda não seja considerado uma pessoa.

2.5.7. Teoria da natalidade

São consideradas pessoas naturais, aquelas nascidas com vida, contudo desde a concepção são assegurados os direitos do nascituro, considerando-se a expectativa do seu nascimento com vida. Clóvis Beviláqua, autor do anteprojeto que resultou no Código Civil de 1916, era partidário dessa corrente, baseando-se no direito penal que criminaliza a prática do aborto. Apesar disto, prevaleceu na redação do Código Civil de 2002 o entendimento de que só goza de personalidade jurídica o nascido vivo ainda que a lei ponha a salvo os direitos do nascituro.

Verifica-se a influência dos aspectos patrimonialistas no direito civil brasileiro, uma vez que o que se buscava era observar se o nascituro poderia ou não ser sujeito detentor de bens, deixando-se de lado outras nuances da tutela jurídica do Estado a exemplo do direito da personalidade. Ocorre que no início do século XX, tristemente após uma fase em que a humanidade presenciou os horrores da Segunda Guerra Mundial inevitavelmente a ascensão do princípio da dignidade trouxe mudanças no conceito de pessoa, que a princípio era utilizado restritivamente no tocante à aquisição de direitos patrimoniais e passou a ter maior abrangência, abarcando-se todo tipo de direitos como os direitos fundamentais, consagrados no direito à vida. Não obstante, a redação do Código Civil de 2002, negligenciou o tema, uma vez que manteve o mesmo texto do Código Civil de 1916. Isso se deu ao fato de sua elaboração ter sido iniciada na década de 1970, momento em que as técnicas de reprodução assistida ainda não tinham grande representatividade para o Biodireito e só após trinta anos de tramitação por razões políticas, foi promulgado o Código Civil de 2002 sem nenhuma revisão ou criação de uma nova norma acerca da pessoa humana, deixando à margem três décadas de avanços da biomedicina que inevitavelmente repercutiram no tratamento jurídico das técnicas de reprodução assistida na atualidade.

3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Este capítulo tratará inicialmente, sobre a verificação das técnicas de reprodução assistida e a problemática jurídica delas decorrente com ênfase na repercussão gerada pelo uso das células-tronco embrionárias.

Será analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 de 2008, a qual versou sobre a possível inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05 e o posicionamento da Suprema Corte durante o julgamento.

Por fim, será realizada a análise do inciso III, do artigo 1597 do Código Civil de 2002 "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;" verificando se embrião extrauterino resultante na técnica de reprodução assistida empregada no mencionado inciso já goza de personalidade jurídica e dos direitos dela decorrentes.

3.1. Distinção entre inseminação artificial e fertilização in vitro

Dentre as diversas técnicas de reprodução humana artificial destacam-se a fertilização in vitro e a inseminação artificial como aquelas que são mais utilizadas. Para melhor compreensão desses procedimentos, se faz necessário estabelecer distinção entre eles, pontuando-se os aspectos mais relevantes.

A inseminação artificial consiste na manipulação e inserção do sêmen no corpo da mulher. Pode ser denominada homóloga quando são utilizados os gametas do próprio casal ou heteróloga, quando o gameta manipulado é oriundo de terceiros.

Neste sentido, Tomasevicius Filho estabelece com clareza essa definição:

> "[...] Estas técnicas são de dois tipos: a inseminação artificial e a fertilização in vitro. A inseminação artificial consiste na fecundação da mulher pela inserção artificial do sêmen masculino no corpo da mulher. E aplicada em casos em que o marido não tem esperma suficiente ou quando o marido é estéril e a mulher recebe esperma de terceiro. No primeiro caso, chama-se inseminação artificial homóloga, ou conjugai, por utilizarem gametas do próprio casal; o segundo caso denomina-se inseminação artificial heteróloga, pela utilização de gameta de terceiros. [...][62]."

Considerada uma técnica simples, a inseminação artificial é um dos métodos mais comuns. Consiste na manipulação dos espermatozoides, que depois de devidamente colhidos passam por um processo de capacitação que consiste na separação dos espermatozoides mais

[62] TOMASEVICIUS FILHO op. cit, p.444.

ativos e aptos para fertilização do óvulo. Após a captação e capacitação, os espermatozoides, são depositados na cavidade uterina para que seja viabilizada a concepção nas trompas uterinas anatomicamente viáveis.

Segundo historiadores, há relatos da utilização da inseminação artificial na medicina veterinária por volta do século XVI em peixes, para melhoramento da raça e criação de híbridos, em seres humanos, o emprego da técnica remonta à Idade Medieval, segundo Joaquim Roberto Costa Lopes citado por Cecília Cardoso Silva Magalhães Resende:

> A literatura registra que a primeira inseminação artificial humana ocorreu na Idade Média. Diz-se que Arnaud de Villeneuve, médico da família real, teria realizado com sucesso uma inseminação artificial com o esperma de Henrique IV de Castela em sua esposa. Todavia, os históricos a respeito do tema na literatura médica habitualmente atribuem o feito da primeira inseminação artificial homóloga ao inglês John Hunter no final do século XVIII. Por outro lado, a primeira inseminação heteróloga aconteceu na Filadélfia, Pensilvânia, em 1884, conduzida por Pancoast, um ginecologista americano[63].

Já a fertilização in vitro consiste na fecundação do óvulo pelo espermatozoide em laboratório, para só então serem implantados no útero da mulher. Esse procedimento é mais diversificado, uma vez que é possível utilizar não apenas o espermatozoide e óvulo do próprio casal, mas também o embrião fecundado de terceiros. O procedimento é mais complexo do que a inseminação artificial, pois conta com procedimentos invasivos como a realização de punção para retirada de óvulos. Sobre esta técnica pontua Leonardo Tomasevicius Filho:

> "[...] Já a fertilização in vitro consiste na fecundação do óvulo pelo esperma em laboratório, sendo posteriormente inseridos no útero. Neste caso se podem usar esperma e óvulo do próprio casal, ou esperma ou óvulo de terceiros, ou implantar um embrião fecundado por óvulo e esperma de terceiros. A fertilização in vitro requer procedimentos invasivos no corpo da mulher, para que se aumente a ovulação (de uma por mês para quinze por mês), bem como a realização de punção para a retirada dos mesmos para serem fecundados. Para aumentar as chances de gravidez, fecundam-se vários óvulos. Iniciada a reprodução celular destes embriões, cerca de três deles são inseminados no útero da mãe. Os demais ficam congelados em nitrogênio líquido. [...] [64]."

---

[63] LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO**.** Tratado de Ginecologia: 63. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial**. Revinter**. v.1, p-585-587,2000 apud RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga**. Revista Jus Navigandi**,v. 17,n.3234,p.1-3, mai 2012.

Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21725. Acesso em: 20 jul. 2018.

[64] TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p.444.

Nas palavras de Alexandre Gonçalves Frazão o procedimento foi minuciosamente detalhado para melhor compreensão:

> "[...] Contudo, se constatado a possibilidade de ambos os gametas estarem aptos à fecundação, então passa-se ao processo propriamente dito. Primeiramente, a paciente passa a ser alvo de uma terapia hormonal que induza o acontecimento de sua ovulação. Durante todo esse tempo em que ela está sendo alvo da referida carga de hormônios, suas reações bioquímicas são constantemente monitoradas através de Laparoscopias, testes de ultrassom, exames de sangue e urina a cada três horas e exames dos líquidos cervical e vaginal. Tudo isso para se saber a hora exata da ovulação, ou, o "timing".
>
> Chegada a hora, uma agulha de aço de 23 cm de comprimento e diâmetro interno de 2 mm é introduzida por via transcervical até atingir os ovários, quando se dá a punção do folículo (óvulo imaturo). Este é levado ao meio de cultura (vidro), previamente preparado e que tenta reproduzir ao máximo o ambiente natural das trompas.
>
> Uma vez no meio de cultura, o óvulo fica apenas à espera do espermatozoide. Este é colhido, geralmente por meio da masturbação, cerca de uma hora e meia antes de ocorrer a fecundação e, chegada a hora de sua utilização, é levado ao meio de cultura em grandes quantidades para ser derramado sobre o óvulo já devidamente maduro.
>
> Caso a fecundação venha a ter sucesso, resta realizar a transferência do embrião para o útero da mãe (substituta ou não) e torcer para que este se implante definitivamente, o que caracteriza a concepção [...] [65]".

Historicamente, a técnica teve seu início através da tentativa de desenvolvimento da cultura de embriões de ratos e coelhos após o processo de fecundação natural; com determinado tempo de crescimento, os embriões eram reimplantados no útero das fêmeas. O sucesso no experimento foi atribuído ao cientista M.C. Chang, em 1959, ao expor os coelhos nascidos desse procedimento.

Em seres humanos, a primeira experiência ocorreu em 1965 e foi conduzida pelo doutor R.G.Edwards, até que, em 1978, em Manchester, culminou no nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta de que se tem registro na história. O episódio noticiado mundialmente demonstrou que a ciência possuía aparato tecnológico para combater a infertilidade humana.

Após o sucesso do experimento, não tardaram os inúmeros casos de gravidez possíveis através da fertilização in vitro. Entre os anos de 1986 e 1988 cerca de 4.000 mulheres foram subtidas ao método e engravidaram a partir da utilização dos embriões manipulados.

---

[65] FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. A Fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica. **JusNavigandi**,v.4, n.42, p 1-8,2002, p.1.

Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fertilização-vitro-uma-nova-problemática-jurídica. Acesso em 15 jul. 2018.

Como já mencionado a manipulação artificial da fecundação humana suscitou novas questões relacionadas ao início da vida. Ainda é nebuloso o cenário em que figuram os embriões extrauterinos, sobretudo pela imprecisão quanto à destinação que estes devam receber: a doação, a criopreservação, ou o descarte. A situação pode se tornar ainda mais delicada a depender da concepção jurídica de vida adotada, a exemplo da teoria concepecionista já explicitada.

3.2. Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510

Em 2005, foi iniciado um intenso debate sobre a questão das pesquisas com células-tronco. Essas células diferenciam-se das demais células por terem a capacidade de originarem todos os tecidos do corpo humano. Por esta característica, acredita-se que a manipulação de células-tronco é ideal para o tratamento de muitas doenças crônicas, como Mal de Parkinson e Mal de Alzheimer. As células-tronco embasam ainda o ramo da medicina denominado Medicina Regenerativa, por meio do qual se acredita ser possível a regeneração de órgãos e tecidos do corpo humano. As células-tronco podem ser adultas ou embrionárias, na definição de Tomasevicius Filho:

> "[...] Há dois tipos de células-tronco adultas, e as células-tronco embrionárias. As células-tronco adultas são encontradas, sobretudo na medula óssea e no cordão umbilical. Não existem em grande número, e são funcionalmente limitadas, por não terem capacidade de formarem todo e qualquer tecido humano. Mesmo assim, médicos vêm utilizando estas células-tronco adultas em diversos tratamentos. As células-tronco embrionárias consistem nas primeiras cem células resultantes da divisão celular do óvulo fecundado. No instante da fecundação do óvulo, existe a célula única, totipotente, capaz de formar todo o corpo humano. Três dias após à fecundação, já existem mais de cem células, que formam uma massa celular denominada blastocisto. As células que estão na periferia do blastocisto formarão a placenta e o líquido amniótico. Já as células que estão na parte interior do blastocisto, formarão os órgãos. Estas células pluripotentes são as células-tronco[...]".[66]

Umas das questões enfatizadas na ADIN 3510 foi a argumentação de que a utilização de células-tronco embrionárias se mostrou em muitos casos ineficiente, sobre essa ponderação, se posicionou Paulo Leão :

> As células-tronco embrionárias humanas (cultivadas em laboratório após ser morto o embrião do qual são extraídas), por vários e sérios motivos, dentre os quais incompatibilidade imunológica, conforme relato de pesquisadores internacionais, não tem se mostrado passíveis de utilização, sob pena de graves riscos para o paciente, para qualquer finalidade terapêutica. Não há resultados publicados no mundo de terapia celular utilizando células embrionárias, e essas, quando injetadas em ratos ou camundongos, geram, em 50% dos casos, tumores embrionários ou teratomas. As células-tronco adultas, ao contrário, têm tido crescente aplicação

[66] TOMASEVICIUS FILHO, op.cit, p.446.

> terapêutica, com muitos relatos internacionais e nacionais, de curar de diversas doenças, já beneficiando expressiva quantidade de pessoas [...][67].

Estas células podem ser obtidas por clonagem terapêutica ou mediante o uso de embriões excedentes residindo nessa última alternativa uma grande indagação ética se considerado que estes embriões são seres humanos vivos.

Em decorrência deste novo contexto o Congresso Nacional se posicionou a favor do uso de embriões em pesquisas com células-tronco durante a votação da Lei de Biossegurança. Durante esse processo, diversos segmentos da sociedade dividiram opiniões em relação ao projeto de Lei culminando na elaboração de artigos que foram objeto da Ação Direta de Inscontitucionalidade 3510.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou a respeito dos embriões excedentários e o início da vida, durante julgamento da referida ação, a qual tinha por objetivo demonstrar a ilegalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05 in verbis:

> **"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 ministro Carlos Ayres Britto, relator da presente ação, conduziu seu voto pela total improcedência. O voto fundamentou-se em dispositivos constitucionais que asseguram o direito à vida, saúde, planejamento familiar e as pesquisas científicas, defendendo a utilização de células-tronco embrionárias nas pesquisas para cura doenças. Para ele, o embrião que ainda não foi implantado no útero materno não pode ser considerado dotado de vida bem como pela

---

[67] FERDINANDI, Marta Beatriz Tanaka; TOLEDO, Iara Rodrigues. A problemática Sobre as Pesquisas das Células-Tronco e dos Embriões Excedentários sob a Ótica do Direito á Vida e da Ética Jurídica diante da Evolução Científica do Biodireito e a ADIN 3510/2005. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 11, n. 2, p. 539-552, jul./dez. 2011, p. 548 apud FERREIRA, Alice Teixeira; SOARES, André Marcelo Machado et. al. Vida: o primeiro direito da cidadania. In: SUPREMO Tribunal Federal. Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade ADI n. 3510 de 2005. p. 21-45. Disponível em: Acesso em [20--?]

a ausência de formação do cérebro. Enfatizou, portanto como imprescindível o papel do útero materno no processo de formação da individualidade humana e que um embrião produto da manipulação através da fertilização in vitro só alcançaria características neurais e de pessoa humana com o suporte desse órgão feminino:

> [...] o embrião in vitro é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explanações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. [...] [68]

Acompanhando o voto do relator, a Ministra Ellen Gracie, destacou que "embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos." [69].

Logicamente, é preferível a utilização de embriões humanos em pesquisas biomédicas favoráveis à cura de doenças do que o descarte dos mesmos, pelo menos assim confere-se ao procedimento certa dose de dignidade pela finalidade benéfica que possui.Contudo, ao considerar que não há definição científica quanto ao início da vida, este ato pode significar a condenação de milhares de seres humanos, em outras palavras, a inconclusividade científica quanto ao marco inicial da vida tem sido utilizada para lastrear procedimentos que decididamente ainda não contam com uma fundamentação biológica bem estruturada.

O voto do ministro Joaquim Barbosa foi emitido no sentido de que cabe aos progenitores decidirem a destinação a ser conferida aos embriões:

> [...] a questão sobre a destinação dos embriões excedentes é uma responsabilidade dos pais, de tal maneira que: ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, as suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade [70].

---

[68](STF-ADI: 3510 DF, Relator Min. AYRES BRITTO, Data de julgamento: 29/05/2008.Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE- 096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP 00134).

[69] BARROSO, Luis Roberto. Em nome da vida. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 nov. 2005.

[70] ARAÚJO, Mateus Morais. De Quimeras e Outras Aberrações. Um Estudo sobre a Constitucionalidade da Pesquisa com Células-tronco Embrionárias. **Revista Jus Navigandi**, v.15, n.2436, 3 mar. 2010. p.2.

Embora tenha fundamentado seu voto num direito de inestimável valor para a sociedade, cabe verificar se a liberdade que gozam os pais neste procedimento é capaz de suportar a responsabilidade por uma ação irreversível, pois uma vez que na hipótese do embrião excedentário já ser detentor de vida, seu descarte ou destruição para fins de pesquisas significaria uma decisão imutável por parte dos genitores.

A Academia de Doutores da Espanha firmou entendimento bem claro sobre o tema, destacando que o concebido não pode ser objeto de disposição dos genitores "o concebido não é uma parte do organismo materno senão um efetivo ser humano, perfeitamente individualizado e que, portanto, não pode ser objeto de disposição nem sequer de seus progenitores. Ninguém, portanto, tem o direito a destruí-lo[71]".

Outra problemática verificada na Lei de Biossegurança, objeto da Ação em tela, foi a ausência de disciplina sobre a formação dos embriões excedendentários. Nas palavras de Ana Thereza Meirelles Araújo "Em nosso país a lei de Biossegurança regulamentou a utilização e experimentação das células-tronco embrionárias, no entanto não disciplinou acerca da formação desses embriões, da legalidade ou não do surgimento dos embriões excedentários" [72].Outros países como a Inglaterra demonstram preocupação em restringir o número de implantações de embriões no útero materno com o fulcro de reduzir a quantidade de embriões excedentários.

A Lei de Biossegurança regulamenta os procedimentos relacionados às pesquisas com células-troco, mas não se posiciona em relação ao embrião extranumerário, nem quanto ao procedimento por meio do qual este é obtido. A resolução n° 1358/92 limita o número de dois embriões para realização de transferência, contudo, por ser uma referência apenas para os profissionais da área de saúde não possui força de lei, permanecendo, portanto a lacuna legislativa existente quanto ao tema em foco.

Estas questões despertam a necessidade de compreensão dos motivos ou justificativas que tornam a falta de amparo teórico no ramo do Biodireito quanto a esse debate tão evidente. Uma possível explicação reside na falta de disposição mesmo diante de um tema dessa

---

Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14444. Acesso em: 28 jul. 2018.

[71] NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**, 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1999, p.117.

[72] ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. **Revista do PPGD da Universidade Federal da Bahia**, v. 16, 2008, p. 157.

magnitude. Diante da análise da ADIN 3510 de 2008 e dos desdobramentos dela decorrentes, resta evidenciado a urgente necessidade de regulamentação do uso de células-tronco embrionárias e da legalidade desse procedimento.

3.3. Análise do artigo 1597, inciso III: O embrião extrauterino e a aquisição de personalidade jurídica.

Para compreender se o embrião extrauterino goza de personalidade jurídica, é necessário inicialmente realizar a verificação do espírito do legislador aplicado à redação do inciso III do artigo 1597 do Código Civil de 2002. Para tanto, é indispensável conhecer o contexto social de criação deste texto de lei, a motivação legislativa e a filiação do ordenamento jurídico a alguma teoria sobre o tema, verificando se o produto da concepção oriundo da técnica de reprodução assistida mencionada no referido inciso já possui esta prerrogativa.

Sobre o contexto legislativo de elaboração do código civil de 2002 no tocante às técnicas de reprodução assistida, esclarece Toamasevicius Filho:

> [...] O Código Civil de 2002 foi elaborado no início da década de 1970, período em que as técnicas médicas de reprodução assistida ainda eram incipientes. Devido à agenda legislativa do País, a substituição do Código Civil não era um assunto urgente, o que fez com que sua tramitação se estendesse por 30 anos, ficando defasado seu texto. Como a vontade de promulgá-lo surgiu repentinamente, não houve tempo suficiente para sequer tentar esboçar uma regulação destes novos temas trazidos pelo biodireito. A saída foi falar que propositalmente estes temas foram deixados de fora do Código Civil. Por isso, sobre a pessoa humana em si, o novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) não criou nenhuma norma nova. Ainda manteve a mesma redação do Código Civil de 1916: [...][73]

O Código Civil de 2002 foi elaborado nos primeiros anos da década de 1970, momento em que se iniciava o avanço das técnicas de reprodução assistida, tema que não era assunto de grande relevância. Em virtude da substituição do Código Civil de 1916 só ter ocorrido 30 anos após este período, o que se deu de um modo repentino, questões relacionadas às técnicas de reprodução artificial, ao embrião extrauterino e ao estabelecimento de uma relação entre essa figura à ideia de personalidade jurídica não foram abordadas.

Partindo-se para a necessária observação da fundamentação aplicada pelo legislador no que diz respeito à teoria adotada para a elaboração do inciso III do artigo 1597 do Código

[73] TOMASEVICIUS FILHO, p. 442.

Civil de 2002, verificando se o produto da concepção resultante da técnica mencionada no referido inciso já é considerado pessoa e consequentemente detentor de personalidade jurídica deve ser observado o artigo em destaque:

> **Art. 1.**597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> **I** - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
> **II** - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
> **III** - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> **IV** - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> **V** - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A análise do termo "fecundação", utilizado no inciso III do artigo em análise, sugere que o legislador se referia à técnica da fertilização in vitro e não a da inseminação artificial homóloga. Com base no conhecimento acerca da distinção entre os procedimentos mencionados, verifica-se que a terminologia empregada relaciona-se com a fertilização in vitro, o que produz uma intrigante repercussão jurídica a ser analisada. Como foi tratado anteriormente, no procedimento denominado inseminação artificial, apenas o espermatozoide é manipulado e inserido na mulher com pretensões de que ocorra a concepção, o que caso se concretize, não ensejará em muitos desdobramentos jurídicos quanto ao concepto gerado . Por outro lado, na fertilização in vitro, ocorre a manipulação de ambos os gametas masculino e feminino combinados num tubo de ensaio denominado proveta. Todo este processo ocorre ainda fora do corpo da futura mulher que espera gerar, e sendo bem sucedida a técnica, o embrião estará em desenvolvimento num ambiente extracorpóreo.

Como visto, a depender da teria adotada, o produto da fertilização in vitro pode ser considerado pessoa humana como aduz a teoria concepcionista. Neste sentido, esse ente em formação, ainda que não implantado no ventre materno já é possuidor de direitos assim como outros conceptos que tenham sido gerados pelos meios naturais de reprodução, gozando, por tanto, dos direitos inerentes ao nascituro como por exemplo o da filiação. Essa concepção traz desdobramentos consideravelmente relevantes, uma vez que a partir de tal reconhecimento o embrião extrauterino artificialmente fecundado já contaria com um vínculo de parentesco consanguíneo em primeiro grau, o que repercute nas questões patrimoniais e sucessórias, sendo equiparado à condição de nascituro e tendo os direitos resguardados desde a concepção até que nasça com vida como estabelece a segunda parte do artigo 2º do Código Civil 2002.

Essa verificação é reforçada quando se observa o entendimento majoritário da doutrina sobre a aquisição de personalidade jurídica a partir da concepção. Nomes como Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Cristiano Chaves, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Maria Helena Diniz, Teixeira de Freitas, Silmara Chinellato filiam-se à teoria concepcionista. Toamasevicius Filho indicou o posicionamento de Teixeira de Freitas sobre o tema:

> Augusto Teixeira de Freitas era partidário da primeira corrente. O Esboço de Código Civil de Freitas estabelecia no art. 221 que "desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes do seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas" O art. 224 do mesmo texto previa que "também não importa que os nascidos com vida tenham impossibilidade de prolongá-la, e que pereçam logo depois do nascimento, ou por nascerem antes do tempo, ou por qualquer vício de organização interna" [...][74].

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam o posicionamento Silmara Juny Chinelato acerca da tese concepcionista:

> [...] "juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade"[...][75]

Neste viés, é notória a predominância da tese concepcionista no entendimento majoritário da doutrina. O Código Civil de 1916 carregou as fortes influências dessa teoria, as quais foram transportadas para o Código Civil de 2002 sob muitos aspectos, inclusive aqueles que versam sobre as técnicas de reprodução assistida, uma vez que não houve tempo e disposição legislativa para o tratamento desse tema durante a promulgação do Código Civil de 2002.

Conforme foi demonstrado, todas estas considerações estabelecidas neste capítulo conduzem a um entendimento fundamentado no sentido de que a vontade do legislador a respeito da elaboração do inciso III em destaque foi extensiva. Nesta linha, o embrião humano extrauterino foi inserido na esfera de proteção conferida pela teoria concepcionista, onde

---

[74] TOAMSEVICIUS FILHO, op.cit, p. 440.

[75] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Filho Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral, Vol. I** .15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132.

direitos e garantias conferidas ao nascituro são paralelamente direcionadas também àquele ente, tendo sido demonstrada a filiação do ordenamento jurídico às considerações dessa teoria, indicando que a aquisição da personalidade jurídica dever ser também estendida ao embrião humano extrauterino.

4. CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS, ÉTICAS E A FORMAÇÃO DO ESTATUTO DO EMBRIÃO HUMANO.

Neste capítulo, será realizado um breve apanhado das considerações filosóficas e éticas, considerando-se que tais aspectos refletem a dimensão da natureza humana e os princípios que regem o comportamento dos indivíduos e que neste viés poderão contribuir para a delimitação do início da vida e a conceituação de pessoa humana. Aspectos que deverão nortear a verificação da condição atual de proteção do embrião humano extrauterino. Por fim, será situado o embrião extrauterino numa perspectiva biológica, moral e jurídica estabelecendo-se um estatuto para essa figura.

4.1. Considerações filosóficas

A filosofia pode ser conceituada como o estudo das questões fundamentais relacionadas à natureza humana, à existência e aos valores morais que norteiam as relações entre os indivíduos. Neste sentido, constitui um conhecimento válido para a verificação de proteção jurídica conferida ao embrião extrauterino dentro da perspectiva do avanço experimentado no campo da biomedicina nas últimas décadas.

Sobre a necessidade de alinhar considerações biológicas e filosóficas para a resolução de questões relevantes observadas a partir do progresso científico como o tratamento conferido aos embriões excedentários pontuam Almeida e Ruthes:

> Um dos grandes temas discutidos na atualidade, no campo da bioética, é a questão do início da vida humana. Estabelecer o momento no qual ela principia é central, pois auxiliaria na resolução de polêmicas como o aborto, a reprodução assistida e a manipulação de embriões excedentes de clínicas que praticam tal técnica. Contudo, essa não é somente uma tarefa das ciências biológicas, pois a delimitação do início da vida humana envolve os conceitos de dignidade humana, pessoalidade e transcendência. Constitui-se, portanto, num trabalho conjunto com as das ciências religiosas, filosóficas, antropológicas e sociológicas [...][76].

A tentativa de sanar as questões por meio da Filosofia não é recente. Desde a Filosofia clássica, há uma constante busca, sobretudo, para identificar quando a vida tem seu início. Dada à relevância desta verificação, grandes filósofos almejaram uma definição desse intrigante marco biológico.

[76] ALMEIDA; RUTHES, op.cit, p. 114.

Para Platão,[77] a vida tinha início no nascimento, momento a partir do qual o corpo adquiria a alma, sob a égide desse entendimento não havia qualquer resistência à prática do aborto. Aristóteles,[78] por sua vez, posicionou-se de modo contrário a Platão, atribuindo o início da vida à percepção dos primeiros movimentos intrauterinos do feto[79]. Nota-se que esses posicionamentos rasteiros eram orientados pela falta de meios de acesso ao conhecimento de aspectos que hoje não permitem a aceitação de tais argumentações. Além disto, não havia um consenso filosófico a respeito de qual seria o momento mais preciso entre a concepção e o nascimento para definir o início da vida e a consequente aquisição de reconhecimento de direitos e proteção pelo concepto.

A contribuição mais relevante observada na Filosofia clássica aplicável à resolução da questão do embrião extrauterino reside na análise de duas vertentes mais expressivas para tentativa de conceituação da pessoa humana. São estas a corrente vitalista, tendo como precursor Tomás de Aquino[80] e o modelo cultural.

Na corrente vitalista, entende-se por ser humano aquele que é dotado de código genético completo. Nesta corrente o homem é tido como um ser incompleto até o momento em que Deus lhe confere alma racional, podendo ser considerado pessoa. Neste sentido, para os tomistas, a fecundação seria o marco inicial de existência da pessoa humana. Nas palavras de Clarissa Ribeiro Schinestsck a corrente vitalista já reputa ao embrião o status de pessoa humana:

---

[77] Biografia (Platão). Biografia de Platão. Platão (427 a.C. - 347 a.C.) foi um filósofo grego da antiguidade, considerado um dos principais pensadores da história da filosofia. ... Platão nasceu em Atenas, Grécia, provavelmente no ano 427 a.C. Pertencia a uma das mais nobres famílias de Atenas.
Disponível em: https://www.ebiografia.com/platao/. Acesso em 17 jul. 2018.

[78] Biografia (Aristóteles). Notável filósofo grego, Aristóteles (384 - 322 a.C.), nasceu em Estágira, colônia de origem jônica encravada no reino da Macedônia. Filho de Nicômaco, médico do rei Amintas, gozou de circunstâncias favoráveis para seus estudos. Em 367 a.C., aos seus 17 anos, foi enviado para a Academia de Platão em Atenas, na qual permanecerá por 20 anos, inicialmente como discípulo, depois como professor, até a morte do mestre em 347 a.C.
Disponível em: https://www.ebiografia.com/platao/. Acesso em 17 jul. 2018.

[79] FERDINANDI, Marta Beatriz Tanaka; TOLEDO, Iara Rodrigues. A problemática Sobre as Pesquisas das Células-Tronco e dos Embriões Excedentários sob a Ótica do Direito á Vida e da Ética Jurídica diante da Evolução Científica do Biodireito e a ADIN 3510/2005. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 11, n. 2 p. 539-552, jul./dez. 2011,p.541.

[80] Tomás de Aquino. Tomás de Aquino (1225-1274) foi um frei católico, filósofo e teólogo italiano da Idade Média, da Ordem Dominicana Foi santificado pelo Papa João XXII. É o autor da “Suma Teológica” onde faz uma clara exposição dos princípios do catolicismo.
Disponível em: https://www.ebiografia.com/tomas_de_aquino/. Acesso em 16 jul. 2018.

> A corrente vitalista prega que para ser reputado como ser humano basta ter um código genético completo. Santo Tomás de Aquino é seu maior expoente e dizia que pessoa é todo aquele que através do uso da razão submete às leis emanadas de Deus. Para este filósofo, é Deus quem confere ao ser incompleto a alma racional, que o tornará uma pessoa. Assim, a pessoa humana seria constituída de corpo e alma. Dessa forma, para os tomistas desde a fecundação já existe pessoa humana, o que implica afirmar que para estes o embrião "in vitro" não pode ser objeto de pesquisas científicas [81].

Nessa ótica, o embrião humano fecundado artificialmente, mesmo ainda não implantado no útero, é considerado pessoa humana, a partir de um código genético individualizado, o ser em formação já seria detentor de todos os direitos e prerrogativas que emanam do sistema jurídico, incluindo-se o direito à vida, sendo, portanto, impensável sua aplicação em pesquisas científicas ou ainda o seu descarte pelas clínicas de congelamento.

Já o denominado modelo cultural, indica que além do código genético completo, o ser humano carece demonstrar em sociedade que possui consciência, moral e razão, pressupostos que logicamente afastam da figura do embrião a associação à condição de pessoa humana por lhe faltar capacidade para discernir e fazer escolhas. Esta indicação abre uma notória distinção entre pessoa e ser humano, estabelecendo-se para o embrião a definição de ser humano tão somente.

Neste viés, para o modelo cultural é livre o manejo de embriões extrauterinos em quaisquer procedimentos requisitados pelas ciências biomédicas assim como o descarte e sua inutilização, justamente pela ausência desses atributos.

O modelo cultural apresenta um embasamento considerado restritivo, uma vez que atribuir a condição de pessoa humana a elementos como consciência e moral seria entender que um ser humano com condições especiais que comprometam seu discernimento, ou ainda crianças que não tenham alcançado a plena capacidade cognitiva não poderiam ser consideradas pessoa humana. Esta visão parece ser inadmissível e até mesmo contrária aos fundamentos da ordem jurídica brasileira vigente, uma vez que ambas as figuras mencionadas recebem total proteção de seus direitos pelo Estado. Neste sentido, o modelo cultural não embasa a concepção de proteção destinada ao embrião humano extrauterino.

---

[81] SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. **As Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias:** O Direito à Vida Digna ou o Direito à Dignidade do Embrião In vitro? Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008, p.12.

Outra Importante consideração da Filosofia para delimitar a proteção jurídica conferida ao Embrião extrauterino num momento onde pairam a insegurança e indeterminação regulamentar que discipline os procedimentos aplicados pelo Biodireito a essa figura é aquela que associa o início da vida ao conceito de pessoa humana. Este conceito possui íntima relação com a proteção jurídica do indivíduo, uma vez que sendo considerado pessoa, o ser humano passa a ser revestido da tutela jurídica com todos os direitos dela decorrentes, como o direito à vida, à integridade física e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta linha, a conceituação de pessoa e a delimitação de qual momento da existência humana esta condição é alcançada podem subsidiar a resolução de celeumas tão presentes no campo do direito contemporâneo. Daí a importância de se estabelecer uma breve explanação sobre a temática.

A noção de pessoa é relativamente recente, não tendo sido verificado indício de investigação do seu conceito antes da civilização Greco Cristã. Os estudiosos mais antigos associaram a existência da pessoa ao processo de comunicação entre os seres humanos, a utilização da linguística, semântica e as mudanças que envolvem o conservadorismo e as dinâmicas próprias da linguagem. Neste sentido, a noção de pessoa reserva cargas de referenciais políticos, jurídicos e filosóficos construídos ao longo do tempo. Sob a ótica desse conceito o embrião extrauterino não pode ser considerado pessoa pela ausência da manifestação da linguagem.

Na Grécia antiga, a ênfase residia no estabelecimento de paralelo entre a existência da pessoa e a individualidade. Tal nota marcante ensejou profundamente no pensamento jurídico, na designação de sujeito com uma distinção evidente entre os direitos pessoais e os direitos reais, neste sentido, o homem poderia guardar diversas facetas sociais e jurídicas. Já na Roma antiga, era detentor de direitos pessoais somente o cidadão, homem e livre, excluindo-se mulheres e crianças. Já o conceito etimológico mais explanado, o qual reside em Boécio[82], filosofo cristão, associa o termo persona às máscaras utilizadas pelas personagens em peças teatrais, representada pelo som da voz dos atores. Essas considerações, por serem restritivas, não se aplicam ao embrião extrauterino, figura recente, impensada naquele contexto social e político.

---

[82] Boécio. Ancio Manlio Torcuato Severino, Roma, (480 dC-524) Político, filósofo e poeta latino, autor do consolo da filosofia . Representante do neoplatonismo, ele estava inclinado ao estoicismo e às ciências exatas e tornou-se um dos fundadores da filosofia cristã do Ocidente.
Disponível em: https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/boecio.htm. Acesso em 16 jul. 2018.

A partir do século XX, a ideia de pessoa no seu aspecto individual começa a dar lugar a uma generalidade que deságua no conceito de humanidade percebido até os dias atuais. A perspectiva de pessoa na atualidade é intimamente conduzida pela noção de dignidade, numa ampla dimensão valorativa. Neste sentido, a pessoa humana deve ser considerada, em suas relações no âmbito civil, social e jurídico, a dignidade torna-se, portanto, fundamento de adequação do direito e atuação do Estado.

Nesse prisma, as considerações filosóficas associadas à conceituação de pessoa na atualidade indicam que o embrião humano extrauterino, se considerado desde a concepção, não conta com tratamento digno e proteção, o que demonstra a latente necessidade de formalização de um estatuto para essa figura.

4.2. Considerações éticas

A Ética pode ser definida como conjunto de regras e preceitos de ordem valorativa e moral de um indivíduo, de um grupo social ou de uma sociedade. Para o Direito é notória a influência do pensamento ético uma vez que o Estado recepcionou uma multiplicidade de valores como a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Esta dimensão valorativa deve ser compreendida como um dos sustentáculos que norteiam o Biodireito e os procedimentos disciplinados por este ramo.

Assim como a Biologia e a Filosofia, a Ética também se propõe a apresentar considerações referentes ao início da vida, embora apresente um enfoque complementar em que não são observadas pretensões de tecer definições absolutas. Nas palavras de Maria Celeste Cordeiro Santos citada por Schinestsck:

> [...] no domínio biológico o diálogo entre ética e Direito, apenas começou. Por ser interdisciplinar, seu propósito não é convencer, mas sim propor enfoques complementares. A sua recepção é marcante nos textos constitucionais. "Consiste em uma série de valores considerados fundamentais e sua proteção jurídica é assumida pelo Estado, que inclui entre nós a consideração à vida, à dignidade do homem, à liberdade, etc., pedras estas basilares da bioética moderna" [83].

A partir do século VI, o filósofo Boécio trouxe uma conceituação para pessoa humana tendo como norte a ideia de racionalidade, com o objetivo de distinguir o homem dos demais seres existentes, esta noção influenciou na elaboração de duas correntes éticas que possuem

---

[83] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo**: Bioética e a Lei: Implicações Médico Legais.3.ed. São Paulo: Ícone Editor, 1998. p. 30 apud SCHINESTSCK, p. 11.

maior expressividade no que tange à compatibilização dos avanços da biotecnologia às questões práticas envolvendo discussões éticas neste campo.

A primeira corrente é intitulada ética da liberdade da autonomia da vontade, tendo como referenciais os filósofos Peter Singer[84] e Hugo Tristam Engelhardt[85]. Esta corrente a tem sua fundamentação no contratualismo[86] de Hobbes[87] e na noção de pessoa humana construída em Kant[88]. Para essa corrente, apenas seriam passíveis da tutela jurídica aqueles que gozassem de raciocínio e aptidão para tomada de decisões, na definição Schinestsck:

> Segundo esta corrente filosófica somente podem ser objeto de proteção jurídica os seres dotados de razão e capazes de tomarem decisões responsáveis. Para Hugo Tristram Engelhardt valendo-se dos ensinamentos de Kant, o fato de ser pessoa não necessariamente significa que se está diante de um ser humano, porquanto o início da vida não coincide com o início da pessoa humana, a qual é um ser moral. Assim,

---

[84] Biografia (Peter Albert David Singer). Peter Albert David Singer nasceu em 6 de Julho de 1946, em Melbourne, na Austrália, é um filósofo ético e político, bem conhecido por seu trabalho sobre bioética e seu papel como um dos intelectuais fundadores do movimento moderno dos direitos dos animais.
Disponível em**:** https://www.biografias.es/famosos/peter-singer.html. Acesso em 16 jul. 2018.

[85] Biografia (Hugo Tristram Engelhardt). Hugo Tristram Engelhardt (Texas, 1941). Filósofo americano, doutor em Filosofia pela Universidade do Texas e em Medicina pela Universidade de Tulane. Professor de Filosofia na Rice University em Houston, na especialidade de História e Filosofia da Medicina, enfocou os temas da filosofia continental. Ele também é professor emérito da Faculdade de Medicina Baylor e membro do Centro Baylor de Ética Médica e Políticas Públicas. Atualmente é membro do conselho editorial de numerosos periódicos, como o Journal of Medicine and Philosophy , Christian Bioethics ou Philosophy and Medicine .
Disponível em: http://www.bioeticas.org/bio.php?articulo1025l. Acesso em 16 jul. 2018.

[86] BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI NICOLA et tal. **Dicionário de Política.** 11.ed.Brasilia:Editora UNB,1993,p.272.
Contratualismo. "[...]Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, potestas, imperium, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceituai para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso.[...]"

[87] Biografia (Thomas Hobbes). Thomas Hobbes (1588-1679) foi um teórico político, filósofo e matemático inglês. Sua obra mais evidente é "Leviatã", cuja ideia central era a defesa do absolutismo e a elaboração da tese do contrato social.
Disponível em: https://www.ebiografia.com/thomas_hobbes/l. Acesso em 16 jul. 2018.
.

[88] Biografia (Immanuel Kant). Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo alemão, fundador da "Filosofia Crítica". Dedicou-se em resolver a confusão conceitual a respeito do debate acerca da natureza do nosso conhecimento. Procurou explicar como é o funcionamento do mecanismo de apreensão e de compreensão da realidade que permite ao Homem saber-se inserido em um Universo.
Disponível em: https://www.ebiografia.com/immanuel_kant/**.** Acesso em 16 jul. 2018.

> nem todas as pessoas são seres humanos e nem todos os seres humanos são pessoas. Não é por outra razão que seu pensamento é denominado de neokantiano [89].

Neste sentido, para Hugo Tristram Engelhardt pessoa é todo aquele que reúne autoconsciência, liberdade, racionalidade e Senso moral, os embriões extrauterinos, por não contarem com essas atribuições, as quais segundo esta corrente, conferem existência à pessoa, poderiam ser utilizados em pesquisas científicas, este entendimento se estende ainda aos indivíduos portadores de necessidades especiais como também para aqueles considerados senis[90] sob alegação de que estes não seriam dotados de autonomia, o que afasta qualquer responsabilidade sobre suas ações. Essa vertente considera a primazia da utilidade em detrimento de aspectos morais e valorativos, constituindo-se uma noção onde os embriões figuram como coisa que pode ser utilizada livremente por aqueles que os produziram.

A segunda corrente é denominada ética da responsabilidade. Esta vertente conjuga os campos da realidade e do idealismo, transportando as decisões individuais para o campo da coletividade. O principal expoente foi Hans Jonas[91], que elaborou suas disposições sob influências de Habermas e Apel[92].

Nesta corrente vigora o entendimento de que não é possível se dissociar do juízo moral, indicativo que possui forte contribuição para a verificação das questões problemáticas envolvendo a moralidade dos procedimentos com embriões extrauterinos. O cerne dessa corrente se firma na ideia de que é preciso enfatizar considerações que reflitam no bem comum, na satisfação da coletividade como um todo e não apenas para um indivíduo. Assim sendo, não poderia ser diferente que os valores e princípios éticos que predominam no meio social tenham profundo significado para esta corrente.

---

[89] SCHINESTSCK, op. cit, p. 13.

[90] Senil. Decrépito; referente ou particular à velhice; que se refere aos velhos. Consequência da velhice: debilidade senil. Que sofre perturbações mentais grave: demência senil.
Disponível em: https://www.dicio.com.br/senil/. Acesso em 16 jul. 2018.

[91] Hans Jonas (1903-1993) foi um filósofo alemão. É conhecido principalmente devido à sua influente obra O princípio responsabilidade (publicada em alemão em 1979, e em inglês em 1984). Seu trabalho concentra-se nos problemas éticos sociais criados pela tecnologia.
Disponível em: https://www.ebiografia.com/jurgen_habermas/

[92] Biografia (Karl-Otto Apel). (Düsseldorf, 1922) filósofo alemão. Professor na Universidade de Kiel e especializado em linguagem e comunicação, ele é um representante crítico da corrente hermenêutica e coincide com os desenvolvimentos do último Jürgen Habermas . Seus trabalhos mais destacados são Transformação da Filosofia (1973), O Desafio da Crítica Total da Razão (1994) e Teoria da Verdade e Ética do Discurso (1995).
Disponível em: https://www.biografiasyvidas.com/biografia/a/apel.htm. Acesso em 16 jul. 2018.

Neste sentido, as escolhas tomadas por cada indivíduo devem ser embasadas em fundamentos que priorizem o corpo social, devendo sob este critério serem submetidas à apreciação da comunidade. Observa-se, portanto, que para essa vertente ética a noção de utilidade perde completamente a sua importância dando margem ao bem-estar da comunidade.

Sob a ótica tecida por essa corrente, a utilização de embriões extrauterinos deve ser orientada e protegida por elementos morais e legais desde que esta orientação seja convertida em benefício dos interesses da coletividade ou de algum modo reflita na satisfatoriedade do grupamento social. Assim a utilização do embrião extrauterino em pesquisas médicas ou seu descarte só poderiam ser permitidos desde que esta prática refletisse a vontade da coletividade e o bem-estar geral.

Verifica-se que na ética da responsabilidade a vontade geral da sociedade deve ser considerada na tomada de decisões. Para esta corrente, questões como a necessidade de legislação específica que discipline o uso de embriões extrauterinos e estabeleça maior proteção jurídica para essa figura devem são tratadas sob um enfoque social e não individual que seja orientado por protocolos e diretrizes norteadoras. Nesta linha a Biotecnologia deve considerar em seus procedimentos, a cautela, moderação, e as diversas hipóteses que circundam o embrião extrauterino como a dignidade e proteção jurídica, levando-se em consideração a vida humana e o futuro da humanidade, pilares que predominam sobre quaisquer ações que possam comprometer esses dois fundamentos. Essa noção contém maior ênfase no que diz respeito a responsabilidade nas decisões relacionadas à bioética, aspecto que se contrapõe claramente aos preceitos estabelecidos na corrente ética da liberdade, a qual enfatiza a utilidade das pessoas e coisas.

Conforme verificado, assim como na filosofia a ética produz aspectos norteadores para o tratamento das questões relacionadas aos avanços científicos no campo da biotecnologia. Se adotada a corrente ética da responsabilidade, fica evidente que a ausência de parâmetros legais que regulem a situação do embrião extrauterino comprometem a proteção jurídica conferida a este ente, principalmente no tocante à falta de cautela verificada na realização da fertilização in vitro, que enseja muitas vezes na produção de um número demasiado de embriões, sendo esta uma das questões basilares que originam a problemática jurídica acerca do tema. Verificações como esta apontam para a necessidade de elaboração de um estatuto para o embrião extrauterino.

4.3. Estatuto do embrião extrauterino

Considerando-se a perspectiva de formação de um regime jurídico e moral para o embrião extrauterino, cabe verificar como está situada esta figura, quais são os valores e direitos que podem ser vinculados a ela.

Nas considerações sobre a necessidade de delimitação da natureza do embrião no tocante a aquisição de um status biológico, legal e moral pontuou Pablo Arango Restrepo:

> O dicionário da Academia Real declara que <estatuto> vem do latim statutum e entre vários significados é o seguinte: "Regime jurídico que é determinado em consideração à natureza das coisas ou ao território no qual elas estão localizadas ″ . Esse significado nos interessa: determinar a natureza do embrião. O embrião tem o direito de ter um status biológico, legal e moral, e este estatuto deve ser respeitado [...][93].

Inicialmente, serão tecidas considerações acerca do estatuto biológico sendo este a base para todos os outros. Será verificado qual o posicionamento da biologia em relação ao embrião extrauterino, pois se realmente este não passar de um conglomerado de células desordenadas então não há o que se falar em estatuto moral ou legal, se por outro lado for verificado que este ente goza de vida humana a partir dos aspectos biológicos os estatutos moral e legal indicarão que o embrião extrauterino é detentor de todo direito e proteção.

O estatuto biológico fundamenta-se na analise das teorias referentes ao início da vida verificadas detalhadamente neste trabalho. Considerando-se todos os aspectos estabelecidos em cada uma delas, o elemento definidor da vida encontra suporte na fecundação, estágio da reprodução humana enfatizado pela corrente concepcionista. Segundo explicita Restrepo:

> [...] A biologia enfatiza que a identidade biológica de um novo indivíduo humano já está constituída no zigoto. A genética mostra que desde o primeiro momento o programa do que será esse ser vivo é fixo: um homem. Este programa faz seu desenvolvimento autônomo, dá-se ordens, o embrião sintetiza suas próprias proteínas, diferentes das da mãe, é capaz de reparar alterações, seu crescimento e desenvolvimento é programado.[...][94]

A teoria concepcionista é a teoria que precede todas as outras uma vez que não há o que se falar em quaisquer outras correntes antes que a fecundação tenha se estabelecido. Neste sentido, todos os elementos tecidos nas teorias neurológica, da nidação, do pré-embrião, da pessoa humana em potencial e da natalidade encontram ponto de partida ou alguma outra relação com a teoria concepcionista.

---

[93] RESTREPO Pablo Arango. Estatuto do Embrião Humano. Escritos - **Fac. Filos. Vamos. Univ Pontif. Bolívar**, v.24, n. 53, p.307-318, julho/dezembro 2016, p. 309.
[94] Ibidem, p.313.

Tendo como ponto de partida a constituição do estatuto biológico fundamento na concepção como início da vida humana, cabe partir para a verificação do estatuto moral do embrião extrauterino, que gozando de vida humana passa a ser considerado pessoa, atraindo, portanto, a proteção valorativa e princípios como o da dignidade da pessoa humana.

A conceituação da dignidade não é tarefa das mais fáceis. Essa dificuldade encontra justificativa na singularidade e importância atribuídas ao homem. Não é unânime seu significado ainda mais quando assume diversas facetas podendo ser compreendida como fundamento, princípio, direito e valor, noção que lastreia a ordem jurídica. Conforme posicionamento de José Roberto Martins Segalla e Luis Alberto David Araújo citados por Silva verifica-se a importância do homem nesta definição:

> Quando unificados os conceitos de dignidade e pessoa, tem-se o entendimento de que o homem é ponto de partida e de chegada; que o homem não admite substituição equivalente; que o homem é o único ser que compreende um valor interno e, que por final, não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana [95].

Embora a noção de dignidade seja de difícil definição, por outro lado sua função é bem nítida. A dignidade existe com o fulcro de proteção do homem em todos os sentidos e necessidades, orientando, portanto o ordenamento jurídico para que todos os direitos da pessoa humana sejam considerados e respeitados.

Como princípio a dignidade da pessoa humana encontra-se em elevado patamar jurídico, é considerada em diversas legislações em todo mundo conforme demonstra Antonio Junqueira de Azevedo:

> [...]1)a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), tanto em seu primeiro "considerando" quanto em seu primeiro artigo. "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". E art. 1o : "Todos os homem nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade"; 2) a Constituição da República Italiana (1947): "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais" (art. 3o , 1a parte); 3) a "Lei Fundamental" da Alemanha (1949): "A dignidade do homem é intangível.Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público" (art. 1.1); 4) a Constituição da República Portuguesa: "Portugal é um República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e

[95] GARCIA, Edinês Maria Sormani. O Fundamento da Consagração da Pessoa Humana no Texto Constitucional Brasileiro de 1988. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **15 anos da Constituição Federal em Busca da Efetividade**. Faculdade de Direito de Bauru, Bauru, 2003, p. 213. Apud SILVA, p.16.

> solidária" (art. 1o)(3). E: "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei" (art. 13, 1a alínea)[...][96]

No ordenamento jurídico brasileiro a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil conferindo-se ao ser humano a noção de essência do próprio Estado. Neste sentido, o homem é a razão de existir do Direito, toda a ordem jurídica é estabelecida de modo a atendê-lo nas suas demandas mais diversas.

Esse princípio está sediado na Constituição Federal de 1988 no artigo1º, inciso III. Neste viés, verifica-se que o constituinte, não apenas enfatizou tal princípio como também sob a consideração de uma expressiva dimensão valorativa, estabeleceu para os brasileiros o entendimento de que todo ser humano deve ser respeitado na dimensão de sua integridade corporal sendo respeitado como pessoa. Esse princípio guarda ampla relação ampla relação com os direitos fundamentais, considerando-se sua inegável associação ao direito à vida. Neste viés a dignidade passa a constituir o estatuto moral para o embrião extrauterino que como já mencionado goza de vida humana.

Tecidas as observações referentes ao estatuto biológico e moral, resta agora conceder a ao embrião extrauterino o amparo jurídico a partir da constituição de um estatuto legal. Não obstante, verifica-se que as legislações tratam rasteiramente acerca da questão jurídica do embrião extrauterino e de acordo com o entendimento estabelecido no estatuto biológico e moral este ente goza de vida humana e dignidade sendo a sua livre produção e utilização pelas ciências biomédicas uma afronta ao direito à vida e a integridade.

É sabido que o embrião quando em desenvolvimento no útero materno conta com toda a proteção conforme preconiza a segunda parte do artigo 2º do Código Civil de 2002 como já anteriormente demonstrado, para além da proteção concedida pelo referido dispositivo de lei desde a concepção, os direitos são assegurados para esse embrião em outros dispositivos legais, conforme se verifica na observação da interrupção da vida humana em progresso no ventre materno que é tipificada como aborto, como disposto entre os artigos 124 a 127 do Código Penal Brasileiro.

Valendo-se da fundamentação expressa no artigo 2º do Código Civil, o embrião congelado não pode ser considerado pessoa tão somente pelo aspecto do nascimento, contudo

---

[96] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista USP**. São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002, p.91.

guarda as mesmas características e potencialidades de um embrião implantado no útero materno merecendo desta forma um tratamento adequado e digno bem como a proteção da sua vida em potencial.

Nesta linha o ser humano deve ser respeitado e tratado como pessoa desde o momento da concepção, momento decisivo para o início de reconhecimento de direitos da pessoa, principalmente o direito fundamental à vida. Assim, o estatuto legal considera que as leis devem estar em consonância com as disposições dos estatutos biológico e moral. Neste sentido, está constituído o estatuto do embrião extrauterino.

5. CONCLUSÃO

Todas as considerações tecidas no presente trabalho foram válidas para construção do estatuto do embrião extrauterino. A partir de abordagens de cunho biológico, moral e jurídico foi possível concluir que o embrião extrauterino é dotado de vida humana e merece o respeito e proteção devidos.

É inegável a natureza humana intrínseca no embrião, mesmo microscópico, o embrião constitui-se na fase de desenvolvimento em que as mais importantes características do ser humano se viabilizam, devendo, portanto ser este ente envolvido de dignidade, não apenas pela vida biológica que suporta, mas pela inquestionável potencialidade que carrega como pessoa humana.

Apesar disso, ficou evidente o descompasso entre o direito e a velocidade do progresso cientifico nos procedimentos relacionados ao embrião extrauterino. O ordenamento jurídico brasileiro não está acompanhando o curso das latentes transformações possíveis através das ciências biomédicas, sobretudo aquelas que envolvem o embrião humano e as técnicas relacionadas à sua aplicação na reversão da infertilidade e nos tratamentos terapêuticos. Os avanços das ciências ético-jurídicas não acompanham o ritmo o avançado da biotecnologia. O direito, que tem por premissa regular as condutas humanas, não pode permanecer alheio diante desta nova realidade, tão evidente e cada vez mais presente, no campo científico, acadêmico e no cotidiano do cidadão comum.

Durante a elaboração de projetos de pesquisas e a na realização de procedimentos práticos, os cientistas e profissionais da área médica, enfrentam sérios dilemas, uma vez que apenas os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça não são suficientes para nortear as atuações deste ramo. Antes, se faz necessário o suporte de direitos fundamentais. Os operadores do direito também encontram grandes dificuldades na decisão sobre qual regra se aplica às situações trazidas por este novo ramo. Neste sentido é imprescindível avançar teoricamente e traçar diretrizes que possam subsidiar o posicionamento do Biodireito em face das questões polêmicas que envolvem a biomedicina relacionada ao embrião extrauterino.

Urge a necessidade de se estabelecer uma sintonia entre os progressos da ciência e a capacidade jurídica em formular conceitos equivalentes, sob pena de se alargar ainda mais o vácuo doutrinário e legislativo que hoje permite surgir tantas indagações aparentemente

insolúveis no campo da reprodução assistida e das pesquisas com células-tronco embrionárias. Tamanha a importância de tais procedimentos, é hoje impossível dissociar a repercussão social que logicamente demanda intervenções do Direito para melhor regulamentação acerca desde tema.

Conclui-se, ainda, que a teoria concepcionista por conferir a vida humana desde a concepção, é a corrente mais indicada para estabelecer proteção jurídica e dignidade ao embrião extrauterino.

Face ao exposto, a filiação do ordenamento jurídico brasileiro à teoria concepcionista não apenas embasaria os procedimentos relacionados ao Biodireito como lançaria luz sobre a formalização do estatuto do embrião extrauterino, tendo-se a partir de então um norte para o tratamento dessa figura, hoje desassistida de proteção à integridade, ao direito à vida, fundamento do nosso Estado.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA Rogério Miranda de; RUTHES Vanessa Roberta Massambani. A Polêmica do Início da Vida: Uma Questão de Perspectiva de Interpretação**. Rev. Pistis Prax**.v. 2, n. 1, p. 113-124, jan./jun. 2010.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. **Revista do PPGD da Universidade Federal da Bahia**, v. 16, p. 157, 2008.

ARAÚJO, Mateus Morais. De Quimeras e Outras Aberrações. Um Estudo sobre a Constitucionalidade da Pesquisa com Células-tronco Embrionárias. **Revista JusNavigandi**, v.15, n.2436, 3 mar. 2010.
Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14444. Acesso em: 28 jul. 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista USP. São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002, p.91.

BARROSO, Luis Roberto. Em nome da vida. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 nov. 2005.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI NICOLA et tal. **Dicionário de Política.** 11.ed. Brasília:Editora UNB,1993.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000..

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

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1358 de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm.

Acesso em 15 jul. 2018.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2121, de 16 de julho de 2015. Disponível em: http://www.cremers.org.br/dowload/2121-2015.pdf. Acesso em 16 jul. 2018

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1.ed.1.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA Raphael Mendonça; JÚNIOR Cildo Giolo. Teorias Jurídicas acerca do Início da Vida Humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v.10,n.2.p 298-327, 2015.
DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FERDINANDI, Marta Beatriz Tanaka; TOLEDO, Iara Rodrigues. A problemática Sobre as Pesquisas das Células-Tronco e dos Embriões Excedentários sob a Ótica do Direito á Vida e da Ética Jurídica diante da Evolução Científica do Biodireito e a ADIN 3510/2005. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 11, n. 2 p. 539-552, jul./dez. 2011.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. Direito Civil entre a Vida e a Morte. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, p. 433-471, jan/dez 2005.

FRANCO, Alberto Silva. Genética Humana e Direito. **Revista Bioética**, v.4, n.1, p.1-10, 2009.

Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/393. Acesso em 16 jul. 2018.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. A Fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica. **Revista JusNavigandi**.v.4,n.42, p. 1-8,2002.

Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fertilização-vitro-uma-nova-problemática-jurídica. Acesso em 15 jul. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral, Vol. I**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. O Fundamento da Consagração da Pessoa Humana no Texto Constitucional Brasileiro de 1988. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **15 anos da Constituição Federal em Busca da Efetividade**. Faculdade de Direito de Bauru, Bauru, 2003.

GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Repensado a Pesquisa Jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey,2010.

JESUS, Damásio E de. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO**.** Tratado de Ginecologia: 63. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial**. Revinter**. v.1, p-585-587,2000 apud RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga**. Revista Jus Navigandi**,v. 17,n.3234,p.1-3, mai 2012.

Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21725. Acesso em: 20 jul. 2018.

MACHADO, Machado. Considerações Jurídicas acerca do Início da Vida Humana na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal / STF – ADI 3510. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa**, v.8, n.9, p.53-76, jan/jun 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1999.

NASCIMENTO, Vinicius Cauê Del Mora do. Direito a Vida. **Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo**. v.8,n.8, p 1-5,2012.

OLIVEIRA, José Sebastião de; QUEIROZ, Meire Cristina. A Tutela dos Direitos do Nascituro e o Biodireito.. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 11,2008, Brasília. **Anais Eletrônicos**. Brasília: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito.

RESTREPO Pablo Arango. Estatuto do Embrião Humano. Escritos - **Fac. Filos. Vamos. Univ Pontif. Bolívar** v.24, n. 53, p.307-318, julho/dezembro 2016.

ROCHA, Renata da. **Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco:** Limites Éticos e Jurídicos. 1.ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo**: Bioética e a Lei: Implicações Médico Legais. 3.ed. São Paulo: Ícone Editor, 1998.

SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. **As Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias:** O Direito à Vida Digna ou o Direito à Dignidade do Embrião In vitro? Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008.

SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Unifieo de Osasco, Osasco, SP, 2010..

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito:** Investigações político jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. 1.ed. São Paulo: LTR, 2002, p. 42.

SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do Início da Vida e Lei de Biossegurança. **Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo**. v.4,n.4, p 1-15,2008.
Disponível em:
http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1863/1773. Acesso em 26 jul. 2018.

STF-ADI: 3510 DF, Relator Min. AYRES BRITTO, Data de julgamento: 29/05/2008.Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE- 096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP 00134).

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2006.