



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DANIEL PINHEIRO MOTA DA SILVA FERREIRA**

**O EMBRIÃO NÃO IMPLANTADO: UM NASCITURO?**

Salvador

2018

**DANIEL PINHEIRO MOTA DA SILVA FERREIRA**

## **O EMBRIÃO NÃO IMPLANTADO: UM NASCITURO?**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Mônica Neves Aguiar da Silva

Salvador

2018

**DANIEL PINHEIRO MOTA DA SILVA FERREIRA**

## **O EMBRIÃO NÃO IMPLANTADO: UM NASCITURO?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de dezembro de 2018

### **BANCA EXAMINADORA**

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Mônica Neves Aguiar da Silva - Orientadora - \_\_\_\_\_

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
Universidade Federal da Bahia.

Prof. Mestre Iran Furtado de Souza Filho – 1º Examinador - \_\_\_\_\_

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia.

Prof<sup>a</sup>.Dr<sup>a</sup>. Ana Thereza Meireles de Araújo – 2ª Examinadora - \_\_\_\_\_

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade do Estado da Bahia.

Salvador

2018

Aos meus avós

À minha irmã

À minha mãe

Ao meu pai

## **AGRADECIMENTOS**

O ato de agradecimento é a união de esforços dos amigos, familiares e profissionais do Direito.

*Homo est et qui est futurus, etiam fructus  
omnis iam in semine est. (Tertuliano)*

*Tempora mutantur, et nos mutamur in illis.*

FERREIRA, Daniel Pinheiro Mota da Silva. O embrião não implantado: um nascituro? (???) p. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

A presente monografia trata de um estudo sobre a natureza jurídica do embrião *in vitro* e seus direitos inerentes. Na atual era do progresso tecno-científico, o Direito positivo não é capaz de regular *pari passu* as alterações realizadas. Esse fato é visível na ausência de um tratamento explícito sobre os direitos e garantias do produto da fertilização assistida. Nesse aspecto, coube ao presente trabalho analisar se o embrião é equiparável ao nascituro, ou se a viabilidade – aptidão para vida – é uma característica intrínseca somente ao primeiro, cabendo ao segundo uma natureza *sui generis*, consoante julgamento da ADI 3510. Ademais, também foram objeto de estudo os direitos e garantias a eles vinculados em razão de sua origem genética humana e da transcendência do princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto a esse tópico, foi oferecida especial atenção à disposição da Resolução nº 2.168 do Conselho Federal de Medicina no que tange à reprodução artificial.

**Palavras-chave:** embrião *in vitro*; nascituro; viabilidade; dignidade da pessoa humana; Resolução CFM nº 2.168/17



## ABSTRACT

This monograph deals with a study on the legal nature of the embryo in vitro and its rights. In the current era of techno-scientific progress, Positive Law is not able to regulate *pari passu* the new reality. This fact is visible in the absence of an explicit treatment on the rights and guarantees of the embryo. In this aspect, the present work analyzes the nature of the embryo in vitro, if it is identical to the one of the fetus or not. At this point, viability - or fitness for life - was used as a distinguishing feature of the unborn and the embryo. In addition, rights and guarantees regarding the embryo were perceived because of their genetic origin and the dignity of the human person. Regarding this topic, special attention was given to the provision of Resolution N. 2,168 of the Brazilian Federal Medical Council (CFM) regarding artificial reproduction.

**Keywords:** embryo in vitro; fetus; viability; dignity of human person; Resolution n 2.168 / 17 of the Brazilian Federal Medical Council (CFM)



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2 CONCEPÇÃO ASSISTIDA .....</b>	<b>4</b>
2.1 DEFINIÇÃO .....	4
2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	6
2.3 TRATAMENTO POSITIVADO .....	9
2.4 PRINCÍPIOS ATINENTES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	10
<b>3 NASCITURO .....</b>	<b>15</b>
3.2 PERCURSO HISTÓRICO .....	17
3.3 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS .....	21
3.4. DIREITO DOS NASCITUROS .....	24
<b>4 A VIABILIDADE .....</b>	<b>27</b>
4.1 INÍCIO DA VIDA .....	27
4.2 DEFINIÇÃO DE VIABILIDADE .....	29
4.3 A VITALIDADE ROMANA.....	31
4.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NA ADIN Nº 3510 .....	33
<b>5 O EMBRIÃO NÃO IMPLANTADO .....</b>	<b>40</b>
5.1 PESSOA X COISA .....	41
5.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	45
5.3 DIREITOS EM RELAÇÃO AO EMBRIÃO.....	47
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o século passado, os avanços tecnológicos apresentam um grande e rápido progresso, tornando-se dificultoso ao sistema positivo acompanhá-lo *pari passu*. Nesse aspecto, conceitos e classificações anteriormente adotadas, indiscutivelmente, tornam-se obsoletas por não refletirem a inimaginável realidade atual.

Igualmente, noções anteriormente intuitivas, como a figura da pessoa humana e do nascituro, convertem-se em matérias. Não basta mais discutir os direitos do nascituro ou se a origem deles está na concepção ou no nascimento, necessário torna-se defini-lo e diferenciá-lo de outros organismos vivos com genética humana.

Nesse paradigma, alevanta-se o biodireito, buscando dirimir tais lacunas, regendo-se por uma interpretação jurídica dos fenômenos, mas atrelado a uma ética médica-científica. E, nessa espiral, surgem os embriões decorrentes de fertilização *in vitro*.

Esse ser vivo apresenta aspectos peculiares, vez que, indiscutivelmente, é geneticamente um ser humano, porém o ordenamento, explicitamente, não expõe uma proteção clara à sua vida. Além disso, indaga-se que, sendo fruto da reprodução humana, seria ele possuidor de direitos.

Ademais, por não possuir um cuidado minucioso na legislação, coube a doutrina e a jurisprudência, em razão desse vácuo, o exame das matérias atinentes a essa fase do ser humano.

Com intuito de tentar esclarecer ou enriquecer essas interrogações, o presente trabalho visa analisar a natureza jurídica do embrião *in vitro*, constatando-se se o mesmo seria, ou não, um nascituro por tratar-se de um ser existente faticamente. E, além, tem o intuito de aferir quais direito, se houver, eles exercem e por qual razão se originam.

A presente obra terá, como hipótese central, a constatação que o embrião decorrente de fecundação assistida não é identificável como um nascituro em vista da inviabilidade tanto natural, quanto jurídica, para o seu desenvolvimento.

Entretanto, em virtude de sua origem humana, a ele, seriam inerentes os direitos básicos do homem, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Salienta-se a importância da temática em apreço por ser concernente a um ente humano vulnerável e impossibilitado de exprimir vontade. Não se presume ainda que seja a primeira obra a tratar do assunto, porém uma das poucas a ter um recorte tão específico no que tange aos direitos inerentes aos embriões.

Como objetivo geral, o estudo analisará a natureza do embrião *in vitro* e se é adequado classificá-lo como nascituro. Nos específicos, examinará a aptidão para viver como parâmetro para a diferenciação, e a incidência da dignidade da pessoa humana na garantia de direitos inerentes ao ser vivo.

O Trabalho de Conclusão de Curso sob leitura compor-se-á, excluindo a introdução e a conclusão, de quatro capítulos de desenvolvimento.

O primeiro deles cuidará da concepção assistida, vez que o embrião em análise é oriundo desses métodos modernos de fecundação, sendo inevitável esclarecer a matéria. Em sua primeira parte, a inseminação artificial será definida, apresentado um breve histórico e a diferenciação da pluralidade de procedimento. Na parte seguinte, o estudo fundar-se-á sob o viés jurídico, focando nas normas positivadas relacionadas à temática e os princípios atinentes.

O capítulo imediato focará no nascituro com o fito de estabelecer os parâmetros para definir e delimitar o que seria o *infans conceptus*. A sua subdivisão analisará a sua definição, o histórico da formação de seu conceito, a pluralidade de posições doutrinárias sobre o início da personalidade e, por fim, os direitos exercíveis.

Em seguida, será tratada a ideia de viabilidade que, no presente trabalho, é a base para diferenciação entre embrião *in vitro* e o nascituro. Para isso, será rememorada a sua imprescindibilidade desde o período romano. E, ao final, o voto do Min. Ayres Britto, Ação de Declaração de Inconstitucionalidade nº 3510, será analisado com o fito de determinar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na matéria.

O último de desenvolvimento focar-se-á nos aspectos do embrião segundo natureza humana, ou seja, a negativa de tratá-lo como nascituro não poderá afastar direitos inerentes à pessoa humana. Assim sendo, de início, discutida será a

dicotomia pessoa x coisa para, em seguida, ressaltar a primazia da dignidade humana e os direitos positivados em relação a esse ser vivo.

No que tange à metodologia, o presente trabalho realizou uma análise hermenêutica da literatura consultada, extraindo as críticas e fundamentos relacionados à temática.

## 2 CONCEPÇÃO ASSISTIDA

O presente trabalho focará na natureza jurídica e o tratamento legal concedido ao embrião extracorpóreo. Por tal razão, deve-se iniciar o cuidado da matéria pelo princípio, ou seja, pelo modo em que é gerado.

Notoriamente, a união de gametas, em regra, concretiza-se no corpo feminino com o encontro entre o espermatozoide e o óvulo. Entretanto, com o avanço da ciência, tornou-se possível realizar esse fenômeno natural em laboratório. Trata-se da fertilização assistida.

Assim sendo, esse capítulo cuidará de definir a fertilização artificial, além de sinalizar as diversas técnicas atualmente adotadas. Ademais, sob o viés jurídico, serão expostas as normas positivadas sobre o procedimento e os seus princípios regentes.

### 2.1 DEFINIÇÃO

Experimentos concernentes à fertilização, por meios não sexuais, são realizados há séculos. Por exemplo, Lazzaro Spallanzani conseguiu inseminar e gerar os nascimentos de três filhotes de uma cadela em 1777<sup>1</sup>. Porém Roger Abdelmassih lembra que a inseminação artificial, em humanos, tem os seus primórdios em 1870 quando o médico John Hunter a descreveu como tratamento para um casal, no qual o marido sofria de uma deformação na uretra, nomeada de hipospádia<sup>2</sup>. Entretanto, somente após quase um século, Louise Brown tornou-se o primeiro bebê de proveta em 1978<sup>3</sup>, demonstrando a viabilidade da reprodução extracorpórea.

Para ingressar com tranquilidade na seara da concepção artificial, necessário tecer considerações sobre uma das causas para o progresso de método: a infertilidade

---

<sup>1</sup>CAMARGO, Lucas Couceiro Ferreira de. Responsabilidade civil do doador de material genético na inseminação artificial heteróloga. **Revista Jurídica**, Campinas, v.23, n.2, p.15-22, 2007. 16 p.

<sup>2</sup> ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. *Bioética*, Brasília, v.9, n.2, p.15-24, jul./dez. 2001, p. 15

<sup>3</sup> Ibid., p. 16

Segundo Roger Abdelmassih, citado por Sílvio Romero Beltrão<sup>4</sup>, a infertilidade caracteriza-se como a dificuldade de concepção após um ano e meio de tentativas regulares.

Na mesma tese<sup>5</sup>, contudo, o professor pernambucano transcreve lição de Ana Paula Guimarães. Para a jurista, a infertilidade tem de ser classificada em duas categorias: a primária e a secundária. Na primeira, a mulher não consegue nem iniciar o processo de gestação; quanto à segunda, inicia-se a gestação, mas é interrompida de forma natural.

De todo modo, através de sua obra, a professora realça que a divisão exposta não é unânime, sendo que, muitas vezes, a infertilidade e a esterilidade são tratadas como sinônimos<sup>6</sup>.

Cardin e Rosa, por sua vez, nomeiam a infertilidade primária como esterilidade, sendo que, nesse caso, os inférteis seriam aptos somente a conceber os seus filhos<sup>7</sup>.

Ademais, independentemente da terminologia adotada, a impossibilidade ou dificuldade severa de um indivíduo para engravidar é classificado como uma doença pela Organização Mundial da Saúde sob o registro CID 10<sup>8</sup>, e o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio de sua Resolução CFM nº 2.168/2017<sup>9</sup>, trata-os como problema de saúde.

A infertilidade pode possuir causa diversas. O professor pernambucano, extraído do *site* de Abdelmassih, lista uma pluralidade de razões, decorrentes tanto de problemas femininos, quanto masculinos. A título de exemplo, podem-se listar as imperfeições dos espermatozoides (anormais, baixo número, dificuldade de

---

<sup>4</sup>BELTRÃO, Sílvio Homero. **Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário**. 2010. 244 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, p. 27. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402_1.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2018.

<sup>5</sup> Ibid., p. 28

<sup>6</sup> Ibid., p. 28

<sup>7</sup>CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista (Clb). Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, BA, v. 8, n. 12, jan./abr. 2013, p. 147-168, p.153.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 153.

<sup>9</sup>**RESOLUÇÃO CFM nº2.168/2017**. [S.l.: s.n.], 2017. 1 p. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 15 out. 2018.

mobilidade), ou distúrbio na liberação dos óvulos ou nas trompas ou tubas uterinas<sup>10</sup>.

Em consequência dessa diversidade de problemas, a comunidade médica buscou meios que possibilitassem aos inférteis a capacidade de concepção e reprodução. Nessa busca, e no decorrer do último século, os tratamentos alcançaram a utilização de técnicas extracorpóreas, como a *in vitro*.

Nesse diapasão, a reprodução perdeu seu caráter exclusivamente sexual. E ainda possibilitou fatos antes inimagináveis ou impossíveis, como a capacidade da viúva engravidar após o falecimento do cônjuge.

Pois bem, pelo apresentado, é perceptível constatar que a finalidade da reprodução artificial é, em uma primeira análise, possibilitar a concepção e gestação de um novo ser humano. Seus procedimentos visam, portanto, assegurar que o espermatozoide fecunde o óvulo, permitindo a capacidade de reprodução dos inférteis.

Destarte inspirando-se em lição de Maria Helena Diniz, é cabível definir a reprodução assistida como o conjunto de técnicas, procedimento e operações pelas quais, através de métodos artificiais, visa-se a união dos gametas masculino e feminino, permitindo a concepção de um filho e possibilitando o exercício do direito a reproduzir-se.<sup>11</sup>

## 2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Decorridas as considerações pretéritas, é inevitável tratar sobre as diferentes técnicas de reprodução assistida e sua classificação.

Desde já, assevere-se que a discussão biológica do procedimento é de menor interesse ao presente trabalho por não se ater a questões de natureza jurídica.

Assim sendo, inicialmente, relata-se a pluralidade de técnicas que englobam a fertilização assistida e suas diversas nomenclaturas.

---

<sup>10</sup> BELTRÃO, 2010, p. 30/31

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Direito**. 4 ed. rev. e atual. conforme a Lei nº 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 497

Jocilene Spessatto<sup>12</sup>, em artigo sobre matéria, estabelece dois procedimentos gerais: o *in vivo* e o *in vitro*. Como é passível de se supor, o primeiro tratamento caracteriza-se pela fecundação ocorrer dentro do organismo feminino. Nela, tenta-se reproduzir, dentro do possível, o processo natural. O segundo, por sua vez, realiza-se a união dos gametas em laboratório, ao retirar o óvulo e mantê-lo em meio nutritivo, juntado-o com o espermatozoide e implantando-o no útero para prosseguir a gestação.

Já Maria Helena Diniz<sup>13</sup> as nomeia de técnica ZIFT (*zibot intrafallopian transfer*) e GIFT (*gametha intrafallopian transfer*). Trata-se, em verdade, de idêntica divisão. A técnica ZIFT, ou *in vitro*, ou ectogênese é a retirada do óvulo, o qual será fecundado pelo sêmen em uma proveta, e, posteriormente, introduzido o ovo gerado no útero materno. A GIFT, por seu turno, seria a *in vivo*, i.e., sem qualquer manipulação extracorpórea do óvulo ou do embrião.

Em suas lições, Roger Abdelmassih<sup>14</sup> as contrapõe em técnicas de alta e baixa complexidade. Sendo que essas últimas são bem menos custosas, não necessitando serem realizadas em clínicas especializadas, em contraste possuem resultados positivos menores. Exemplos dela seriam o coito programado e a inseminação intrauterina (IIU), ou seja, a introdução do sêmen no órgão genital feminino, com estímulo hormonal ou não, a fim de auxiliar a fecundação.

Ao contrário da de baixa, a de alta complexidade é mais cara, tendo, porém, maior chance de êxito, além de concretizar-se em clínicas de reprodução assistida. Por sua vez, basear-se-ia na fecundação do óvulo em proveta com a posterior fixação do embrião no útero feminino. Divide-se, ainda, em duas técnicas distintas: a fertilização *in vitro* convencional (FIV) e injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)<sup>15</sup>

O Dr. Abdelmassih descreve que a FIV e a ICSI tem em comum três etapas: a estimulação da ovulação, coleta dos ovários e a manipulação dos gametas, que

---

<sup>12</sup> SPESSATTO, Jocilene. Aspectos da bioética e do biodireito diante das técnicas de reprodução assistida. **Espaço Jurídico**, Joaçaba- Sc, v. 4, n. 7/8, jan. 2003, p. 30-48, p. 35/36

<sup>13</sup> DINIZ, op. cit., p. 497

<sup>14</sup> ABDELMASSIH, op. cit., p. 15

<sup>15</sup> Ibid., p. 15



seria a transposição do óvulo a uma placa petri com o fim de estabilizá-lo até a fecundação<sup>16</sup>.

A diferença entre os dois encontra-se que, no FIV, o espermatozoide adentra-se no óvulo sozinho, enquanto, no ICSI, o médico o injeta. Nesse aspecto, é salutar realçar que essa técnica possui uma maior porcentagem de sucesso, além de assegurar a funcionalidade de espermatozoides com dificuldades locomotivas (um dos casos de infertilidade masculina)<sup>17</sup>.

Ultrapassados essas considerações predominantemente biológicas, podem-se fazer certas ponderações jurídicas. Para o Direito, a origem do material genético possui uma especial importância no que tange à presunção da paternidade em face do art. 1.597 do Código Civil.

A depender do doador do sêmen, a inseminação artificial poderá ser subdividida em: homóloga, heteróloga e mistura bisseminal<sup>18</sup>.

A homóloga refere-se à utilização do sêmen do parceiro. Quanto à heteróloga, os gametas são provenientes de terceiro.

Por sua vez, a mistura bisseminal não é o líquido seminal de um único homem, mas, conforme indica o próprio nome, uma mistura de diferentes sêmens, em razão do diminuto número de espermatozoides de um deles. Conforme bem saliente Sílvia Romero Beltrão, nessa inseminação, há, *a priori*, um estado de incerteza sobre a origem biológica do embrião gerado

Contudo essa dúvida biológica não impacta na paternidade jurídica desde que o companheiro da grávida autorize tal prática, nos termos do inciso V do artigo referido<sup>19</sup>. Desse modo, diferente do sistema tradicional de filiação brasileira que se fundamenta na consanguinidade, o art. 1.597, V, rege-se por parâmetros inéditos.

Dentre as obras consultadas, não foi encontrado similar classificação no que tange ao material genético feminino. Nada obstante, é imprescindível frisar que é

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 17

<sup>17</sup> Ibid., p. 16

<sup>18</sup> BELTRÃO, op. cit., p. 35

<sup>19</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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

plenamente cabível diferir a fonte do gameta e a receptora do ovo gerado. Em outros termos, a futura gestante poderá ser tanto a mãe biológica, quanto uma terceira<sup>20</sup>.

Em breve síntese e por influência de tabela presente em obra de Maria Helena Diniz<sup>21</sup>, a fonte dos gametas poderão variar entre sujeito doador do material genético (dos parceiros somente ou de terceiros), o local de fecundação (*in vivo* ou *in vitro*), e o local de gestação (na companhia ou em terceira – nesse caso, mãe de aluguel).

## 2.3 TRATAMENTO POSITIVADO

As questões atinentes à reprodução assistida, por seu futurismo, normalmente não recebem um tratamento tão claro e abundante dos nossos legisladores.

A título de exemplo, e de explanação, o Código Civil somente remete ao tema da reprodução assistida através de seu art. 1.597<sup>22</sup>, ao tratar da presunção de paternidade na constância do casamento.

Quanto à sua redação, um aspecto digno de nota é a pluralidade de termos, utilizados pelo legislador, com o fito de referir-se a reprodução: concepção, fecundação e inseminação<sup>23</sup>.

Consoante lição de Mônica de Aguiar<sup>24</sup>, cada vocábulo possuiriam, em verdade, uma acepção precisa, não sendo possível identificá-los como sinônimos. A fecundação reporta-se à fusão dos gametas masculinos e femininos, mediante assistência médica. A concepção, por sua vez, restringir-se-ia à geração do novo organismo. E a inseminação seria um vocábulo geral, englobando os dois conceitos anteriores.

Nesse aspecto, é interessante expor que a II Jornada de Direito Civil, por meio de seu enunciado nº 126, discutiu a alteração das três expressões pelo termo “técnica de reprodução assistida”, vez que a fecundação e concepção podem ser

---

<sup>20</sup>DINIZ, op. cit., p. 497/498

<sup>21</sup> Ibid., p. 499

<sup>22</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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.

<sup>23</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005, p. 37

<sup>24</sup> Ibid., p. 15

obtidas com auxílio técnico, mas nunca de uma forma artificial. Quanto à inseminação, classificam-na como demasiadamente generalista, aplicando a qualquer técnica de reprodução<sup>25</sup>.

De todo modo, imprescindível frisar o conteúdo do art. 1.597, V, vez que rompe o absolutismo da ascendência genética como requisito a estabelecer a filiação no ordenamento brasileiro. Ou seja, a partir do atual Código Civil, desde que autorizado, o companheira será presumidamente o pai independentemente do material genético.

Na legislação esparsa, por sua vez, a Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996, que regula o planejamento familiar, garantem aos casais o direito a todo método de reprodução desde que não coloque em risco a vida das pessoas, nos termos do seu art. 9º<sup>26</sup>.

Mesmo não sendo uma lei, é digno salientar a existência da Resolução CFM nº 2.168 que estabelece as normas éticas concernentes às técnicas de reprodução assistida. O seu minucioso estudo será tratado nesse trabalho.

## 2.4 PRINCÍPIOS ATINENTES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

No estágio atual do direito, as normas jurídicas não se restringem mais a somente regras positivadas pelas quais são subsumidos os fatos. Inegavelmente, os princípios são reconhecidos igualmente como normas, diferenciando-os mais pelo seu caráter finalístico e prospectivo, consoante lições de Humberto Ávila<sup>27</sup>. Nesse aspecto, em expressão inolvidável de Alexy, repetida por Chaves e Rosenvald<sup>28</sup>, os princípios são mandados de otimização, ou seja, possuem o fito de efetivar e concretizar seus conteúdos.

<sup>25</sup> **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados** / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 351

<sup>26</sup> Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editoras, 2005. p. 129

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, v. 6: famílias**. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 57

Em virtude disso, é imprescindível tratar dos princípios jurídicos que propiciam e garantem a realização, dentro da órbita legal, dos procedimentos para a reprodução assistida.

Com esse fim, serão expostos os seguintes princípios nessa ordem: o direito à saúde, o planejamento familiar, à autodeterminação e à busca da felicidade.

Sílvio Romero Beltrão leciona que a finalidade da reprodução assistida está atrelada à questão da infertilidade, tendo como objetivo precípua auxiliar a gravidez dos casais que sofrem dessas patologias.<sup>29</sup> Nesse diapasão, o Conselho Federal de Medicina, por meio da recente Resolução CFM nº 2.168/2017, reconhece que a infertilidade humana se trata de um problema de saúde, o qual impacta em questões médicas e psicológicas<sup>30</sup>.

Em vista disso, a saúde é um direito assegurado com clareza pelo art. 196<sup>31</sup> da *Lex Legum*. Ademais, o estado brasileiro possui, dentre os seus deveres, a produção de políticas sociais e econômicas a fim de dirimir agravos à saúde. Nesse sentido, a referida Resolução do CFM foi produzida com o intuito de dilatar o direito à reprodução assistida, vez que a necessidade desse procedimento não é mais puramente biológica – ou seja, em razão da infertilidade –, mas também por aspectos culturais, como a inserção da mulher no mercado de trabalho.<sup>32</sup>

De igual modo, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 12<sup>33</sup>, busca que seus estados membros alcancem, para todas as pessoas, o melhor estado de saúde tanto física, quanto mental. Reiteram-se, nesse sentido, que a saúde nesses casos não se restringirá somente à corporal, e sim a psicológica também.

A reprodução artificial não somente é regida pelo ideal de proporcionar a saúde em todos os níveis, e ingressa no tema de planejamento familiar, incluindo as discussões atinentes à liberdade de procriação em seu aspecto positivo e negativo.

---

<sup>29</sup> BELTRÃO, op. cit., p. 40

<sup>30</sup> Res. CFM nº 2.168/17. CONSIDERANDO a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

<sup>31</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>32</sup> Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3) Acessado em: 16/10/2018

<sup>33</sup> 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

Nesta senda, necessário expor a compreensão de Maurizio Mori no que tange à capacidade de procriação e a à autonomia de seu exercício<sup>34</sup>.

No decorrer da história ocidental, a união tradicional entre homem e mulher dava-se por meio do casamento, instituição que visava primordialmente a reprodução e a criação da prole dela decorrente. Assim sendo, ainda mais sem os eficientes métodos contraceptivos modernos, a noção final do matrimônio, inexoravelmente, estava na gravidez. Através desse paradigma, Mori estabelece a procriação em seu aspecto positivo, noutros termos, a liberdade de gerar herdeiros. E, simultaneamente, vislumbra a lógica oposta a essa, a liberdade de não ter filhos ou a liberdade negativa<sup>35</sup>.

Estando o casamento e a procriação tão atrelados entre si, a cultura ocidental sempre garantia plena liberdade positiva aos casados e, do mesmo modo, cercear a liberdade negativa por se incompatível com o matrimônio. Essa divisão era tão enraizada que os filhos eram classificados de acordo com a relação parental entre legítimo ou não.

Contudo o século XX caracterizou-se por romper a diferenciação entre sexualidade e procriação, sendo apontado, por alguns, como uma decadência dos costumes<sup>36</sup>. A ausência do matrimônio não se revelava mais como um impeditivo à liberdade positiva de procriar. E, tão revolucionário, mas não tão moralmente chocante, tornou-se aceitável, até entre parceiros casados, o planejamento familiar.

A previsão do planejamento familiar encontra-se também na Constituição Federal em seu art. 226, § 7º<sup>37</sup>. Desde 1988, o ordenamento jurídico brasileiro garante ao casal a livre decisão de como se organizará sua família, sendo garantindo os recursos educacionais – por meio da educação gratuita – e científicos necessários.

---

<sup>34</sup> MORI, Maurizio. **Fecundação assistida e liberdade de procriação**. Bioética, Brasília, v.9, n.2, p.57-70, jul./dez. 2001, p. 57

<sup>35</sup> Ibid., p. 58

<sup>36</sup> Ibid., p. 59

<sup>37</sup> Art. 226. [...]

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

Em uma perspectiva infraconstitucional, o art. 226, § 7º, da CF/88 foi mais bem regulado e especificado pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Nela, é garantido o planejamento como um direito de todos, além de assegurar a prestação dos serviços pelo Serviço Único de Saúde no que tange à assistência de procriação.<sup>38</sup>

Em relação a esse ponto, é cabível discutir se o auxílio do SUS deve garantir todas as técnicas de procriação artificial. Sílvia Romero, seguindo exemplo de Paulo Otero, sinaliza que é plenamente aceitável no caso de inseminação artificial homóloga entre parceiros vivos, tendo em vista que caber na linha de entendimento de descendência pelo vínculo biológico. Mais complexo, seria a regulamentação e autorização de tal tratamento na homóloga *post mortem* e na heteróloga, haja vista apresentarem dificuldade de reconhecimento como direito fundamental<sup>39</sup>.

Quanto à autodeterminação na procriação assistida, Sílvia Romero classifica-a dentre os direitos da personalidade<sup>40</sup>, uma vez que o direito a realizar a fecundação artificial está intrinsecamente ao exercício e gozo das manifestações espirituais e físicas.

Novamente se encontra em análise a liberdade humana, porém, numa perspectiva individual, na qual o sujeito realizará suas escolhas nos limites do art. 5º, II, da CF/88<sup>41</sup>. Noutros termos, a inseminação assistida, quando não viola normas, poderá ser realizada. De igual modo, nunca será forçada, garantindo a plenitude da autodeterminação do sujeito.

Por fim, outro princípio imprescindível à análise da reprodução assistida trata-se da busca pela felicidade.

---

<sup>38</sup> Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

<sup>39</sup> BELTRÃO, ob. cit., p. 50.

<sup>40</sup> Ibid., p. 52

<sup>41</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Mesmo que, até hoje, sua caracterização seja controvertida, salienta-se que foi primeiramente previsto ainda em 1776 na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América; e reconhecido nos tribunais estadunidenses em 1967 no caso Loving v. Virginia, 388, U.S. 1<sup>42</sup>.

No Brasil, inexistindo norma explícita, compreende-se que esteja contido no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF/88<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Esse julgamento absolveu o casal pelo delito de matrimônio interracial. In: MOYSÉS, Helena Carvalho. O direito à concepção derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de ser feliz. **De Jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, n. 18, jan. 2012, p. 246-254. p. 249/250

<sup>43</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

### 3 NASCITURO

O presente trabalho visa analisar se a natureza jurídica do embrião extracorpóreo decorrente de fertilização assistida é um nascituro, e os efeitos dessa aceitação, ou não, dessa tese.

No primeiro capítulo, enfrentou-se o tema da reprodução artificial e o embrião gerado por meio dela.

Passa-se, então, ao estudo das características atinentes ao *nasciturus*. Em vez de principiar pela pluralidade de discussões jurídicas relacionadas ao tema, exordialmente, será definido o nascituro tanto em uma perspectiva biológica, quanto na origem do vocábulo. Em seguida, discorrer-se-á sobre o nascimento com vida. Para, logo após, serem realizados apontamentos históricos a partir de dois recortes: o ser humano e o nascituro no direito romano, e a figura do ainda não nascido nos projetos de código civil oitocentistas. Finalmente, será exposto o aspecto mais polêmico em relação ao *nasciturus*, que é o início de sua personalidade segundo três correntes doutrinárias. Por fim, comentados serão alguns direitos patrimoniais materiais que exercem.

#### 3.1 DEFINIÇÃO

O nascituro, como já dito, trata-se do ser humano já concebido, mas ainda não nascido. Em linguagem de cunho biológico, Rodolfo Pamplona e Ana Thereza Araújo<sup>44</sup> expõe que, para a caracterização do *infans conceptus*, há a necessidade da nidação do embrião, isto é, a fixação do ovo nas paredes do útero; não bastando, portanto, a mera fusão dos gametas sexuais ao formarem o zigoto.

Na fase de gestação, por obviedade, a mãe é o sustentáculo da existência do feto. Nesse sentido, é digna a lição de Abdalla Semião ao sublinhar que a grávida e seu filho compartilham um mesmo órgão: a placenta, onde os vasos sanguíneos

---

<sup>44</sup>PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v.7, n.10, p.249-264, 2007. p. 252



estão em uma proximidade a permitir entrada de alimento, troca de oxigênio e a saída de ureia e gás carbônico<sup>45</sup>.

Afastando-se do caráter biológico e aproximando-se do etimológico, é imprescindível salientar que próprio vocábulo nascituro, conforme preleciona Mattioli<sup>46</sup>, trata-se de uma forma verbal perifrástica<sup>47</sup> ativa da língua latina pela qual realça o caráter intermediário do ser, ou seja, já foi concebido, mas ainda não nascido.

Deve-se ponderar ainda sobre o momento no qual o nascituro deixa de sê-lo. Ora, intuitivamente, o *infans conceptus* perde essa configuração com o seu nascimento.

Entretanto não é qualquer ato de expulsão do ventre materno que o torna sujeito de direito. Inconteste é o fato de que o nascido tem de estar vivo, motivo pelo qual o ordenamento pátrio não concede aos genitores de um natimorto os direitos patrimoniais materiais que os pertencia<sup>48</sup>.

Atestando a antiguidade dessa lógica, é salutar rememorar o brocardo latino que nega a natureza humana a quem nunca viveu<sup>49</sup>.

Ademais, a natividade, para a doutrina majoritária, é o momento no qual se adquire personalidade jurídica. Nesse aspecto, pouco importa a forma do parto - se cesárea, natural ou por fórceps -, sendo indiferente em caso de prematuro, tardio ou programado.

Para a verificação do nascimento com vida, duas correntes de pensamento existiram na Roma antiga<sup>50</sup>: os proculianos e os sabinianos. Os primeiro entendiam que o nascimento só se caracterizaria se o neonato vagisse, isto é, desse o característico choro, gemido. Caso se movimentasse levemente e, logo em seguida, morresse, não era considerado vivo. Os sabinianos, por outro lado, satisfaziam-se

<sup>45</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed. atual e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2000. p. 42.

<sup>46</sup> MATTIOLI, Vitaliano. I dirittodel nascituro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 94, p. 07-50, jul./dez., 2006. p.13.

<sup>47</sup> Conjugação verbal na qual há um verbo principal e um verbo auxiliar em sua forma verbo-nominal.

<sup>48</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 235

<sup>49</sup> *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt*. D. 50.16.129

<sup>50</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.98/99

por qualquer indicação de vida, como uma respiração leve. Somente no tempo de Justiano, a querela foi decida em razão dos últimos, conforme se extrai das fontes romanas<sup>51</sup>.

Hoje, com a evolução da ciência, há meios mais eficazes de identificar a vida ou não do neonato. A técnica mais comum é a docimasia hidrostática de Galeno, que consiste na submersão do pulmão do recém-nascido em água e compará-lo com o peso do órgão de um nascido vivo. Assinale-se que diferença visa demonstrar a dilatação dos alvéolos por meio da respiração<sup>52</sup>.

Outro método utilizado é a docimasia pulmonar histológica que é a comparação entre a célula de alvéolo sadio – que é uniforme – com a do recém-nascido. Se as células forem irregulares decorrentes do contato em demasia com a parede alveolar, significaria a ausência de respiração e, em decorrência, da vida<sup>53</sup>.

### 3.2 PERCURSO HISTÓRICO

Em qualquer espécie de estudo, uma análise histórica dos fatos ou seus precedentes são de imprescindível importância para clarificar conceitos e, até, possíveis contradições. Por esta razão, agora serão tratados as concepções do nascituro no período romano e no ordenamento brasileiro a partir de meados do século XIX com os diversos projetos de codificação.

De igual modo polêmica, é a pluralidade de compreensões romanas sobre os nascituros, considerando que o Direito Romano, por englobar um período maior do que mil anos, produziu uma gama sem igual de entendimentos e doutrinas.

Porém, de início, deve-se apresentar os requisitos caracterizadores do ser humano para os romanos. Os elencados por Moreira Alves, na clássica obra brasileira de Direito Romano, são: o nascimento, a vida extra-uterina, a forma humana, e, discutivelmente, a vitalidade<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> C.6.29.3.1

<sup>52</sup> SEMIÃO, op. cit., p. 156

<sup>53</sup> Ibid., p. 156

<sup>54</sup> Ibid., p.98

Até o nascimento, o *nasciturus* era considerado mera vísceras da mãe<sup>55</sup>, e nem poderia ser chamado homem<sup>56</sup>, consoante excertos do Digesto.

Como segundo elemento, após a expulsão do neonato do corpo materno, era preciso estar vivo, ou seja, apresentasse vida extra-uterina. Nesse aspecto, vale ressaltar que tal posicionamento tem sido preservado cristalinamente no ordenamento brasileiro, conforme o art. 2º, primeira parte, do Código Civil<sup>57</sup>.

Inconteste, era mister o recém-nascido possuir forma humana, tendo em vista que o conhecimento científico antigo ainda acreditava na figura do *coitus cum bestia*, i. e., o ser gerado entre uma mulher e um animal, que logicamente não poderia ser dito como ser humano.

Como requisito discutível entre os autores, havia a vitalidade, tratando-se da aptidão para continuar vivo. É memorável realizar analogia dessa discussão com o caso moderno do aborto de feto anencéfalo<sup>58</sup>. Esse tema, posteriormente, será tratado com mais profundidade pelo presente trabalho.

Apresentadas as características para a existência do homem, o ex-ministro do STF<sup>59</sup>, sucintamente, expôs que, no período imperial, o nascituro nem era considerado um ser humano, tendo vista que, na concepção romanista adotada, a existência do homem pressupunha sempre seu nascimento.

Todavia alguns direitos eram assegurados desde a concepção. Por exemplo, caso houvesse alguma vantagem ao nascituro, ele já era considerado com vivo fosse (*in rerum natura esse*). Ademais, assegurado era-lhe, como no sistema jurídico brasileiro, ser instituído como herdeiro em testamento e ainda podia requerer a nomeação de um curador em certos casos (*curator uentris*)<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> *partus enim antequam edatur, mulieris portio est uel uisceram*. D. XXV, 4, 1, 1

<sup>56</sup> *partus nondum editus homo non recte fuiss edicatur*. D. XXXV, 2, 9, 1.

<sup>57</sup> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>59</sup> ALVES, op. cit. p.102

<sup>60</sup> Ibid., p. 102

Marchi, Rodrigues e Moraes<sup>61</sup>, por sua vez, frisam que a separação entre feto e útero materno era requisito indispensável para a aquisição da personalidade jurídica, sendo que as fontes nomeiam, como já dito, o feto como *mulieris portio vel viscerum*<sup>62</sup>. Porém, caso fosse beneficiário de algo, *nasciturus pro iam nato habeatur*, ou seja, já era considerado nascido quando lhe favorecesse<sup>63</sup>.

Contrapõe-se ao apresentado, o romanista italiano Pierangelo Catalano visualiza uma igualdade ontológica entre o nascituro e o já nascido na Roma antiga<sup>64</sup>. O jurista expõe que, no Direito Justinianeus, o princípio da paridade entre o *infans conceptus* e o nascido era um princípio geral<sup>65</sup>, conforme é perceptível pelo próprio Digesto<sup>66</sup>.

A paridade ontológica, conforme o Autor, trata-se meramente de *uma realidade por parte do intérprete*<sup>67</sup>. E, em contraposição, e sendo adotado atualmente pelos códigos modernos, há a equiparação legislativa excepcional na qual a diferença entre o feto e o recém-nascido constrói-se por meio de abstrações, como "pessoa, personalidade, sujeito de direito, capacidade jurídica" entre outros<sup>68</sup>. Nesse caso, somente, de modo excepcional, concede-se a ambos direitos iguais, como, no caso brasileiro, a parte final do art. 2º do Código Civil ao *pôr a salvo os direitos do nascituro*.

Sinaliza-se ainda que, no próprio compilado romano, há entendimentos que conduzem a equiparação excepcional, e não a paridade<sup>69</sup>.

Ultrapassada a antiguidade, passa-se às discussões nacionais no processo de codificação das normas civilistas.

<sup>61</sup>MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita; RODRIGUES, Dárcio R. M.; MORAES, Bernardo B. Queiroz de. Comentários ao código civil brasileiro: estudo comparativo e tradução das suas fontes romanas. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20

<sup>62</sup>Ulp. 24 ad ed., D. 25, 4, 1, 1

<sup>63</sup>Digesto 1, 5, 7. *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam pro sit*

<sup>64</sup>Ulp. 8 ad Sab., D. 29, 2, 30, 1

<sup>65</sup>CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.635

<sup>66</sup>D. 1, 5, 26. *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*

<sup>67</sup>CATALANO, op. cit. p. 635

<sup>68</sup>CATALANO, op. cit. p.636

<sup>69</sup>"*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17

O Brasil, recém-independente, mantém a aplicação das bicentenárias Ordenações Filipinas na seara cível, em razão de inexistir normas locais.

Somente com a Carta Magna imperial em seu art. 179, XVIII<sup>70</sup>, há a previsão da produção de um Código Civil e outro Criminal, fundados nos princípios da equidade e justiça.

Decorridos mais trinta anos da conquista da soberania e após a cultuada Consolidação das Leis Cíveis, Teixeira de Freitas iniciou a produção de um código, conforme se atesta pelo Decreto nº 2.318<sup>71</sup>.

Na obra, o Jurisconsulto do Império dispõe do tema “Das Pessoas por Nascer”, definindo o nascituro como o já concebido no ventre materno. Nos artigos seguintes, regula a representação necessária à aquisição de bens por herança ou doação, ressaltando que tais direitos só seriam irrevogáveis com o nascimento com vida. É digno de notar que essa compreensão é idêntica à moderna doutrina de Silmara Chinelato. Em seguida, no art. 221, o intelectual ratifica a condição do *nasciturus* como pessoa<sup>72</sup>.

Desgostoso pelo pouco apreço ao seu projeto e por percalços políticos<sup>73</sup>, o baiano afasta-se de sua produção. Substituindo-o, foi nomeado Nabuco de Araújo, pai do abolicionista Joaquim Nabuco. Igual ao seu antecessor, o estadista do Império classificou o *infans conceptus* como pessoa, elencando no rol de absolutamente incapazes<sup>74</sup>.

Falecido antes de terminá-lo, Felício dos Santos assumiu o projeto, atuando de forma gratuita<sup>75</sup>. Contudo seus apontamentos não foram elogiados pelos seus revisores<sup>76</sup>. Nele, mantém-se o *nasciturus* como absolutamente incapaz.

---

<sup>70</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

<sup>71</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 180

<sup>72</sup> ALMEIDA, op. cit. p.182

<sup>73</sup> BEVILACQUA, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. ap.13av.1.aDisponível em: <<http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/03clovis/C%C3%B3digo%20Comentado%20-%20vol%20I.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>74</sup> ALMEIDA, 2000, op. cit. p.184

<sup>75</sup> ALMEIDA, 2000, op. cit. p.184

<sup>76</sup> BEVILACQUA, op. cit. p. 15

Desfeita, por várias razões, a comissão que analisava o projeto de Felício dos Santos, Coelho Rodrigues apresentou o seu projeto, também criticado negativamente<sup>77</sup>. Todavia sua redação<sup>78</sup> nos arts. 3º e 4º assemelha-se profundamente com a do atual Código, sendo o primeiro a não assegurar desde a concepção a capacidade jurídica.

Por fim, em 1899, Clóvis Bevilacqua assume a produção do projeto.

Na primeira versão, o pernambucano estabelece o início da capacidade na concepção, em contraponto ao nascimento com vida da redação vigente<sup>79</sup>.

Em decorrência de diversas críticas, oriundas de intelectuais do quilate de Rui Barbosa e Inglês de Souza, o professor da Faculdade do Recife revisou seu projeto de código que, conforme o próprio Clóvis, citado por Chinelato, "perdeu alguma coisa de sua feição originária"<sup>80</sup>. Entre essas perdas, está o caráter concepcionista do código, sendo-lhe salvaguardados alguns direitos específicos.

Completa-se, nessa sequência, o ciclo de projetos oitocentistas do código civil. Foi de interesse expor para demonstrar a evolução doutrinária sobre o *infans conceptus* até a condução da redação do Código Civil de 1916, o qual foi repetido quase *ipsis litteris* no atual.

### 3.3 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS

Ultrapassado o esboço histórico, é imprescindível adentrar o ponto mais polêmico sobre o estudo do nascituro: se ele possui ou não personalidade jurídica.

De modo preliminar, para ingressar nessa querela com tranquilidade, deve-se diferenciar e conceituar a própria personalidade e a capacidade jurídicas, conceitos que muito se aproximam. Para isso, será exposta a compreensão, sempre sucinta e clara, de Clóvis Bevilacqua em seu livro de Teoria Geral do Direito Civil.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> BEVILACQUA, op. cit. p 18

<sup>78</sup> A capacidade civil da pessoa natural começa do seu nascimento; mas desde a concepção do feto humano, a lei o considera existindo para conserva-lhe os direitos que há de adquirir, si nascer vivo.

<sup>79</sup> Art. 3º. A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida

<sup>80</sup> ALMEIDA, op.cit. p. 190

<sup>81</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Campinas: Red Livros, 2001.

O eminente pernambucano<sup>82</sup> visualiza a personalidade como a aptidão reconhecida pelo ordenamento jurídico para o exercício de direitos e o poder de contrair obrigações. Em vista disso, e como é de pleno conhecimento, ela em nada se assemelha à personalidade psíquica, não co-existindo obrigatoriamente as duas. Inclusive, a História ficou marcada por diversas dessas figuras que eram plenamente capazes intelectualmente sem exercer direitos inerentes à sua qualidade como pessoa, a exemplo do escravo.

Por sua vez, a capacidade<sup>83</sup> é a extensão do poder de exercício, por si, dos atos da vida civil. Por isso, ela divide-se em duas: a de fato e a de direito. A primeira dá-se pela liberdade do próprio sujeito de exercê-la, enquanto a segunda há a restrição do seu exercício em razão de fatores biológicos ou etários.

Por óbvio, o *nasciturus*, por si só, não é capaz de exprimir-se faticamente. Posto isto, salienta-se que as discussões se restringem às questões relacionadas à personalidade e à capacidade de fato.

A fonte primeira para identificar o início da personalidade jurídica, é o próprio Código Civil que tratou na matéria em seu art. 2º no atual *Codex*<sup>84</sup> e no art. 4º do seu antecessor<sup>85</sup>.

Em uma primeira leitura, constata-se que, substancialmente, o conteúdo dos artigos permanece igual, alterando somente o termo “homem” por “ser humano”, sendo uma clara influência da isonomia entre homem e mulher estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, fruindo-se da análise gramatical feita por Sérgio Abdalla Semião<sup>86</sup>, é adequado sinalizar que texto compõe-se de duas orações separadas por um ponto-e-vírgula. Por manterem, cada uma, um sentido independente, conclui-se que são coordenadas. E pela conjunção “mas” contrapondo-as, chega-se ao entendimento final de serem orações coordenadas adversativas, ou seja, está realçada a diferença existente.

---

<sup>82</sup> BEVILÁQUA, 2001, op. cit. p. 116

<sup>83</sup> BEVILÁQUA, 2001, op. cit. p. 117

<sup>84</sup> Art. 2. *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*

<sup>85</sup> Art. 4. *A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.*

<sup>86</sup> SEMIÃO, op. cit. p. 67

Para auxiliar na busca do sentido original dos artigos – se realmente existir um –, expõe-se a perspectiva de Bevilacqua. O intelectual pontua que o *Codex* nacional assegura o início da personalidade jurídica com o nascimento, *por parecer mais pratico*<sup>87</sup>.

Exposta compreensão do pai da codificação anterior, pode-se, então, adentra nas correntes de pensamento sobre a relação nascituro e sujeito de direito. Elas são: a concepcionista e a natalista. A primeira pela própria nomenclatura conduz à compreensão que o sujeito de direito se constitui desde a concepção; diametralmente oposta, a natalista só crê no início da personalidade pelo nascimento com vida.

A primeira, mesmo não sendo aderida expressamente pelo Código Civil, possui um grupo minoritário de intelectuais que a seguem. Por exemplo, Teixeira de Freitas, Clovis Bevilacqua (conforme visto em sua primeira versão), Carlos de Carvalho e Planiol, todos citados por Abdalla Semião<sup>88</sup>, além de, atualmente, Silmara Chinelato.

Os integrantes dessa escola fundam seu entendimento em aspectos não apenas cíveis. O aborto é um exemplo, tendo em vista que, na topologia do Código Penal, ao encontrar-se próximo ao homicídio e infanticídio, e sendo alocado no título “Dos Crimes contra a Pessoa”, não há como não vislumbrar uma relação jurídica mais contundente do nascituro, pelo com menos com o direito à vida. Já na seara cível, o legislador garantiu ao *nasciturus* uma pluralidade de direitos, como o de herdar<sup>89</sup> e o de possuir bens em seu nome<sup>90</sup>.

De todo modo, na própria corrente concepcionista, há uma ruptura entre os concepcionistas da personalidade condicionada e os verdadeiramente concepcionistas, conforme nomenclatura de Silmara Chinelato<sup>91</sup>. Os primeiros crêem no início da personalidade com a concepção, mas só se tornando plena após o nascimento com vida. Na outra, o processo de concepção basta por si mesmo, tendo como representante Silmara Chinelato, além de juristas do porte de Teixeira

---

<sup>87</sup>BEVILACQUA, 1927, op. cit. p 171

<sup>88</sup> SEMIÃO, op. cit. p. 34

<sup>89</sup>Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>90</sup>Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

<sup>91</sup>ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no código civil e no direito constituído do Brasil In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 683/684



de Freitas, Pontes de Miranda (Abdalla Semião, por sua vez, o classifica como natalista<sup>92</sup>), Limongi França, Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Matoro.

Em vista disso, os verdadeiramente concepcinista, como se intitula o segundo grupo, não se posicionam pela existência de mera expectativa de direitos para o nascituro, uma vez que o art. 2º não utiliza tais termos, somente pondo a salvo o direito do nascituro.

Mesmo vislumbrando o início irrestrito da personalidade, a professora da Usp expõe uma exceção em relação aos efeitos de certos direitos. Os patrimoniais materiais, por dependerem do nascimento com vida, estão sob ameaça de uma resolução condicionada da doação ou herança recebida.

Sendo essa a única exceção, o natimorto não afasta os direitos inerentes à sua personalidade quando o *infans conceptus*.

Desse modo, nessa corrente, o nascimento com vida impacta somente no aperfeiçoamento dos direitos patrimoniais materiais, tornando-os transmissíveis<sup>93</sup>.

A outra escola é a natalista. Essa corrente compreende, como início da personalidade jurídica, o nascimento com vida. Anteriormente, somente haverá mera expectativa de direitos naquele lbe vantajoso juridicamente<sup>94</sup>. Nesse sentido, já diziam os romanos.

Na linha argumentava da escola, afirma-se que certos direitos podem ser fruídos pelo nascituro, mas eles sempre são taxativos, compondo a exceção ao resto do ordenamento. Nesse diapasão, os natalistas expõem que o próprio aborto representa a desigualdade existente entre os direitos do nascituro e da pessoa nascida, inexistindo homicídio terapêutico, por exemplo.

Ademais, a escola, que é majoritária, funda-se na redação expressa, em sua literalidade, da primeira parte do art. 2º do Código Civil.

### 3.4. DIREITO DOS NASCITUROS

---

<sup>92</sup> O Autor transcreve um trecho do Tratado de Direito Privado, t. 1, no qual o alagoano afirma que “[n]o útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva [...]” Cf. SIMEÃO, op. cit. p. 41

<sup>93</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 686.

<sup>94</sup> SEMIÃO, op. cit. p. 41

Esses direitos são de especial importância, haja vista que são explicitamente previstos no ordenamento, demonstrando o especial tratamento aplicado ao nascituro.

O primeiro a ser tratado é o direito a receber doações. O contrato referido caracteriza-se por ser uma liberalidade na qual o doador transfere bens ou vantagens de seu patrimônio ao donatário, consoante redação do art. 538 do Código Civil.

Entretanto, para sua concretização, há a necessidade da aceitação da liberalidade pelo donatário para a produção de seus efeitos. Essa característica poderia, *a priori*, afastar o nascituro como beneficiário pela impossibilidade de expressão da vontade. Entretanto, os legisladores expressamente autorizarão, cabendo ao representante legal o aceitar<sup>95</sup>:

Deve-se, contudo, sinalizar a restrição das doações de bens imóveis realizadas pelo nascituro por mandamento do art. 176, § 1º, II, 4 da Lei de Registro Público<sup>96</sup>. Esse artigo impõe na realização da matrícula de bens imóveis a apresentação do “*nome, domicílio e nacionalidade do proprietário*”, impedindo, desse modo, a sua aquisição pelo *infans conceptus*, haja vista este nem possuir nome.

Conforme já exposto anteriormente, Silmara Chinelato ensina que o ato contratual por doação ao nascituro é regido por um condicionamento resolutivo, i.e., nascer com vida. Caso a mulher dê à luz a um natimorto, o contrato caducará, não podendo os genitores receber o bem por herança<sup>97</sup>..

Outro modo do nascituro possuir direitos patrimoniais materiais é pela aquisição por sucessão legal ou testamentária, conforme art. 1.798 do Código Civil<sup>98</sup>. Frisa-se que tal entendimento já se encontra insculpido no direito romano<sup>99</sup>.

Igualmente à doação, essa aquisição só se torna plena com seu nascimento com vida<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

<sup>96</sup> 4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário

<sup>97</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 686.

<sup>98</sup> Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>99</sup> SEMIÃO, op. cit. p. 94/95

Ainda há aquisição de frutos e produtos quando há bens próprios, administrados por outrem. Ou seja, os representantes do nascituro em relação aos frutos e produtos dos bens funcionam como meros depositários, isto é, guardam sem gozar. Sem *usus*, nem *fructus*.<sup>100</sup>

Por sua vez, além desses direitos eminentemente materiais, Silmara Chinelato, por meio de seu posicionamento concepcionista, sinaliza a incidência de Direitos da Personalidade, como à honra e à imagem, exemplificando através da imputação de bastardia e da utilização indevida de ultrassonografia, respectivamente<sup>102</sup>.

E pode-se realçar ainda o direito a alimentos, positivado pela Lei nº 11.804/11. Isto é, a grávida, em razão de sua condição, poderá ingressar judicialmente com o fim de receber quantia para o sustento do futuro infante desde a concepção, sendo que as quantias, mensalmente recebidas, serão convertidas em pensão para o menor após o seu nascimento conforme seu art. 6º. Esse dispositivo evidencia que o *quantum* é primordialmente para o *infans conceptus*, não a sua genitora.

---

<sup>100</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 686.

<sup>101</sup> SEMIÃO, op. cit. p. 102

<sup>102</sup> ALMEIDA, op. cit., p.321

## 4 A VIABILIDADE

Diversamente dos capítulos pretéritos que apresentaram e sedimentaram conhecimentos civilísticos e bioéticos fundamentais, o presente investigará, realmente, a natureza do embrião gerado por métodos de fecundação assistida.

Para isso, antes de tudo, torna-se dever enfrentar um tema polêmico e sensível: o início da vida.

### 4.1 INÍCIO DA VIDA

É notório que a vida possui diversas acepções. O dicionário Aulete Digital lista em um total de 17, no qual se encontram a condição de existência do ser, estado em que se está vivo e a energia física e mental<sup>103</sup>.

Também não se espera que o seu sentido confunda-se com o estritamente jurídico ao tratar do nascimento com vida. Assim sendo, nesse caso, a vida somente seria realmente discutida com o parto.

De todo, o próprio Direito não pode habitar em um ambiente hermético, sem qualquer contato com as outras ciências.

Nesse diapasão, é notório que essa discussão não se cinge somente a critérios biológicos, mas tem de se irradiar até as questões filosóficas e morais. E, dessa pluralidade de ideias, o presente estudo se focará.

As correntes sobre o início da vida que serão analisadas foram baseadas nas obras de Leite<sup>104</sup> e de Araújo<sup>105</sup>. Elas são: a concepcionista (não a do nascituro), a da potencialidade e a do critério biológico.

A primeira, como o próprio nome induz, refere-se que a vida se inicia com a fusão dos gametas sexuais, gerando, desde já, uma individualidade autônoma e

---

<sup>103</sup> AULETE Digital. [S.l.]: Lexicon Editora Digital, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/vida>>. Acesso em: 02nov. 2019.

<sup>104</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? **Revista de Ciências Jurídicas**, Maringá, v.1, n.1, p.31-52, 1997.

<sup>105</sup> ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, Salvador*, n.16, p.151-176, jan./jun. 2008.

com status moral pleno<sup>106</sup>. Desse modo, o antigo entendimento romano da confusão entre o ser vivo e as vísceras de sua mãe é abominado. Ademais considera-se inadequado nomear o embrião ou feto como pessoa em potencial, haja vista já o ser plenamente desde o princípio.

Araújo saliente que essa linha de pensamento rechaça qualquer meio impeditivo da vida, inclusive os métodos contraceptivos. A professora baiana, para exemplificar, utiliza-se da obra de Patrícia Pranke, no qual se ressalta que o DIU de progesterona impede a fixação do blastocisto no útero, e, igualmente, a pílula do dia seguinte destrói células em 72 horas<sup>107</sup>. Em face desse ataque às estruturas microscópicas, tais meios já deveriam ser considerados como agressões à plenitude da vida.

Igualmente criticado, seria a procriação artificial, uma vez que feriria a dignidade do embrião por aproveitar-se de processos vexatórios, o como congelamento<sup>108</sup>.

Dentre os juristas brasileiros, essa corrente seria adotada por Silmaria J. A. Chinelato e Almeida, Limongi França, Ives Gandra da Silva Martins e Franco Montora<sup>109</sup>.

Outra teoria adotável para o início da vida é a da corrente fisiológica-desenvolvimentista. Nela, o ser concebido é visualizado como uma sucessão de fases com características bem diversas<sup>110</sup>.

Em uma primeira fase, na qual há o embrião sem resquício de sistema nervoso, haveria, em verdade, mero amontoado de células, não um organismo visível individualizado. Destarte, não haveria a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana por inexistir um ser humano propriamente dito.

Entretanto Leite assevera que a conduta adotada por esses profissionais não está ausente de ética, e sim um foco garantista diverso. Em outros termos, a corrente fisiológica-desenvolvimentista visa preservar o direito da criança a nascer, auxiliando em um pleno desenvolvimento. Nesse aspecto, realizar-se-ia,

---

<sup>106</sup> Ibid., p. 161

<sup>107</sup> Ibid., 161/162

<sup>108</sup> Leite, op. cit., p. 34

<sup>109</sup> Ibid., p. 34

<sup>110</sup> Ibid., p. 35

inclusive, interferências a garantir a sua qualidade de vida. Com igual raciocínio, inexistiria razão a preservar a vida de alguém com impossibilidade de desenvolvimento, como, por exemplo, os anencéfalos.<sup>111</sup>

O Autor ressalta que essa linha é predominante na classe médica, como visto na Comissão Warnock, a qual se discutirá *a posteriori*<sup>112</sup>.

Por fim, há o embrião como potencialidade de pessoa. Desde já, deve-se ressaltar que essa teoria é a mais adequada ao embrião *in vitro*. Nela, entende-se que o embrião extracorpóreo possui plena capacidade, nos aspectos biológicos, a desenvolver-se, mesmo que não ocorra.

Ou seja, todos, inclusive o embrião excedentário, têm potencialidade a tornar-se uma pessoa. Contudo, por motivos diversos, essa progressão pode ser interrompida. No presente caso, e a razão do presente trabalho adotar essa corrente, é que o ovo produzido por fecundação assistida apresenta poderio de desenvolver-se em sua plenitude caso seja implantado na sua genitora. Entretanto, se não o seja, mesmo assim, possui a potencialidade de ser implantado, até tornar-se inviável pelo longo processo de congelamento.

Araújo, em seu artigo, prossegue informando que essa corrente poderá conduzir a duas conclusões sobre a sacralização da vida. Em uma delas, a destruição dos embriões *in vitro* já seria um ataque à vida por sê-la, primordialmente, potencial. Em contraposição Galather, por meio de um silogismo *ad absurdum* extremamente interessante, expôs que a potencialidade da vida afastaria o direito à procriação negativa, haja vista que todos os indivíduos, ao desperdiçarem seus espermatozoide e óvulos produzidos, estariam descartando uma futura e provável vida<sup>113</sup>.

### 3.2 DEFINIÇÃO DE VIABILIDADE

Adotando a corrente da potencialidade, há o pressuposto que o ser vivente é viável e irá se desenvolver<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 36

<sup>112</sup> Ibid., p. 36

<sup>113</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 164/165

<sup>114</sup> LEITE, op. cit., p. 37

Nesse diapasão, torna-se perceptível a necessidade da viabilidade do ente, ou seja, a aptidão para transcorrer as diversas fases da vida para considerá-lo um ser vivo, com direitos primordiais, como os da personalidade, assegurados.

O Supremo Tribunal Federal já pôde supervalorizar a viabilidade do ser no notório julgamento dos fetos anencéfalos<sup>115</sup>, por meio do qual foi autorizada a realização de “aborto” pela impossibilidade de vida após o nascimento.

Ora, essa querela não envolveu embriões ou procedimento de fertilização assistida, porém traz uma revolução do posicionamento do Tribunal Constitucional, por uma simples razão. O nascituro saudável possui o direito primordial à vida<sup>116</sup>, não mera expectativa, caso contrário estaria configurado a conduta típica do aborto. Entretanto, ao tornar-se/identificar-se inviável, a presunção de sua viabilidade exaure-se, não havendo razão de sua proteção.

Noutros termos, o Supremo reconheceu que, para ser um nascituro realmente, necessário ter alguma, mesmo pequena, perspectiva de vida. Em caso de gravidade, como ausência do encéfalo, autorizaria a desconsideração de seus direitos e garantias.

Nada obstante, imprescindível enfrentar o problema dos embriões *in vitro*.

De início, tem de ser dito que a inviabilidade do feto anencéfalo é absolutamente diversa da dos embriões gerados por meio da técnica FIV. Esses entes intrauterinos não apresentam perspectiva de evolução, estando fadados a uma morte ligeira. Já os embriões estão em estado de suspensão por meio do qual são passíveis a tornassem nascituros plenos no implemento no útero materno.

Estabelecido esse parâmetro, tem de se diferenciar os embriões em duas categorias: os viáveis e inviáveis<sup>117</sup>. Os últimos são os que não possuem a aptidão a gerar uma vida com desenvolvimento completo; um exemplo, é os embriões congelado há mais de 3 anos consoante ensinamento de Ricardo Ribeiro dos

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>116</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 293

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 20 set. 2018.

Santos no voto do Min. Ayres Britto na ADI 3510<sup>118</sup>. Eles, por sua ausência de viabilidade, indiscutivelmente, não poderão ser classificados como nascituros, sendo, contudo, garantindo certos direitos pela natureza humana, como será abordado no capítulo 5.

Quanto aos viáveis, a discussão é de maior complexidade, vez que, biologicamente, é cabível gerar um novo ser humano formado em caso de sua implantação. E, por essa mesma razão, posicionar-se por sua defesa tornar-se mais complexa, pela existência de uma condição: a implantação.

Ademais, somente são permitidos a introdução de 4 embriões por tentativa<sup>119</sup>. Em virtude disso, caso ocorre a fertilização, os genitores não são obrigados a implantarem os demais embriões no útero feminino. Esse fato, de modo concreto, reduz, em demasia, a possibilidade de implantação dos outros, sendo, em concreto, uma negativa ao regular desenvolvimento do ser.

Noutros termos, ocorreu em verdade que tais embriões permaneceriam em um limbo, no qual de nascituros deixariam de sê-los após o demasiado tempo congelado. Em razão de afastar tal ilogicidade, aos embriões *in vitro* não implantados, é incompatível classificá-los como nascituros.

A fim de ratificar a historicidade dessa linha de pensamento, será exposto o entendimento romano sobre a viabilidade, ou, nos termos do período, da vitalidade.

#### 4.3 A VITALIDADE ROMANA

Concluídas essas considerações sobre a viabilidade como componente essencial para a caracterização de um nascituro por pressupor o futuro nascimento, é interessante, como atividade intelectual, realizar uma analogia com a vitalidade romana.

<sup>118</sup> Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 set. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf> Acessado em: 15 out. 2018. p. 43

<sup>119</sup> **RESOLUÇÃO CFM nº2.168/2017**. [S.l.: s.n.], 2017. 1 p. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 15 out. 2018.



O dicionário Aulete, em sua versão eletrônica, define a vitalidade como a qualidade daquilo que tem vida, vigor<sup>120</sup>. Ora, esse atributo conduz, portanto, à ideia de uma força, de uma energia própria que rege a todos.

Nessa linha de pensamento, os romanos trouxeram essa lógica ao seu Direito, ao presumir que o ser humano, para ser um, tem de ter essa força, esse vigor, ou seja, tem de ser vivo.

Para clarificar, imprescindível retornar a discussão atinente aos requisitos do ser humano no Direito Romano. Salienta-se que, diferente de hoje, a ausência da vitalidade desumanizava o ente.

Durante todo o período desse sistema jurídico, não foram produzidas obras didáticas ou entendimentos jurisprudenciais – preservados ou descobertos, pelos menos - que explicitassem as características inerentes de um ser humano ao nascer. Por esta razão, coube aos seus estudiosos da contemporaneidade o dever de identificá-las.

Notoriamente, a mais bem quista obra brasileira de Direito Romano, ainda produzida, é de autoria do ex-ministro Moreira Alves. Nela, o jurista vislumbrou indiscutivelmente três requisitos para o nascituro tornar-se homem: o nascimento, a vida extra-uterina e a forma humana<sup>121</sup>.

O primeiro significaria a expulsão do feto do ventre materno. A aferição da vida extra-uterina, por sua vez, era gênese de polêmica no período clássico entre os proculianos e os sabinianos, noutros termos, entre a imprescindibilidade de choro ou o mero vislumbre de qualquer sinal indicador de vida. Somente na era de Justiniano, o Estado Romano aderiu a primeira tese. Já a forma humana seria a ausência de deformações externas graves, a falta de indicativo do *coitus cum bestia*<sup>122</sup>.

Entretanto, tais aspectos já foram devidamente tratados no capítulo passado. No presente, o foco não estará em um requisito imprescindível para os romanos, e sim em um que objeto de dissenso: a vitalidade<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> AULETE Digital. [S.l.]: Lexigon Editora Digital, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/vitalidade>>. Acesso em: 15out. 2018.

<sup>121</sup> Alves, op. cit., p. 98

<sup>122</sup> Ibid., p. 98/100

<sup>123</sup> Ibid., p. 98

O romanista expôs que a vitalidade não é um requisito adotado por todos os especialistas da área, dependendo da leitura e interpretação das fontes originais.

Sabendo-se disso, pode-se progredir.

Como já exposto, a vitalidade, semanticamente, significa vida, força. Contudo é mister ingressar em seu sentido jurídico.

Para isso, retorna-se às lições do emérito civilista. Moreira Alves, fruindo-se dos ensinamentos de Isnardi, elucida as duas acepções cabíveis ao vocábulo. Em seu sentido próprio, ela representa a aptidão do recém-nascido a permanecer vivo após o parto, pelo conhecido *partus maturus*. Já no impróprio, cinge-se à ausência de vícios orgânicos graves<sup>124</sup>.

Dentre essas duas, os antigos referiam-se a necessidade do *partus maturus* ou *perfectus*, assim sendo adotavam a concepção própria. Ademais, para sua ocorrência, esperava-se um prazo mínimo de gestação, que era de seis meses, em conformidade ensinamentos pretéritos de Hipócrates e Pitágoras<sup>125</sup>. Ou seja, desse modo, afastavam-se os nascidos extremamente prematuros do rol de ser humano, de *persona*.

Tem de se, todavia, realçar que a vitalidade se aplicava com o fito de delimitar a noção de ser humano no Estado Romano. Já nos dias de hoje e no presente trabalho, tem o fim de contrapor o ser geneticamente humano com os outros seres humanos com uma maior proteção legal, ética e moral, como o nascituro e o sujeito de direito.

#### 4.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NA ADIN Nº 3510

Na mais alta corte da nação, não houve até hoje uma discussão específica e focada na natureza do embrião, tanto *in vitro*, quanto *in utero*. Nada obstante, essa querela foi circunscrita na emblemática Ação de Inconstitucionalidade nº 3510 (ADI 3510) relativa ao art. 5º da Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), ou seja, a constitucionalidade da pesquisa com certas células-tronco embrionárias.

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 101

<sup>125</sup> Ibid., p. 101

De início, rememora-se a lide.

O Procurador-Geral da República à época, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, propôs a ação com o fito de assegurar a inviolabilidade do direito à vida embrionária, haja vista que desde a concepção já seria um ser humano, sendo irradiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

No decorrer da peça, arguiu que a vida humana se inicia com fecundação, existindo um ser humano embrionário. Ademais, ressaltou a prescindibilidade do estudo por meio de células-tronco em razão da existência de células-tronco adultas.

Em seguida, ao prestar informações, o Presidente da República opôs-se à inconstitucionalidade do referido dispositivo, suscitando o direito à saúde e a liberdade de expressão da atividade científica, conforme o acatado parecer do Dr. Rafaelo Abritta. De igual modo, posicionou-se o Congresso Nacional.

O Ministério Público Federal, em seu papel de *custos legis*, e na pessoa do novo Procurador Geral, ratificou a inconstitucionalidade da norma.

Em razão da importância da querela, a Corte Máxima permitiu, como *amici curiae*, uma pluralidade de entidades de diversas fontes do saber ou da sociedade. Foram as seguinte: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Ato contínuo, foi realizado, pela primeira vez na história desse país, audiências públicas com cientistas e personalidades da área.

Após esse momento magno, e três anos da propositura da ação, o Ministro Relator proferiu seu voto em prol da improcedência da ação.

Aderiram a tal entendimento os Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em contraposição, e por motivos diversos, opuseram-se os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes<sup>126</sup>.

Para o presente trabalho, será analisado o voto do eminente relator, tendo em vista que foi o norte e meio de convencimento para os outros ministros. Assim

---

<sup>126</sup> Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917> Acessado em: 15 nov. 2018.

sendo, por meio dele, aferir-se-á o entendimento do Supremo quanto ao embrião *in vitro* excedentário.

Antes de mais nada, as razões para a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança não se restringiram unicamente à natureza diferenciada do embrião excedentário *in vitro*. Por isso, com intuito de realizar uma análise do voto mais ampla possível e focando em primazia nos aspectos de interesse do presente trabalho, discutir-se-á rapidamente sobre o direito à saúde e à ciência; para posteriormente, adentrar no estudo do embrião.

O direito à saúde foi rememorado como o primeiro dentre os direitos sociais do art.6º<sup>127</sup>, além de possuir uma seção somente para si no texto constitucional. Contudo é pelo seu art. 199, § 4º<sup>128</sup> que o Nobre Relator vislumbrou uma autorização constitucional ao estudo terapêutico com células-tronco embrionárias<sup>129</sup>.

Quanto à ciência, a *Lex Legum*, por meio de seu art. 218, §1º<sup>130</sup>, impôs ao Estado o dever de incentivar o progresso científico. Nesse aspecto e nessa “era do conhecimento”, o Brasil se compreendesse pela inconstitucionalidade da norma, engessaria a produção de conhecimento biotecnológico, além dos tratamentos terapêuticos visarem uma maior qualidade de vida a todos<sup>131</sup>.

Além disso, as linhas de pesquisa embrionário não invalidam outras, noutros termos, por existir o estudo de células-tronco adultas, não seria impeditivo à

<sup>127</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

<sup>128</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>129</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf> Acessado em: 15 out. 2018. p. 66

<sup>130</sup> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

[...]

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

<sup>131</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. BRASIL, op. cit., p. 68/71

realização com células-tronco embrionárias, ainda mais que as últimas são mais eficientes<sup>132</sup>.

Pois bem, pode-se, desde já, expor os argumentos utilizados pelo STF a fim de assegurar a constitucionalidade dos estudos terapêuticos com células-tronco embrionárias. No seu íterim, essas teses acabam por afastar o embrião do rol dos seres explicitamente protegidos pela Magna Carta e, em decorrência, acaba por diferenci-lo de um nascituro, vez que esse possui proteção explicitamente assegurada.

As teses construídas no voto do Ministro Ayres Britto foram, principalmente, nove teses, as quais podem ser divididas, segundo nosso entendimento, em três perspectivas: emocional, jurídica e biológica. Na primeira, o Ministro emérito ponderou que a vida não se compõe somente de material genético, mas (i) de uma dimensão biográfica e (ii) um sentimento de proximidade. Quanto aos aspectos jurídicos, o entendimento pela violabilidade da vida do embrião excedentário seria incompatível com (iii) o direito à procriação, (iv) os crimes contra a vida na figura do aborto, e (v) a dignidade da pessoa humana. Por fim, foram apresentados argumentos biológicos em maior quantidade, sendo ressaltado a discussão sobre (vi) o momento de início da vida, (vii) a diferença entre fecundação e gravidez, (viii) a falta de terminação nervosa e (ix) a ausência de viabilidade do embrião.

Nomeadas suscitantemente, passa-se à sua análise.

Ao chamá-la de emocional, o intuito não é desvalorizar o argumento apresentado e sim ressaltar o caráter subjetivo de sua conclusão. Isto é a estrutura construída não é aferível concretamente, como a médica, ou pelos métodos hermenêuticos como a jurídica.

A primeira tese cuida que o embrião excedentário não possui um direito à vida por não ter uma dimensão biográfica, de indivíduo-pessoa. A célula embrionária não é membro da sociedade civil, não é nominalizada, não é passível de vislumbre uma “gradativa formação moral e espiritual”. E, por não ser indivíduo, não apresenta nem direitos, nem deveres. A título de exemplo, o embrião não é cidadão brasileiro nato, não apresenta essa garantia<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 22

<sup>133</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 23/25

Já o sentimento de proximidade encontra-se no seio parental. Os genitores, pelo qual são gerados, pelo menos, 4 embriões, formam o afeto familiar somente com o filho a ser gestado. Os outros, congelados, não são vislumbrados como reais membros da família, e sim como matéria genético guardado<sup>134</sup>

Os argumentos apresentados são passíveis de críticas, vez que a existência de sentimento de proximidade familiar não é uma razão para proteger ou não uma vida. A importância da vida de alguém transcende, em demasia, ciclo familiar, sendo uma obrigação do Estado e da sociedade.

Por sua vez, a dimensão biográfica no que concerne à proteção da vida é um argumento interessante. Entretanto também é criticável, haja vista que o embrião é plenamente individualizado<sup>135</sup> por ter um código genético irrepetível. Além disso, é infeliz a exemplificação da faceta biográfica por meio do direito à nacionalidade, vez que ele também não é extensível ao *nasciturus*, não significando, contudo, uma falta de proteção à sua vida.

No que tange às linhas argumentativas jurídicas, como já dito, podem ser divididas em: direito à procriação, questão do aborto e dignidade da pessoa humana.

A primeira baseia-se no princípio do direito à procriação. Noutros termos, todo indivíduo tem direito à procriação positiva, isto é, gerar herdeiros<sup>136</sup>. Para garantir esse processo, surgirão as fecundações assistidas, as quais, pelo método FIV, fecundam os óvulos, de modo extracorpóreo, para seu posterior implante.

O problema é que, ao implantar o ovo, não necessariamente conduzira ao nascimento, ainda mais que os implantes simultâneos se limitam a quantia de quatro embriões, sendo os demais congelados. Por esta razão, pelo voto do magistrado, aos embriões congelados sobram duas possibilidades, estarem eternamente em baixa temperatura ou serão descartados de imediato.

Em vista disso, o jurista pondera que o direito à reprodução não poderá ser cerceado e que os embriões tornam-se, em certo momento, inviáveis. Logo o artigo objurgado da Lei de Biossegurança coube como um meio termo, garantindo a

---

<sup>134</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 51

<sup>135</sup> AGUIAR, op. cit., p. 28

<sup>136</sup> MORI, op. cit. p. 57

reprodução positiva e a vida dos embriões até a inviabilidade após três anos de armazenamento<sup>137</sup>.

Em seguida, o magistrado ressaltou que o aborto é um crime contra a vida e pressupõe a existência de gestante. Nesse sentido, vez que inexiste mulher grávida, o tipo penal não seria norma incriminadora para o descarte de embriões e, do mesmo modo, esses seres não estaria resguardos nos crimes contra a vida.<sup>138</sup>

Já no que concerne à dignidade da pessoa humana, o voto do Relator é dubio em razão de que, em certos trechos, restringe-o ao ser humano biográfico somente<sup>139</sup>, noutro assevera sua transcendência e abundância<sup>140</sup>.

Essa temática será postergada ao próximo capítulo que possui um tópico dedicado somente a essa questão no que tange ao embrião *in vitro*.

Por fim, a principal razão que conduziu a constitucionalidade da norma objurgada encontra-se no campo biológico.

O Min. Ayres Britto ponderou pela necessidade da identificação do momento de início da vida, pela diferença entre fecundação e gravidez, pela inexistência de terminação nervosa e pela ausência de viabilidade.

Em relação ao início da vida, o Douto Jurista adotou uma visão sobre a potencialidade do início da vida. Em noutros termos, o indivíduo, até ocorre o nascimento com vida, percorre uma pluralidade de fases com tratamento legal diferenciadas. Assim sendo, mesmo o embrião sendo geneticamente humano, ele não teria uma proteção legal equivalente<sup>141</sup>.

Do mesmo modo, para a ocorrência do nascituro, é pressuposto o estado gravídico em relação à mulher. Fato que não ocorre quanto ao embrião excedentário<sup>142</sup>. Destarte, como dito acima, o descarte do último não conduziria ao crime de aborto, demonstrando um menor grau de proteção perante a sua vida.

Em virtude disso, o embrião humano e o nascituro somente poderiam coincidir quando for *in utero*.

---

<sup>137</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 58

<sup>138</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 39/40

<sup>139</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 24

<sup>140</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 30/31

<sup>141</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 34/35

<sup>142</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 39

Outro fator biológico considerado é a ausência de terminação nervosa no embrião<sup>143</sup>. É perceptível nesse ponto um silogismo interessantíssimo. A morte, tradicionalmente, é constatada pela cessão das atividades encefálicas; se o embrião não possui tal funcionamento, é impossível datá-lo morto. Se o ser não morre, é porque nunca viveu. Em face desse aspecto, o direito à vida do ser humano nos seus primeiros dias é mitigado.

Finalmente, a tese exposta a seguir, para o presente trabalho, é a mais adequada no convencimento da constitucionalidade da norma e para diferenciar o embrião do nascituro. Trata-se da viabilidade.

Por meio de declarações prestadas por técnico, o voto do eminente ministro compreendeu que o embrião *in vitro*, ao ser congelado por um longo lapso temporal, torna-se inviável, ou seja, está vivo, mas não é capaz de se desenvolver<sup>144</sup>. Assim sendo, nunca se converte em pessoa, estando estagna em sua potencialidade.

Mesmo estando o magistrado silente por não ser interesse da querela, é necessário enfrentar, nessas folhas, no que tange aos embriões ainda viáveis. Nesse aspecto, deve-se afirmar que, mesmo assim, não é nascitura, vez que o sistema nervoso ainda não se encontra desenvolvido, além de seu descarte não receber um tratamento especial de crime contra a vida, consoante argumentos presentes no voto.

Por fim, na ementa do acórdão, está latente que o embrião de pessoa humana não é uma pessoa embrionária, além de diferir do feto e do ser humano desenvolvida. Entretanto tem de ser assegurados seus direitos por mandamento constitucional, como será exposto a seguir<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Voto do Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510. Ibid., p. 61

<sup>144</sup> Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510, Ibid., p. 43

<sup>145</sup> [...]

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porquena *nativiva* (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la,



## 5 O EMBRIÃO NÃO IMPLANTADO

O capítulo anterior, em breve síntese, demonstrou que embrião excedentário, ao não apresentar tanto viabilidade biológica, quanto jurídica para o seu desenvolvimento, não é passível de classificação como nascituro. Contudo tal fato não retira todos direitos e garantias da pessoa *in fieri*, em vista de que o embrião mantém a natureza humana, na qual incide, inerentemente, sua dignidade.

A bioética não pode furtar-se de estabelecer um tratamento para o ser humano, mesmo que inviável. Esse ramo do Direito não é hermético, fechando-se em códigos e jurisprudência, mas dialoga, em um eterno processo, com as searas médica, moral e ética. Desse modo, as “variáveis morais” oriundas dessas perspectivas dessas diversas áreas não podem ser olvidadas pelo regramento legal posto<sup>146</sup>.

A lógica apresentada é bem expressa ao Edna Raquel Hogemann afirmar que a alteridade é critério fundamental no diálogo bioético<sup>147</sup>.

Ora, a alteridade é um vocábulo oriundo do pronome latino *alter*<sup>148</sup>, significando o outro. Desse modo, a bioético deve fundar-se em uma relação de discursão entre o sujeito emitente do discurso e o “outro” contraposto. Nesse sentido, em especial em relação aos seres humanos, há o embrião que nunca nascerá, porém tem de ser respeitado como um humano que é.

Por esta razão, para afastar ao máximo a desumanização desse ente, deve-se, primeiramente, diferir as noções de pessoa e coisa.

---

infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. [...]

<sup>146</sup> ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n.16, p.151-176, jan./jun. 2008. p. 152

<sup>147</sup> HOGEMANN, Edna Raquel. O status moral do embrião humano e a alteridade como critério fundamental no diálogo bioético. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador (BA), n. 18, p.185-211, jan. 2009.

<sup>148</sup> FARIA, Ernesto et al. **Dicionário Escolar Latino-Português**. [S.l.: s.n.], 1962. p. 63 Disponível em: <<https://archive.org/details/DicionarioEscolarLatinoPortuguesDoMecPorErnestoFaria1962/page/n1>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

## 5.1 PESSOA X COISA

Mesmo não sendo nascituro, o embrião excedentário tem de ser protegido em razão de sua vulnerabilidade<sup>149</sup>. Não se trata de uma mera coisa sem proteção jurídica, e sim de um ser com o genoma humano, fato que não se deve olvidar.

Para clarificar melhor a razão contudente de seu tratamento, torna-se imprescindível opor a noção de pessoa e de coisa.

Entretanto, primordialmente, precisa-se discutir sobre a noção, e diferença, entre pessoa e homem. Dworkin, referido por Mônica Aguiar, adota uma linha de pensamento nomeada de reducionista pela qual a pessoa, necessariamente, possui discernimento e autodeterminação, enquanto o homem, não. Em contraposição, os da corrente unitária não diferenciam, usufruindo do vocábulo pessoa para o homem, o embrião e o nascituro<sup>150</sup>.

Diferentemente, Ana Thereza Araújo sinaliza que há doutrinadores a expor uma dicotomia no sentido das palavras. Ser humano seria peculiar à origem biológica e a espécie *homo sapiens sapiens*, enquanto pessoa se cingiria aos conceitos jurídicos e filosóficos<sup>151</sup>.

Na presente obra, adota-se – como já foi perceptível – a corrente unitária, sendo aplicadas as terminologias pessoa, ser humano ou homem ao embrião (excedentário ou *in vitro* ou qualquer outro). Assim, para referir ao aspecto jurídico, o termo “sujeito de direito” serve de bom grado ao fim de atestar a existência de personalidade.

Pois, após essa breve consideração, pode-se ingressar na controvérsia sobre a natureza de coisa e pessoa.

De início, percorrer-se-á a evolução histórica da diferenciação.

No sistema romanístico antigo, o termo “coisa” ou *corpora* restringia-se à ideia de bens materiais individualizados. Com o progresso e complexidade da sociedade, uma nova dicotomia surge em virtude do tratamento peculiar referente aos bens

---

<sup>149</sup> CARDI, op. cit., p. 152

<sup>150</sup> AGUIAR, op. cit., p. 20

<sup>151</sup> ARAUJO, op. cit., p. 98

corpóreos coletivos ou *res*, como riquezas ou o patrimônio. O próximo passo foi a abstração das *reiincorporales*<sup>152</sup>.

A importância das coisas, e a necessidade de sua proteção, são óbvias no Direito Justinianeu<sup>153</sup>. Nas Institutas – livro básico de estudantes da época – nomeadas a partir do Imperador, todo o conhecimento jurídico já dividido em um modelo de três ramos: direito concernente às pessoas, ou aos bens, ou às ações<sup>154</sup>.

Nesse diapasão, é interessante pontuar sobre o escravo romano nessa classificação entre pessoa e coisa.

Hoje, inegavelmente, sabe-se, pelo Projeto Genoma, que as diversas etnias humanas apresentam uma diferença genética tão ínfima, que é impossível separá-las em diversas espécies. Ao contrário, em um período de ciência rudimentar como na Antiguidade, a bifurcação - herdada dos gregos - das civilizações entre bárbaros e romanos e a ausência da moderna noção de dignidade da pessoa humana conduziam ao escravismo na sociedade, sendo cabível a propriedade de outro ser humano. Nesse aspecto, certos romanistas, como Cretella Júnior<sup>155</sup>, não vislumbravam o escravo como *persona*, mas, em verdade, como mera *res* de seu senhor. Entretanto Bernardo Queiroz e outros se contrapõem a esse entendimento, haja vista que o conceito de *persona* não se iguala ao da contemporaneidade, não existindo o nível de coisificação da escravidão da Idade Moderna. Entendia-se, portanto, como um homem sem capacidade de ter direito, porém, mesmo assim, uma pessoa, como é visível em expressões como *persona servilis*, encontrável em documentos do período<sup>156</sup>.

Noutros termos, o escravo era uma pessoa sem capacidade e personalidade jurídica. Outra personagem da época antiga, pela qual está presente essa diferenciação, é o herético, que não poderia receber herança ou legado, na época de Justiniano<sup>157</sup>.

Já no medievo, a distinção entre pessoa e coisa baseou-se pela existência de alma no primeiro, consoante entendimento teológico vigente. Sendo parte integrante

---

<sup>152</sup> AGUIAR, op. cit., p. 20

<sup>153</sup> Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones

<sup>154</sup> AGUIAR, op. cit., p. 20/21

<sup>155</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano. 30 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009. p. 61

<sup>156</sup> MARCHI et alii, op. cit., p. 19

<sup>157</sup> AGUIAR, op. cit., p. 22

do homem desde a concepção, o ser humano em gestação era resguardado e protegido indiscutivelmente. Ademais, influenciado por Aristóteles, Santo Tomás de Aquino ainda sustentou que o embrião é animado, de modo sucessivo, por três espécies de alma: a vegetativa, sensitiva e a racional<sup>158</sup>.

Passa-se, em seguida, à Modernidade.

Representante máximo do racionalismo, René Descartes supervaloriza o poder de pensamento psíquico e subjetivo para formular uma ideia de homem. Pauta-se, portanto, na imprescindibilidade de um sujeito cognoscente ser apto a produzir dúvidas. Para ele, a essência humana, diferente da das coisas, está ligada ao pensar. Em poucas palavras, o ser humano e os animais distinguem-se pela racionalidade<sup>159</sup>.

O positivismo, por sua vez, expurgava qualquer juízo de valor aplicável, definindo o homem consoante a norma prescrita<sup>160</sup>.

Finalizado esse longo percurso, apresenta-se um esboço do atual entendimento sobre a diferenciação entre as coisas e as pessoas, inclusive o embrião.

Em sua obra, Mônica Aguiar realça, com extrema clareza, que o embrião gerado por fertilização *in vitro* sofre um processo de coisificação. Nesse sentido, inegável que os termos utilizados para a reprodução assistida são extremamente entrelaçados à produção de bens. A título de exemplo: estoque, doação, controle de qualidade e armazenamento. Ou seja, no procedimento, o próprio médico responsável torna-se responsável a conduzir a uma boa “fabricação” do embrião, podendo responder pelos seus defeitos.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> AGUIAR, op. cit., p. 23

<sup>159</sup> ARAÚJO, ANA THEREZA MEIRELES. A DELIMITAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE HOMEM COMO SUJEITO DE DIREITO NO REGRAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2009. 191 f. Tese (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9263/1/ANA%20THEREZA%20MEIRELES%20ARA%C3%9AJO%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2018. p. 43

<sup>160</sup> Ibid., p. 47

<sup>161</sup> AGUIAR, op. cit., p. 23

Ademais, deve-se frisar que a Constituição Federal, mesmo utilizando o vocábulo “pessoa” em um total de 69 vezes, não o define<sup>162</sup>, mas demonstra o protagonismo do ser humano no sistema jurídico pátrio, sendo seu vetor.

Muito provavelmente, os legisladores constituintes compreendiam que haveria uma pré-concepção do termo, ou deixaram essa hercúlea tarefa a cargo da doutrina e jurisprudência.

É digno de nota que o entendimento sobre o que é pessoa não é um dos mais fáceis. Antigamente, a doutrina seria unânime a englobar somente o *homo sapiens* nessa categoria. Nada obstante, com a crise do paradigma antropocêntrico, cada vez mais doutrinadores veem os animais irracionais como titulares de direitos, dentre eles, o à vida<sup>163</sup>.

Nessa perspectiva, a visão do especismo está sendo posta em xeque, refletindo, igualmente, o início do colapso da própria compreensão de pessoa.

De todo modo, essa incerteza sobre a definição e sua ausência constitucional não poderão levar a conclusão de que a proteção do ser humano e o exercício de seus direitos estão desprotegidos. A *Lex Legum*, notoriamente, assegura uma pluralidade de direitos e garantias individuais e/ou coletivos, que não necessitam, em regra, de norma regulatória para sua aplicação<sup>164</sup>. Em outros termos, os benefícios presentes na Magna Carta são concedidos a todos.

Nesse ponto, em estudo ao bloco de constitucionalidade, rememora-se o já apresentado art. 4º, I, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual protege a vida desde a concepção<sup>165</sup>, ou seja, do nascituro.

Quanto ao embrião, é necessário fazer certos comentários ao pré-embrião.

Na década de 1980, cientistas concluíram que as células humanas produzidas pelo isolamento *in vitro* poderiam ser utilizadas a conduzir terapias alternativas, com células-tronco<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> AGUIAR, op. cit., p. 31

<sup>163</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 104

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 313

<sup>165</sup> AGUIAR, op. cit., p. 32

<sup>166</sup> Ibid., p. 25

Foi nesse ambiente que o Comitê de Investigação sobre Fertilização e Embriologia Humana, do Reino Unido, produziu o chamado Informe Warnock. Nele, constataram-se que não há um estágio particular no qual o embrião é transformado em pessoa, mas sim um processo contínuo<sup>167</sup>. Em poucas palavras, desde o princípio, o ovo gerado é, geneticamente, um ser humano a desenvolver-se.

Todavia, mesmo nesse aspecto, ainda havia forte posicionamento de membros do Comitê pela possibilidade de sua utilização em experimento para o melhoramento dos avanços científicos. Para solucionar tal conflito, Mary Warnock, relatora do documento, fixou o prazo de quatorze dias após a fecundação como período autorizativa para investigações científicas. Estabeleceu-se esse lapso temporal em razão de que, no 22º e 23º dias, forma-se o sistema nervoso central, surgindo, em sua decorrência, os sentidos, entre eles, a dor<sup>168</sup>.

Nesse meio, surgiu o conceito de pré-embrião, ou seja, o ser humano nos primeiros dias de sua existência, sem a presença de sentidos.

Contudo, mesmo assim, ele é um homem, não mera *res*, por razões genéticas. Desse modo, não entrando na querela sobre o direito dos animais, pode-se compreender sua definição de um modo negativo, isto é, não homem, então é coisa.

A perfeita diferenciação entre pessoa e coisa é indispensável, vez que, para os primeiros, incidisse o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 5.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição de 1988 renovou o direito brasileiro ao reger-se por normas de forte caráter social, deixando o mero caráter de reguladora da estrutura orgânica estatal. Esta alteração ecoou nos mais diversos ramos do direito, que, obrigatoriamente, se adequaram ao novo sistema constitucional.

---

<sup>167</sup> Ibid., p. 25

<sup>168</sup> Ibid., p. 26

Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso, transcrito por Rosenvald e Chaves, diagnóstica que o jurista pós-Regime Militar possui a distinção de efetivar o cumprimento das normas presentes na *Lex Legum*<sup>169</sup>.

Com a incontroversa supremacia constitucional, tornou-se necessário organizar uma releitura de conceitos jurídicos clássicos, produzir novas categorias e produzir uma nova interação entre os diversos campos do saber jurídico<sup>170</sup>.

Ou seja, o paradigma patrimonial-individualista vigente no Direito Civil ruiu, elevando-se um novo Direito contemporâneo, um Direito Civil Constitucionalizado<sup>171</sup>. A estrutura anteriormente vigente teve de curvar-se perante normas principiológicas, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a função social da propriedade (arts. 5º, XXII, e 170, III).

Igualmente, a incidência dos mandamentos da *Carta Magna* alcançara as relações de caráter eminentemente privado, ou seja, há a eficácia horizontal dos direitos ditos fundamentais.

Por essa nova estrutura civilista, conclui-se que o tratamento a ser dado ao o embrião excedentário deve assegurar, plenamente, os princípios constitucionais inerentes ao seu ser.

O Min. Ayres Britto, em trecho de seu voto na ADI 3510, ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana no atual regime constitucional<sup>172</sup> sempre tem de extrapolar sua incidência, devendo irradiar, indubitavelmente, a todos.

A vigor desse princípio ecoa, inclusive, em face de comportamento, aprioristicamente, danosos ao ser humano envolvido, como os experimentos com células-tronco embrionárias.

Nesse aspecto, para Ana Thereza Araújo, o mundo está presenciando uma corrida tecnocientífica, visando beneficiar à espécie humana<sup>173</sup>. E, muitas vezes, tal progresso esbarra em uma área cinzenta do que juridicamente proibido ou permitido.

<sup>169</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, v. 1:** parte geral. 10. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 63.

<sup>170</sup> Ibid., p. 63

<sup>171</sup> Ibid., p. 66

<sup>172</sup> Voto do Ministro Ayres Brito na ADIN 3510, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi3510relator.pdf> Acessado em: 15 out. 2018. p. 30/31

<sup>173</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 105

Isso ocorre porque, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, trata-se de uma dimensão pressuposta inerente à pessoa humana<sup>174</sup>.

Contudo juristas, como Walter Ceneviva, somente aplicam essa dignidade, caso o embrião seja implantado no útero, vez que, antes desse ato, ele é descartável, sendo considerado mera experiência científica<sup>175</sup>.

Entretanto o presente trabalho concorda com o posicionamento adotado por Maria Thereza Araújo no sentido que a titularização da dignidade é própria do ser humano por razões ontológicas, ou seja, do ser em si mesmo<sup>176</sup>. Consoante o disposto no Informativo Warnock, o embrião *in vitro* não diferencia em nada do ser humano desenvolvido, encontrando-se somente em estágios da vida diversos.

Como Mônica Aguiar ponderou, o centro do direito é a pessoa física, independente do grau de desenvolvimento físico ou maturidade mental. A dignidade tem de ser exercida, sem superioridade, a qualquer homem<sup>177</sup>. Nesse sentido, latente está que o homem é o princípio e fim do Direito, sendo este mero tentáculo a realização de certos objetivos<sup>178</sup>.

Ademais, Araújo, remetendo-se a Roberto Adorno, assinala que a dignidade é uma qualidade inseparável do ser humano, tendo como características a incomunicabilidade, unicidade e a impossibilidade de reduzir o homem ao nada.

O embrião excedentário, sendo homem e incidindo dignidade sobre o seu ser, apresenta certos direitos, que o protegem.

### 5.3 DIREITOS EM RELAÇÃO AO EMBRIÃO

---

<sup>174</sup> Ibid., p. 105

<sup>175</sup> AGUIAR, op. cit., p. 53

<sup>176</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 106

<sup>177</sup> AGUIAR, op. cit., p. 54

<sup>178</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 106



Para assegurar um tratamento adequado ao embrião excedentário, mesmo não sendo nascituro ou tendo indiscutíveis direitos, o exercício bioético, consoante a alteridade de Edna Raquel Hogemann<sup>179</sup>, não poderá deixá-lo desprotegido.

*Ab ovo*, tem de se conscientizar que o progresso científico médico não se cinge somente a um tratamento curativo ou preventivo. Porém possui um caráter experimental - que realmente visa produzir benefício a todos. Contudo, de igual modo, é capaz de ferir direitos básicos e transcendentais do homem e sua comunidade.

Em termos mais claros, a alteridade pressupõe o conflito, porque há diferença. Mas impõe a obrigação de enxergar a concepção do outro, servindo como um referencial ético<sup>180</sup>.

Nessa discussão, a autora adota, como pessoa, o ser possuidor de dignidade, o qual é a causa imaterial que conduz ao respeito<sup>181</sup>. Ademais, ressalta-se que isso é uma construção paulatina em um processo de personificação.

Nesse diapasão, ao basear-se sob o prisma de Sève, a jurista pressupõe, na intersubjetividade, uma co-existência a partir da qual os seres irão relacionar-se. Nesse ponto, entra a discussão sobre a inclusão ou não do embrião, tendo em vista sua natureza singular<sup>182</sup>.

Por isso que a bioética surge nesse contexto a fim de assegurar um respeito à dignidade humano, de modo ético, nas experiências e técnicas tecnocientíficas<sup>183</sup>.

Ademais, o embrião ainda tem de serem protegidos em razão da importância dele aos agentes morais, como os pais e a família<sup>184</sup>. Acresce-se a sua importância no controle dos experimentos sociais, impactando em toda comunidade.

Como dito anteriormente, a inexistência de direitos legais expressos não é cabível de afastar a existência de outros direitos, principalmente por o embrião *in*

---

<sup>179</sup> HOGEMANN, Edna Raquel. O status moral do embrião humano e a alteridade como critério fundamental no diálogo bioético. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador (BA), n. 18, p.185-211,, jan. 2009.

<sup>180</sup> Ibid., p. 187

<sup>181</sup> Ibid., p. 192

<sup>182</sup> Ibid., p. 192

<sup>183</sup> CARDI, op. cit. p. 150

<sup>184</sup> Ibid., p. 151

*vitro* encontrar-se em situação de vulnerabilidade<sup>185</sup>, incidindo os princípios da beneficência, não maleficiência e autonomia a todos os seres humanos<sup>186</sup>.

Assim sendo, algumas garantias asseguradas estão, em verdade, em uma Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre reprodução assistida. É a Resolução CFM nº 2.168/17.

Dentre as normas éticas no tratamento de fertilidade, são impostas vedações a certos atos com o embrião, que são, *grosso modo*, direitos da pessoa em potencial.

O primeiro a ser tratado é em relação ao diagnóstico pré-implantacional. Isto é o procedimento pelo meio do qual se afere a existência de doenças graves quanto aos genitores e seus filhos, sendo um modo artificial de seleção de saudáveis, inviabilizando a transmissão da moléstia<sup>187</sup>.

Entretanto, tal processo não poderá ser realizado ao bel prazer dos pais, tendo em vista que é incompatível com o nosso ordenamento qualquer procedimento com fins sexistas, racistas e eugênicos<sup>188</sup>.

Conforme construído nesse trabalho, é perceptível que a questões de doença grave impacta de sobremaneira na capacidade de viabilidade do embrião, razão que o sistema médico autoriza esse método de resqúcio purista.

Quanto ao fim das pessoas *in fieri*, o Conselho Federal de Medicina, por sua vez, libera aos embriões com alterações genéticas o seu envio para pesquisa ou descarte, com autorização parental<sup>189</sup>.

Concluindo as informações, o CFM autoriza a realização da tipagem do sistema HLA em irmãos já acometidos pelas doenças com intuito de identificação<sup>190</sup>.

Em seguida, sendo atinente à reprodução assistida, veda-se absolutamente a redução embrionária<sup>191</sup>.

---

<sup>185</sup> Ibid., p. 152

<sup>186</sup> Ibid., p. 153

<sup>187</sup> Ibid., p. 154

<sup>188</sup> Ibid., p. 154

<sup>189</sup> VI, 1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.

<sup>190</sup> VI, 2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA - compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

Em processo de fertilização *in vitro*, no útero materno, são implantados até 4 embriões, haja vista que, em regra, poucos suportam um desenvolvimento pleno. Entretanto, há casos em que todos são bem sucedidos. Nesse caso, o CFM proíbe a eliminação desses fetos *a posteriori*, por meio de uma punção no tórax com cloreto de potássio ainda no primeiro semestre<sup>192</sup>.

Nota-se com clareza que o dispositivo acima já trata propriamente de um nascituro por encontrar-se no útero e com viabilidade de vida.

Nesse diapasão, Cardi e Rosa acusam-no de ser um relativismo moral por não aplicar o mesmo aos embriões congelados e objeto de pesquisa. Tendo grande respeito pelas autoras, mas se deve rechaçar tal entendimento.

A lógica da proibição da eliminação de fetos em gestação múltipla tem sua proibição novamente na viabilidade desses seres. Igualmente, os embriões, mesmo *in vitro*, têm assegurados sua existência, não sendo passíveis de experimentos. Tal fato é atestável pelo art. 5º da Lei de Biossegurança<sup>193</sup> ao conceder permissão, para fins de pesquisa e terapia, os embriões inviáveis desde o princípio e os congelados há mais de 3 anos, que, como já exposto, são inviáveis *de facto* pelo longo tempo de congelamento.

Ademais, a criogenia do embrião é o método para sua preservação, não podendo acusá-lo de violador de sua dignidade.

Esse princípio constitucional é novamente assegurado através da doação dos gametas em certos casos de fertilização assistida. É defesa os atos de caráter lucrativo ou comercial<sup>194</sup>.

Igualmente, os ovócitos somente poderão ser fecundados com o fito da reprodução<sup>195</sup>. Deve-se ponderar que essa norma veda, no ordenamento brasileiro,

---

<sup>191</sup> I, 8. Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

<sup>192</sup> I, 8. Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

<sup>193</sup> 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.

<sup>194</sup> IV, 1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

a produção de experimentos para a criação de quimeras ou híbridos, como a legislação canadense<sup>196</sup>.

Quanto à eugenia, necessário dividi-la em duas hipóteses: a eugenia positiva e a negativa. A primeira possui a conotação classificatória de purificar, aperfeiçoar a raça; sendo, logicamente, absolutamente proibida pelo ordenamento. Por sua vez, a negativa é a neoeugenia ou o direito de nascer saudável, sendo adequado em sua fase de pré-implantação<sup>197</sup>.

Caso fosse implantado – tornando-se um feto, o sistema jurídico pátrio não permitiria o procedimento de aborto, exceto se for feto anencéfalo conforme entendimento jurisprudencial.

---

<sup>195</sup> I, 6. É proibida a fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

<sup>196</sup> PONTES, Estevão Gutierrez Brandão. Células-tronco, bebês de proveta e a lei: onde há vida: uma análise legal, jurisprudencial e científica parapsicológica. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2011. p. 168

<sup>197</sup> CARDI, op. cit., p. 156

## 6 CONCLUSÃO

1. Como já asseverado, o Direito Positivado não se mostra capaz de acompanhar o progresso tecno-científico do novo milênio e as novas realidades produzidas.

2. Por tal razão, o presente trabalho analisou a natureza do embrião *in vitro*, contrapondo-o ao nascituro; e os direitos inerentes ao seu ser.

3. Em relação ao primeiro questionamento, constatou-se que o nascituro é resguardado pelo sistema jurídico em virtude de ser uma pessoa em potencial, uma vez que, consoante a corrente da potencialidade do início da vida, o ser humano não é um do todo contínuo em sua existência, percorrendo diversas fases, cada uma como uma proteção jurídica peculiar.

4. Ou seja, o *infans conceptus* apresenta uma aptidão para desenvolver-se após o parto, alcançando o nascimento.

5. A importância dessa aptidão realça-se em julgados do Supremo Tribunal Federal como o dos fetos anencéfalos no qual se tornou latente a disparidade de tratamento em relação a proteção à vida conforme a probabilidade de sobrevivência ao parto.

6. Nesse trabalho de conclusão de curso, adotou-se, como nomenclatura a essa aptidão, o termo viabilidade. Assim sendo, o traço diferenciador entre o embrião *in vitro* e o *in utero* seria a viabilidade, existente somente no último.

7. Isto é, a imprescindibilidade de encontrar-se no ventre materno para o regular desenvolvimento é impeditiva para o embrião não implantado ser equiparado em deveres e garantias do nascituro. Desse modo, esse recebe especial proteção, vez que, por um aspecto temporal, é, juridicamente, uma pessoa em potencial.

8. Por sua vez, o embrião excedentário ao permanecer congelado torna-se cada vez mais inviável à fecundação, sendo que, após 3 anos, a capacidade de desenvolvimento intracorpóreo é ínfima.

9. Entretanto, deve-se sinalizar que a viabilidade não se cinge a questões meramente biológicas, e sim adentra à seara jurídica.

10. Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, incidentalmente no julgamento da ADI 3510, posicionou-se pelo entendimento que o embrião *in vitro*, a pessoa física e o feto são seres distintos para o Direito, segundo um tratamento individualizado.

11. Ressalta-se, contudo, que a mais alta corte do país expôs que a viabilidade biológica é um fator primordial da diferenciação, suscitando, porém, outros argumentos como o tratamento penal distinto e o caráter biográfico-individualizado do ser humano.

12. Todavia a presente obra aferiu que a inaptidão ao desenvolvimento é um parâmetro que, *de per si*, afasta a igualdade de tratamento.

13. Pois bem, após o primeiro questionamento, coube a analisar que, não sendo uma pessoa em potencial, o embrião possuiria direitos inerentes ao seu ser ou não.

14. Para esse indagamento, foi levantado dois fatos: o embrião é geneticamente um ser humano, e o princípio da dignidade da pessoa humana é transcendente.

15. Quanto à origem biológica, foi necessário asseverar que o embrião, ao não ser sujeito de direito, não é razão de igualá-lo a um bem, a uma *res*. Tem de se atentar que, em vista de sua filiação natural, é um ser humano com todas as garantias de sua mera existência.

16. Igualmente, e fundamentado o ponto anterior, o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme entendimento da corte constitucional nacional, sempre deverá ser aplicado segundo uma máxima abrangência, além de sua transcendência para todos os seres humanos.

17. Em razão da incidência dessa norma principiológica, apresenta-se latente que o embrião excedentário (in)viável para a reprodução recebe um tratamento que garanta a sua existência e o pleno exercício de sua dignidade.

18. Ademais, ressaltou-se que, por tratar-se de direitos fundamentais, as normas não têm de ser, obrigatoriamente, positivadas e sendo de aplicabilidade imediata em razão da máxima proteção assegurada à pessoa humana.

19. Porém, ao final, demonstrou-se que, por via infraconstitucional, o Conselho Federal de Medicina já reconheceu e regulamentou certas garantias.

20. Destarte, o embrião *in vitro* não se confunde com a natureza do nascituro, mas possui assegurados, de modo diverso, direitos, inclusive o à vida.

## REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. *Bioética*, Brasília, v.9, n.2, p.15-24, jul./dez. 2001.

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.

ALMEIDA, Silmara A. J. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. O nascituro no código civil e no direito constituído do Brasil In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Direito do nascituro a alimentos uma contribuição do direito romano. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v.7, n.13, p.107-121, jul./dez. 1992.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. *A Delimitação Dogmática do Conceito de Homem como sujeito de Direito no Regramento Jurídico Brasileiro*. 2009. 191 f. Tese (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9263/1/ANA%20THEREZA%20MEIRELES%20ARA%C3%9AJ%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 out.. 2018.

\_\_\_\_\_. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n.16 , p.151-176, jan./jun. 2008.

AULETE Digital. [S.l.]: Lexigon Editora Digital, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/vida>>. Acesso em: 15 out. 2018.

AULETE Digital. [S.l.]: Lexigon Editora Digital, [S.D.]. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/vitalidade>>. Acesso em: 15 out. 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editoras, 2005.

BARBOSA, Mário de Figueiredo. Natureza jurídica do embrião. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador , v.8, n.13 , p.77-82, jan./dez. 2005.

BELTRÃO, Silvio Homero. *Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário*. 2010. 244 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, p. 27. Disponível em:



<[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402_1.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2018.

BEVILACQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v.1. Disponível em: <<http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/03clovis/C%C3%B3digo%20Comentado%20%20vol%20I.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 15 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Rel. Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADIN 3510. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acessado em: 15 out. 2018

CAMARGO, Lucas Couceiro Ferreira de. Responsabilidade civil do doador de material genético na inseminação artificial heteróloga. *Revista Jurídica*, Campinas, v.23, n.2, p.15-22, 2007.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista (Cib). Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da

vida. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, BA, v. 8, n. 12, jan./abr. 2013, p. 147-168.

CARDOSO, Marina Pacheco. A adoção do nascituro sob a égide do Código civil de 2002. *Direito & Justiça: revista da faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, v. 35, n. 1, jan./jun. 2009

CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 30 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. rev. atual., e ampl. Salvador: Jvspodivm, 2012.

DANIEL, Eduardo Carestiato. A eminente condição jurídica do nascituro. *Cadernos da Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, RJ, n. 5, jan. 1998

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Geraldo; FONTES, José Américo Silva (Ed.). *O Nascituro: visão interdisciplinar*. São Paulo, SP: Atheneu, 2009.

DUTRA, Silvio. Reprodução assistida: determinação da filiação e abortamento. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, SP, n. 19, dez. 2013, p. 240-256.

FARIA, Ernesto et al. *Dicionário Escolar Latino-Português*. [S.l.: s.n.], 1962. 63 p. Disponível em: <[https://archive.org/details/Dicionario\\_EscolarLatinoPortuguesDoMecPorErnestoFaria1962/page/n1](https://archive.org/details/Dicionario_EscolarLatinoPortuguesDoMecPorErnestoFaria1962/page/n1)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil, v. 1: parte geral*. 10. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil, v. 6: famílias*. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 6 : Direito de família: As famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARTHALER, Heirich. *O direito à vida na medicina*. Tradução do original alemão de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

HOGEMANN, Edna Raquel. O status moral do embrião humano e a alteridade como critério fundamental no diálogo bioético. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador (BA), n. 18 , p.185-211,, jan. 2009.

*Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico* Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v.1, n.1 , p.31-52, 1997.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MADEIRA, Hécio Maciel França. Nascituro e utilidade pública no direito romano. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v.3, n.3, 1997.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita; RODRIGUES, Dárcio R. M.; MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Comentários ao código civil brasileiro: estudo comparativo e tradução das suas fontes romanas. Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2014.

MATTIOLI, Vitaliano. I dirittodel nascituro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 94, p. 07-50, jul./dez., 2006.

MORI, Maurizio. *Fecundação assistida e liberdade de procriação*. Bioética, Brasília, v.9, n.2, p.57-70, jul./dez. 2001.

MOYSÉS, Helena Carvalho. O direito à concepção derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de ser feliz. *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MG, n. 18, jan. 2012, p. 246-254.

NADER, Paulo, *Curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da personalidade jurídica do nascituro uma discussão sobre ontologias jurídicas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte , v.9, n.17 , p.23-32, jan./jun. 2006.

OLIVEIRA, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa (Clb). Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v. 22, n. 1, jan. 2014, p. 66-75.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, v.7, n.10, p.249-264, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: v. I. Atual*. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES, Estevão Gutierrez Brandão. *Células-tronco, bebês de proveta e a lei: onde há vida: uma análise legal, jurisprudencial e científica parapsicológica*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica e Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. atual e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2000.

SILVA, Fausto Bawden de Castro. A presunção de paternidade na inseminação artificial heteróloga. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, MG, v. 14, n. 19, maio 2014, p. 03-15.

SPESSATTO, Jocilene. Aspectos da bioética e do biodireito diante das técnicas de reprodução assistida. *Espaço Jurídico*, Joaçaba- Sc, v. 4, n. 7/8, jan. 2003, p. 30-48.

SWENSSON, Walter Cruz; SWENSSON NETO, Renato; LONGATO, Matheus Swensson (Clb.). Fecundação, embrião, nascituro: conceito, direitos. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, RJ, n. 48, jan. 2017.

Site consultado:

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html> Acessado em: 01 de out. de 2018