



Escola de Magistratura do Rio de Janeiro

Os direitos da criança na fecundação heteróloga, originada por material de pesquisa ou contrário à vontade do doador.

Alexandre dos Santos Soares

Rio de janeiro

2011

ALEXANDRE DOS SANTOS SOARES

OS DIREITOS DA CRIANÇA NA FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA, ORIGINADA  
POR MATERIAL DE PESQUISA OU CONTRÁRIO À VONTADE DO DOADOR.

Artigo científico apresentado à  
Escola de Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro, como exigência para  
obtenção do título de Pós-  
graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>ª</sup>. Katia Silva

Prof<sup>ª</sup>. Mônica Areal

Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de janeiro  
2011

## **DIREITOS DA CRIANÇA NA FECUNDAÇÃO HETERÓLOGA, ORIGINADA POR MATERIAL DE PESQUISA OU CONTRÁRIO A VONTADE DO DOADOR.**

**Alexandre dos Santos Soares**

Graduado pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Pós graduado em Direito do Consumidor pela UNESA – EMERJ.

**Resumo:** O futuro do seres humanos ainda é incerto, mas o avanço da ciência genética com células desenvolvidas *in vitro* mais do que tudo possibilita ao homem a procriação. Consequência interligada a natureza metafísica. Com os avanços tecnológicos, a realidade que a alguns assusta diante do progresso da sociedade, mais precisamente os desvios de conduta humana, nem sempre acompanha tais avanços. Direitos da personalidade que não podem ser coibidos, mesmo com as recentes descobertas. Assim, o presente trabalho abordará sobre o alerta para as consequências jurídicas da ação delituosa no aproveitamento de material genético doado destinado à pesquisa ou contra a vontade do doador. Furto de material e posteriormente fecundado.

**Palavras-chaves:** Fecundação heteróloga. Direito fundamental da criança. Material furtado.

**Sumário:** Introdução. 1. Fecundação homologa e heteróloga no Código de Direito Civil. Direito fundamental da criança, ECA, Constituição de 88. 2. Repercussão no mundo jurídico do furto de material genético ou desviado, responsabilidade do laboratório. 3. Direito do Pai doador, responsabilidade patrimonial do doador. Herança do doador. Direito de herança da criança nascida por meio de material furtado. 4. Jurisprudência. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Analisando por uma ótica exclusivamente jurídica, alguns têm entendido que procriar é um direito. O recente avanço da tecnologia de fecundação *in vitro* proporciona grandes benefícios à humanidade, mas traz em seu bojo parcela de apreensão, se de um lado praticamente permitem o controle da vida, desde sua concepção, conservação, correção e fim, de outro é frágil frente aos graves desvios de conduta em sociedade.

Na busca de ampliar a segurança e proteção da vida, o homem ao longo dos anos desenvolve normas com primazia à convivência pacífica e harmônica, dispondo regras escritas e codificando o regular comportamento humano, a saber:

1. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, além do direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, disciplina-se o direito a uma família, nos artigos, 16 e 25<sup>1</sup>:

2. A Constituição de 1988, o direito à procriação extrai-se das normas de inviolabilidade do direito à vida (*caput* do art. 5º); do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218); da liberdade de credo religioso (inciso VI do art. 5º) e ainda do livre planejamento familiar (§7º do art. 226).

A família surge com o nascimento do filho. Embora seja conceito tradicional, a própria constituição federal prevê expressamente que também se considera entidade familiar a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes"<sup>2</sup>, possível perceber a importância que a sociedade dá à filiação.

A modernização das técnicas de reprodução assistida tem atingido o secular conceito de base na formação de uma sociedade, propiciando a gênese de entidades familiares

---

<sup>1</sup>Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 21 ago. 2011.

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>> , artigo 226,§ 4º. Acesso em: 20 set. 2011.

monoparentais, formada por indivíduos com opção sexual própria e individualidades bem definidas.

Não há dúvida quanto à carência de normas nesse novo contexto social. Nos casos em que se apresenta tal discussão, tem-se apenas como formador de ideias a bioética, gerada em matriz puramente conceitual, de caráter profissional técnico que busca atingir metas de comportamento mais adequado ao exercício da comunidade médica; portanto, não autoriza todas as soluções decorrente da implementação da nova ordem biogenética.

Não obstante a diretriz constitucional, hoje não existe lei que determine à sanção equivalente à violação daquela regra, isto decorre da previsão do ordenamento jurídico pátrio em que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Nesse ponto urge que o direito se debruce a essas inovadoras práticas, podendo nutrir-se dos fundamentos da bioética, mas proficiente interagir com outros setores da sociedade, mantendo o norte bem definido em privilégio à base moral e a uma ética social que preceitue a igualdade de direitos e garantia pelo Estado das conquistas inscritas na Carta Constitucional.

É com essas premissas que o presente trabalho abordará alguns dos polêmicos conflitos que surgem com as práticas de procriação assistida, voltados na garantia de direitos daquele nascido com vida, assegurando todas as informações concernentes à cidadania e humanidade, pondo a salvo os concebidos até seu reconhecimento na esfera jurídica. No entanto, a forma do artigo apenas permitirá provocação a um pensamento jurídico-filosófico, desencadeando novo desenvolvimento científico que vise a delinear o assunto.

Diante desse contexto, as pesquisas da biogenética precisam encontrar limites, a fim de resguardar os direitos fundamentais do homem, e tal regulação prescinde de um comando, já que a legislação ainda não contempla precisamente acerca do tema. O desafio nasce na abordagem universal que deve decodificar a matéria, tornando-a elemento ativo na construção dessa nova sociedade e sintetizar as notáveis descobertas da ciência sem prescindir o homem

do contexto que se amolda, silenciosamente, a esse novel *modus vivendi*. Ocorrências ainda não imaginadas devem nortear a pesquisa das vicissitudes que atormentam a humanidade e dela jamais se divorciarão.

## 1. A JURIDICIDADE DO TEMA

Atualmente, a única norma existente sobre reprodução humana assistida é a Resolução 1.358/1992<sup>3</sup> do Conselho Federal de Medicina. Retrata, na verdade, normas éticas, dispositivo deontológico destinado aos médicos que lidam com a reprodução humana assistida. Ao estabelecer regras de comportamento aos envolvidos nesses métodos de procriação *in vitro*, deixa de observar princípios legais e constitucionais, o que se contrapõe à proteção dos direitos naturais dos envolvidos.

Uma das regras da Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que impõe certa acuidade é a que prevê em seu Capítulo VII que as "doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau"<sup>4</sup> e estabelece ainda que a "doação temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial"<sup>5</sup>. Situação que foi retratada pela dramaturgia nacional, realçando as inextricáveis controvérsias e implicações jurídicas, sociais, morais e psicológicas, donde conclui-se que a "barriga de aluguel" e o conhecimento pelo doador sobre o destino do material genético por ele doado não corresponde à melhor nem a forma lícita de procriação artificial.

---

<sup>3</sup>BRASIL. Resolução Normativa 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina "*Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida*". "V - Criopreservação de Gametas ou Pré-Embriões 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões. 2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, **não podendo ser descartado ou destruído**." Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em 20 set. 2011.

<sup>4</sup>BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº1.358/92, Capítulo VII, 1.

<sup>5</sup>BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº1.358/92, Capítulo VII, 2

De fato, a bioética, na berlinda desses conceitos antagônicos, firmou-se capaz de nortear a experimentação genética em seres humanos. Nesse campo, impende destacar o Relatório Belmont<sup>6</sup>, publicado em 1978, o qual esculpiu os três princípios fundamentais da bioética, firmando-os como diretrizes éticas às pesquisas científicas em seres humanos. princípio da autonomia – correlacionado com o conceito da dignidade humana, ensejando duas convicções éticas: os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos e as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas; princípio da beneficência – refere-se à conduta do profissional médico, condicionando-o a agir sempre em favor do paciente, maximizando o bem e minimizando o mal; e princípio da justiça – garantia de distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços da saúde<sup>7</sup>.

No tocante ao sistema legal Brasileiro, não há regulação específica, espalhando-se nas convenções infralegais e princípios gerais de direito. Hoje Existem projetos de lei que se propõe a dissecar o tema; no entanto, parte deles somente repete aquelas diretrizes traçadas pela Resolução 1.358/92, projeto de Lei nº. 3.638/93 do deputado Luiz Moreira e projeto de Lei nº. 2.855/97 do deputado Confúcio Moura. Em nada inovando quando ao aprofundamento legal da matéria. Com maior relevo destaca-se o projeto de lei 90 de 1999, senador Lúcio Alcântara, que dispõe sobre a reprodução assistida, (em tramitação no Congresso Nacional).

A carência total de uma legislação específica permite que a reprodução humana artificial seja livremente praticada sem efetivo controle governamental ou balizada por normas de proteção a Direitos constitucionalmente protegidos, impondo a cada profissional da saúde envolvido (médicos, clínicas) um exacerbado senso ético e profissional, mas das vezes com vista a afastar de seus procedimentos lides judiciais.

---

<sup>6</sup> Em 1978, a comissão apresentou relatório dos trabalhos realizados e que foi intitulado: *Relatório Belmont: Princípios Éticos e Diretrizes para a Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas*. O relatório estabeleceu os princípios éticos fundamentais para direcionar condutas consideradas aceitáveis em pesquisas que envolvessem participantes humanos. Estes princípios – respeito pelas pessoas, beneficência e justiça – têm sido aceitos desde então como os 3 princípios fundamentais para nortear o desenvolvimento de pesquisas éticas envolvendo participantes humanos. Disponível em <<http://www.stf.fhi.org/sp/RH/>>. Acesso em: 20 set 2011.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-16.

## 1.1. A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 1916 traçava distinção entre filhos legítimos e ilegítimos (artigos 331 à 367), hoje, a atual Lei Civil repete literalmente o art. 227, §6º, da Constituição Federal, que afasta definitivamente a desigualdade outrora estabelecida entre filhos e filhos adotivos, abolindo em seu art. 1.596 a expressão filho legítimo. Avanço que retrata desenvolvimento social sofrido nas últimas décadas, extirpando de vez o tratamento discriminatório de cidadão de 2ª classe.

Ainda no Código Civil de 1916, em seu art. 338, expunha regra de presunção a concepção de filhos nascidos 180 dias do início da convivência conjugal, e em seus incisos I e II, aqueles nascidos 300 dias subsequentes a dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação. O Novo Código Civil de 2002, em seu art.1.597<sup>8</sup>, além de repetir a a norma, acrescenta mais três hipóteses na aplicação de tal presunção de paternidade/maternidade. Todavia, O legislador na busca de adequar a norma frente aos avanços científicos, cria lacuna legislativa sem decifrar as incontáveis variantes das novas técnicas de reprodução assistida, sem expressamente autorizar ou regular o tema. Sob esse novo aspecto Silvio de Salvo Venosa<sup>9</sup> assim discorre:

[...] advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.

---

<sup>8</sup>BRASIL. Código Civil 2002. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: **I** - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; **II** - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; **III** - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; **IV** - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; **V** - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>9</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2005. p. 256.

Nesse momento surge as controvérsias do mundo real, destaca-se os efeitos pessoais da reprodução heteróloga: a possibilidade ou não da pessoas concebida conhecer sua identidade genética.

Em 1953, com a descoberta do DNA (ácido desoxirribonucléico), mudaram os rumos dos estudos jurídicos sobre o Direito de família, surge opção à tradicional presunção de paternidade, sem deixar de existir, mas perde a força na medida em que as descobertas da biotecnologia possibilitam apontar, com um nível quase absoluto de certeza, o progenitor de cada indivíduo<sup>10</sup>. No campo da investigação de paternidade, a lei não traz mais nenhuma restrição, sendo pleno o exercício da liberdade introduzida pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90<sup>11</sup>, ou seja, o direito de investigar e ter a maternidade declarada poderá ser exercido por qualquer filho, ou pessoa que se considere ligada geneticamente a outra.

Firma-se então o critério biológico de reconhecimento da filiação, nas palavras de Silvio de Salvo Venosa<sup>12</sup>, diferentemente do critério jurídico, “A distinção entre filiação legítima e ilegítima possui modernamente compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória”. Com o novo Código Civil ocorre o chamado “a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo de filiação”. Assim, a Lei Civil restaura, estabiliza e afirma, sem vacilações, a filiação pode ser resultado de fontes plurais e não mais, exclusivamente biológica, como restringia o código de 1916.

Hoje, a filiação é reconhecida por laços sanguíneos (parentesco natural), da adoção, ou eleição (parentesco civil), mais atualmente, da pura afeição (parentesco resultante dos

---

<sup>10</sup> BRASIL. STJ. SÚMULA 301. - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.. Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. Disponível em: <<http://.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 set. 2011.

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2002; p. 260.

laços de afeto com reconhecimentos recíproco de direitos e obrigações ou resultado das procriações artificiais).

## 1.2 OS DIREITOS ENVOLVIDOS EM CONTRAPONTO

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, em seu Capítulo IV<sup>13</sup> veda o acesso aos dados do doador ao receptor e vice-versa, sendo obrigatório o sigilo que diga respeito à identidade dos doadores dos gametas e pré-embriões. Somente em casos excepcionais apenas o médico poderá conhecer dados dos doadores e receptores, mantido o sigilo quanto à identidade civil.

Com tais premissas, o Conselho obedece à diretriz da Carta Constitucional, insculpida em seu art. 5º, inciso X, resguardando a intimidade das pessoas envolvidas na técnica de reprodução assistida. O sigilo, justificado pelos desdobramentos infáveis que podem advir da veiculação de informações sobre a pessoa doadora, não autoriza, entretanto, que os direitos do concebido possam ser afastados, gerando um conflito normativo apriorístico e indesejável. Na esteira da discussão, têm prevalência os direitos garantidos pela norma constitucional que devem nortear o legislador no encontro de interesses aparentemente antagônicos. Assim, discorre Guilherme Calmom Nogueira da Gama<sup>14</sup>:

[...] o anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra

---

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., - IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES.

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial. 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

<sup>14</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 803.

possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

Embora no primeiro momento a Resolução 1.358/92 atenda àquele comando constitucional, é flagrante a violação de direitos constitucionais, atingindo o que intencionava proteger, a dignidade da pessoa humana. O autor Belmiro Pedro Welter<sup>15</sup> é veemente na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Sendo revelado o desejo de conhecer a historicidade de sua concepção e nascimento, é garantido ao indivíduo acesso a informações pertinentes, que soi conseguir na fase posterior à infância.

A questão é controvertida, envolve direitos encartados na Constituição da República e a preservação do anonimato, basilados no direito à intimidade e privacidade da pessoa. Se, de um lado, manter inviolável a identidade genética à pessoa nascida pela nova técnica transgride direito fundamental da pessoa humana, de outro a veiculação de informações, enquanto garantido ao doador segredo sobre sua identidade, igualmente afronta direitos a intimidade e privacidade, sucedâneos da personalidade e dignidade da pessoa humana.

### **1.3 RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO PELA VIA ARTIFICIAL DE FECUNDAÇÃO**

No mesmo instante em que a Constituição Federal atende ao chamado de toda a sociedade a reconhecer a evolução social (artigos 226 e 227), e mais recentemente com entrada em vigor do Novo Código Civil, abolindo distinções que impunham deveres, mas restringiam direitos, o estado de filiação também desata-se do conceito de origem biológica e de seu consectário, para adotar extensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra

---

<sup>15</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 231. "(...) não importa se a reprodução é natural ou medicamente assistida. Em qualquer caso, os filhos e os pais possuem o direito de investigar e, até mesmo, negar a paternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e dignidade da pessoa humana. Em caso de interesse do filho o anonimato deveria ser desocultado, uma vez que não participou do acordo entre os doadores e os receptores".

origem, seja filiação biológica, seja filiação não biológica. Ao se deparar com tal avanço, pode-se concluir que o estado de filiação de cada pessoa humana é particular e de natureza eminentemente socioafetiva, aquele desenvolvido na convivência familiar, derivado biologicamente dos pais, maioria dos casos, ou não. Em concreta realidade da vida, a Constituição Federal e o art. 1.596 do Código Civil estabelecem o estado de filiação sem qualquer exigência predicada, sem predileção.

Nesse campo, o Código Civil, em seu art. 1.597, acolhe três hipóteses de paternidade ligadas a métodos científicos de procriação: a fecundação artificial homóloga, a fecundação homóloga excendentária e a fecundação heteróloga.

A primeira, inciso III, determina presumirem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga (material genético do casal), mesmo que falecido o marido.

A segunda, inciso IV, estendeu a mesma presunção àqueles havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excendentários (aquele que é fecundado fora do corpo, *in vitro*, e não é introduzido prontamente sendo armazenado por técnicas especiais), decorrentes de concepção artificial homóloga.

Por último, inciso V, serão considerados presumivelmente filhos, os nascidos em decorrência de inseminação artificial heteróloga (material genético exógeno ou estranho a apenas um), desde que tenha ocorrido prévia autorização do marido, sendo neste ponto que se desdobra o presente trabalho, cerne da controvertida hipótese de consentimento nulo ou parcial.

Maria Helena Diniz<sup>16</sup>, em comentário ao inciso V do art. 1.597 do Código Civil de 2002, o qual estabelece a presunção de paternidade do marido quanto aos filhos havidos por

---

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.090.

inseminação artificial heteróloga, eleva o consentimento a elemento de fixação da paternidade socioafetiva. Assim, distingue a autora:

Tal presunção visa tão-somente, baseada na doutrina dos atos próprios de Díez-Picazo, fundada no princípio da boa-fé e da lealdade de comportamento, instaurar a vontade procracional do marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao consentir na inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, nessa última hipótese, apesar de não ter fundamento genético, terá o moral, privilegiando-se a relação socioafetiva.

Esse consentimento, no entendimento de Maria Helena Diniz, é de tamanha e fundamental importância na medida em que irá estabelecer o vínculo de paternidade entre o marido (ou companheiro) e a criança, em detrimento do doador do material genético.

Nesse contexto, é assaz relevante pontuar os direitos em espécie envolvidos no conflito entre os direitos decorrentes da filiação do nascido através de técnicas heterólogas quando não há consentimento, ou resulta de material genético armazenado desviado e os deveres do doador do mesmo material.

Discorre Eduardo de Oliveira Leite<sup>17</sup>, pontua com especificidade pragmática:

Se o marido não concordou com a inseminação abre-se-lhe a via da negatória da paternidade. [...] se houve consentimento do marido não há mais que se cogitar da possibilidade de tal ação. A anuência do mesmo é prova irrefutável que deseja o filho e, portanto, não mais milita a seu favor tal recurso. A admissão desta ação corresponderia a uma superfetação e incoerência criticáveis no mundo jurídico. [...] Se o marido da mulher inseminada consentiu, criou "ipso facto" e "ipso juris" status de filho à criança oriunda daquele recurso médico.

Não é outro o entendimento que resulta da I Jornada de Direito Civil<sup>18</sup>, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, dos

---

<sup>17</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 370-371

<sup>18</sup>BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 20 out. 2011

quais Maria Helena Diniz<sup>19</sup> destaca alguns Enunciados. Assim, na doutrina de vanguarda a filiação se consolida com a relação socioafetiva, ultrapassando-se a concepção clássica romana de família, tendo como primazia o vínculo do afeto e amor existente entre pais e filhos, elevando ao grau de igualdade àquelas ligadas por uma identidade sanguíneo-genética.

Na carta política do Brasil, base do sistema jurídico, garante o direito à vida, art. 5º, *caput*<sup>20</sup>, bem jurídico fundamental básico desde a concepção, daí decorre sua inarredável natureza de absoluto, não podendo ser atingido por legislação que explícita ou implicitamente vier contrapor a esse direito a vida.

Daí decorre que tais avanços devem se submeter a paradigmas de respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito é um dos vértices do ordenamento jurídico Mundial. Gustavo Tepedino<sup>21</sup> quando cita Orlando Gomes, assim discorre:

“segundo o mestre Baiano, os direitos da personalidade recaem em manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária sua incolumidade ao desenvolvimento físico e normal de todo homem”

Segundo Maria Helena Diniz<sup>22</sup>, Reconhecer que a dignidade humana constitui fundamento e fim da sociedade e do Estado, tais valores devem prevalecer sobre qualquer avanço tecnológico.

---

<sup>19</sup>DINIZ, op. cit. no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento (Enunciado n. 104); (sic) b) "as expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial' constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida" (sic) (Enunciado n. 105); [...]

<sup>20</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º.

<sup>21</sup> GOMES, Orlando, apud TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p.32

<sup>22</sup>DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 15-16.

Nessa linha, argumenta Antonio Junqueira de Azevedo<sup>23</sup>, “o princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade”. Toda lei deve convergir para proteção do homem, na concepção mais pura de sua existência. A moral, a dignidade não podem passar ao largo das inovações e suas fórmulas de disseminar o rompimento de fronteira até então bem apostas a existência humana. Mais importante que discutir a natureza do embrião é o quanto antes definir uma norma de conduta à luz da dignidade da pessoa humana.

Mas, como identificar tal proteção ao sujeito de direito, na Era da utilização da técnica de fecundação assistida ou fecundação *in vitro*?

Nas palavras do professor Pedro Aparecido Novelli<sup>24</sup>, “O mérito Kantiano, segundo Hengel, é o de estabelecer a centralidade do sujeito no processo de conhecimento e de tratamento do real. Aponta Hengel, o sujeito é o ponto de partida e também de chegada”. Logo, sujeito de direito não é ficção, investido de poder jurídico está apto a exercer a norma, pretendendo a seu favor a realização dessa norma. Portanto, pessoa não é no sentido metafísico, mas no conceito jurídico-formal. O homem é pessoa enquanto reconhecido sujeito de direitos e obrigações. Com isso, a personalidade significa capacidade jurídica, um produto da ordem jurídica, reconhecido por força do direito objetivo. A pessoa, em sentido jurídico, é todo ser com plena capacidade de gozo de direitos: pessoa e sujeito de direito se confundem. Em princípio, é o nascimento o requisito determinante da personalidade. Conceito que tem predominado no sistema Brasileiro.

---

<sup>23</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: v. 9, jan/mar/2002

<sup>24</sup> NOVELLI, Pedro Aparecido. *A crítica de Hengel ao conceito de lei de Kant*. Revista Eletrônica de Estudos Hegelianos. Disponível em <http://www.hegelbrasil.org/reh9/novelli.pdf>. Acesso em 28 fev. 2012.

Personalidade é um atributo jurídico e tem sua medida na capacidade. Sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres; a personalidade é a qualidade que torna o indivíduo titular de direitos e deveres.

## **2. DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL**

No título II da Constituição Federal estão presentes os direitos e as garantias fundamentais de ser humano, divididos em três gerações trazidas por Norberto Bobbio<sup>25</sup>.

A Primeira Geração diz respeito aos direitos de liberdade, direitos civis e os políticos pela Constituição garantidos, já a Segunda Geração diz respeito aos direitos sociais, os culturais, os econômicos e os direitos coletivos. Estes surgiram com a Revolução Industrial, na luta de classes e o conglomeramento das cidades. A Terceira Geração surgiu devido ao crescimento da humanidade frente à miséria, tecnologia, aquecimento global, guerras e conflitos. É o que chamamos de direitos de fraternidade, que são também conhecidos como Direitos Difusos, aqueles que pertencem a toda a coletividade. Dentre eles, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado ecologicamente, à paz e ao patrimônio comum, entre outros.

Com os experimentos genéticos manietados nos campos de concentração nazista durante a 2ª Grande Guerra Mundial, o direito moderno passa a debruçar atenção à ética com experiências voltadas para genética e métodos médicos e biológicos, visando à humanização do progresso científico. Surge a bioética com a preocupação de estabelecer uma linha de conduta estreita com a proteção da pessoa humana.

Direitos de quarta geração, defendida por Norberto Bobbio<sup>26</sup>, como sendo direitos ligados a engenharia genética, positivados no art. 196 da Carta da República que conceitua a saúde como direitos de todos e dever do Estado, através da aplicação de políticas sociais e

---

<sup>25</sup>Informação trazida pelo Professor Guilherme Pena em aula ministrada no curso extra de Direito Constitucional, organizado pela EMERJ, em 24 setembro de 2011.

<sup>26</sup> Ibid.

econômicas que tenham por objetivo a redução do risco de doença e outros complicadores e o acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Direitos constitucionais cuja aplicação e eficácia dependem muito de seu próprio enunciado. Normas princípio que estabelecem diretrizes à interpretação de fatos da vida, erigindo a categoria de normas constitucionais em toda sua plenitude. Hoje com maior plenitude os avanços proporcionados com técnica do DNA recombinante e a repetição integral do código genético, vedado no ordenamento jurídico brasileiro, Lei 11.105 de 24 de março de 2005.

Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Por essa relatividade, é possível entender quando, diante de conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

## 2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Desse princípio fundamental é possível extrair dois entendimentos: o primeiro prevê um direito individual de cada ser humano, com relação ao próprio Estado ou com relação a outros indivíduos; já o segundo é o próprio direito fundamental dos semelhantes. Nesse arrimo, cabe ao Estado propiciar a garantia e proteção ao ser humano, um bem jurídico basilar (informação verbal)<sup>27</sup>.

Mas como individualizar esses direitos enquanto a concepção do indivíduo decorre de método extracorporal?

O artigo 5º, da Constituição Federal, em seu caput, traz o direito à vida como cláusula pétrea: “art. 5º- todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no ano de 1.798 sua maior força, confirmado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948<sup>28</sup>. Com isso, o ser humano deixou de ser uma coisa, um objeto, como ocorria no início dos tempos, a exemplo da escravidão, passando a ser um indivíduo de direitos e interesses próprios, que agora elevado a cláusula pétrea.

Enquanto princípio fundamental traz ínsita uma concepção dupla, primeiro prevê um direito individual de cada ser humano, aqueles desenvolvidos no decorrer da história da

---

<sup>27</sup>Informação trazida pelo Professor Guilherme Pena em aula ministrada no curso extra de Direito Constitucional, organizado pela EMERJ, em 24 setembro de 2011.

<sup>28</sup>Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:< <http://www.portal.mj.gov.br>>. Acesso em 21 ago. 2011. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

humanidade; direito a vida, a saúde, a liberdade (englobando as suas especificidades), a educação, e mais abrangente, a dignidade da pessoa, alçado a princípio da Constituição Brasileira, art. 1º, III, segundo constitui um vetor para a identificação material dos direitos fundamentais.

Esse princípio apenas estará assegurado quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais, todos estes em relação ao próprio Estado, comportamentos negativos e políticas afirmativas, visando ao enriquecimento dessa construção política, alcançando também em relação a outros indivíduos. Nesse segundo plano, é o próprio direito fundamental dos semelhantes.

Cabe ao Estado propiciar condições ao ser humano, este é um bem jurídico de extrema importância. Não pode ele sofrer banalizações, relativizações que suprimam os direitos coletivos. O ser humano tem um fim em si mesmo, assim sendo é merecedor de proteção por parte do Estado, não podendo ser utilizado como objeto descartável. Com isso o ser humano passou a ser respeitado como pessoa, centro da liberdade, ser único e indivisível.

## **2.2 PESSOA, AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE E A CAPACIDADE JURÍDICA**

Citado por Gustavo de Tepedino<sup>29</sup>, Capelo de Sousa, assim discorre:

“Todavia, os institutos da personalidade e da capacidade jurídicas interpenetram-se, sem se confundirem, com o bem da personalidade humana juridicamente relevante, na medida em que os valores jurídicos que aqueles institutos incorporam são absorvidos também no bem jurídico da personalidade, enquanto objeto da tutela geral referida”.

Sujeito de direito é aquele que é investido de poder jurídico, capaz de exercer o poder da norma, invocando a aplicação a seu próprio favor. Homem deriva de uma construção

---

<sup>29</sup> DE SOUSA, Capelo, apud TEPEDINO, Gustavo, p. 30.

religiosa, um ente que decorre da evolução natural, inerente à condição de existência. Por conseguinte, pessoa e homem não coincidem. Pessoa não é o indivíduo racional e consciente e que tem vontade, mas simplesmente o *subiectum iuris*<sup>30</sup>, uma ficção jurídica. Pessoa é um conceito puramente jurídico-formal, que não implica qualquer condição de corporalidade ou espiritualidade ao investido. O homem é pessoa na medida em que é reconhecido sujeito de direitos e obrigações. A aquisição de personalidade, por isso, passa a confundir com capacidade jurídica, constitui um produto da ordem jurídica e por ela protegida.

O homem, não por natureza, mas por força do reconhecimento do direito objetivo é pessoa. Não se tem um direito inato e primordial à personalidade antes de se tornar pessoa. A história demonstra a existência de homens, aos quais se negava a qualidade de sujeito de direitos, como os escravos, ou os condenados criminalmente (morte civil). Com capacidade jurídica que variava segundo a raça, a religião, o sexo, a pátria, não sendo, portanto, igual para todos os homens.

Hoje, a capacidade do homem é um pressuposto da ordem jurídica e não tem necessidade de expresse reconhecimento. Hoje todos os homens são pessoas. A personalidade é igual para todos e acompanha o indivíduo em qualquer condição e estágio de sua vida.

Assim se apresentam as diferentes teorias que ora afirmam, ora negam, a personalidade do nascituro, demonstrando cabalmente a complexidade da matéria, a saber:

A natalista, que sustenta que a personalidade começa do nascimento com vida.

A da personalidade condicional ou concepcionista imprópria, segundo a qual a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida.

A concepcionista que considera que o início da personalidade se verifica com a concepção.

---

<sup>30</sup> Sujeito de direito.

Mesmo assim, não se pode afastar que o ser humano concebido e desenvolvido no ventre materno goza de tutela jurídica desde a concepção, sendo-lhe atribuída uma personalidade pré-natal, segundo alguns. Mas quanto aos embriões excedentários<sup>31</sup>, que se encontram crioconservados, muitos sem qualquer perspectiva de virem a ser transferidos?

Assim dispõe a Lei 11.105/05 a respeito do tema: art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O Código Civil de 1916, ao tratar do assunto dava margem à interpretação doutrinária da existência de duas correntes quanto ao início da existência da personalidade humana: uma entende seu começo com o nascimento, reservando para o nascituro uma expectativa de direito; outra remonta à concepção, não adotada pelo código. No entanto, o Código Civil de 16, destacava situações em que o nascituro apresentava-se como pessoa: artigos 359 (legitimação do filho apenas concebido), 363, parágrafo único (reconhecimento do filho, anterior ao nascimento), 468 (curatela do nascituro) e 1.718 (a pessoa já concebida,

---

<sup>31</sup>BRASIL. Lei 11.105/05, de 24 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 set. 2011.

embora ainda não nascida, tem capacidade para adquirir por testamento). Porquanto, era possível concluir pelo reconhecimento da personalidade do nascituro.

Para o Código de 1916, a personalidade começa com o nascimento, basta que a criança dê sinais inequívocos de vida para ter adquirido a capacidade civil.

O novo Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002<sup>32</sup>, dispõe que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º), repetindo no artigo 2º a redação do artigo 4º, do Código Civil de 1916: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

A partir da Constituição da República de 1988, com a constitucionalização do direito civil, o ser humano é elevado a objetivo fim de todo o ordenamento jurídico, afastando definitivamente o pensamento patrimonialista na construção de conceitos. O Doutrinador Gustavo Tepedino<sup>33</sup> enfatiza que qualquer lei, ainda que entrelaçada aos ditames constitucionais específicos para certas matérias (o autor traz o exemplo da norma sobre transplantes) apresentasse em descompasso com a Constituição, quando se afasta da intenção do constituinte em proteger a personalidade e à dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, esta lei padeceria do vício da inconstitucionalidade.

A par de tais ensinamentos, mais recentemente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em julgamento da ADI 3510/DF<sup>34</sup>, traçou de forma concisa a dicotomia e colocou, por assim dizer, um marco conceitual sobre o tema:

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

<sup>32</sup> BRASIL. Código Civil, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar.. 2008, p. 54.

<sup>34</sup> BRASIL. STF. ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL [../jurisprudencia/ ADI3510 / DF - DI](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/adi3510/DF-DI) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. AYRES BRITTO Julgamento: 29/05/2008- Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 20 ago.2011

jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque 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, 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.

## 2.2 PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nesse passo, até à Lei 11.105/05<sup>35</sup> inexistia no direito brasileiro disciplina sobre embrião humano, na medida em que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916, quanto o Código Civil de 2002, contêm dispositivos que parecem aplicáveis apenas ao nascituro, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero de uma mulher.

A toda evidência, a compreensão e alcance do princípio da dignidade humana é matéria mui extensa e complexa que ultrapassa os estreitos limites da formatação deste trabalho. Os excertos, respeitosamente compilados, dirigem a uma possível posição sobre o

---

<sup>35</sup> BRASIL. Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os art. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

problema do embrião humano, na medida em que, evidencia o tema norteador: a absoluta atenção ao princípio da dignidade humana.

A Lei da Biossegurança, Lei n. 11.105/2005, ao determinar para que o uso de embriões pesquisa esteja liberado, o faz com limites claros, só poderão ser utilizados os que estiverem congelados há mais de três anos, condicionado a autorização dos genitores para o uso e de um comitê de ética para a realização do estudo. A lei proíbe expressamente a comercialização de embriões, a engenharia genética e a clonagem.

Tal preocupação já se encontrava presente no Código de Nuremberg (1947)<sup>36</sup>. O Código possui dez princípios básicos e determina as normas do Consentimento informado e da ilegalidade da coerção; regulamenta a experimentação científica; e defende a beneficência como um dos fatores justificáveis sobre os participantes dos experimentos.

No entanto, a de se considerar o progresso humano ao permitir a reinvenção da vida, o aumento de conhecimentos e o alargamento das possibilidades de um bem-estar maior trazem o risco imponderável, com agressão à natureza e a própria espécie humana. Risco sem nenhum tipo de refreamento consistente, gerando a possibilidade de serem violados valores humanos fundamentais.

O legislador brasileiro, até o presente, não se pronunciou sobre a matéria. Contudo, projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional limita a dois o número de embriões que podem ser produzidos *in vitro*, como forma de evitar excedentes, determinando sua transferência a fresco. O projeto expressamente declara não serem dotados de personalidade

---

<sup>36</sup> O Código de Nuremberg é um conjunto de princípios éticos que regem a pesquisa com seres humanos, sendo considerado como uma das consequências dos Processos de Guerra de Nuremberg, ocorridos no fim da Segunda Guerra Mundial. m 9 de dezembro de 1946, fim da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg julgou vinte e três pessoas - vinte das quais, médicos - que foram consideradas criminosas de guerra, pelos brutais experimentos realizados em seres humanos nos campos de concentração nazistas. Foi o 1º dos 12 Processos de Guerra de Nuremberg, sendo esse o Processo contra os médicos, tais como Rudolph Brandt, Waldemar Hoven, e muitos outros. Em 19 de agosto de 1947, ocorreu o veredito, no qual 7 acusados foram condenados à morte, 7 foram absolvidos e os demais foram condenados à prisão; foi elaborado, também, um documento, que ficou conhecido como Código de Nuremberg. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>>. Acesso em 20 out. 2011.

civil e faculta a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

Assim, o projeto de Lei 90/99<sup>37</sup>, de autoria do senador Lúcio Alcântara, apresenta uma "solução" para o caso: matar os embriões. Enquanto o Código Civil que, em seu artigo 4º, diz que "a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro", esse projeto de lei, parece acompanhar o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, os embriões congelados não podem ser considerados nascituros. Diz o projeto: "Art. 9 § 1º Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei."

Segundo o projeto, Já que os embriões não são gente, eles podem ser descartados, doados para terceiros, ou utilizados para pesquisa:

Art. 9 § 4º - O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação *in vitro* será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

Mais ainda: o descarte de embriões será, em certos casos, obrigatório:

Art. 9 § 4º - É obrigatório o descarte de gametas e embriões: I-doados há mais de dois anos; II - sempre que for solicitado pelos doadores;III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado; IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

O projeto 90/99 prevê crime para a má manipulação dos embriões: "Art. 13 - É crime: X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar esses gametas e embriões; Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa".

---

<sup>37</sup> BRASIL. Projeto de Lei Nº 90 de 1999. Autor Senador Lúcio Alcântara, dispõe sobre reprodução assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm)>. Acesso em 20 set. 2011.

Nessa avidez por novas técnicas a ciência ultrapassa limites e atribui ao ser humano um papel meramente de objeto, suprimindo princípio constitucional. Portanto, sem olvidar das carências humanas, o que desafia as pesquisas, descobertas e aperfeiçoamento de técnicas, a ciência não deve esquecer que a elas sujeita-se à ética. Nesse compasso, surge o que chamamos de Bioética, possibilitando a proteção à dignidade humana nas pesquisas científicas. No entanto, regra aplicável apenas dentro do reduto científico.

Recentemente o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução 1.957/2010 (publicada no Diário Oficial da União, de 06 de janeiro de 2010), estabelecendo novos parâmetros éticos para a utilização das técnicas de reprodução assistida (RA). A nova resolução trouxe poucas inovações. Manteve a proibição da sexagem, ou seja, a aplicação da técnica de reprodução assistida para selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, proibiu a fecundação de óvulos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana e continuou a exigir o chamado "consentimento informado" dos pacientes (doadores e receptores), abrangendo os aspectos biológico, jurídico, ético e econômico do procedimento.

Porém a novidade mais comemorada refere-se aos que podem se submeter às técnicas de RA. Enquanto a Resolução anterior (nº 1.358/92) estabelecia que apenas a mulher capaz poderia ser receptora das técnicas de RA, exigindo, ainda, a aprovação do cônjuge ou do companheiro, quando casada ou em união estável, a nova regulamentação do CFM (Conselho Federal de Medicina) diz que todas as pessoas capazes podem ser receptoras das técnicas de RA, o que permitiria, pelo menos sob o aspecto ético, desde que afastado risco grave à saúde do receptor ou do possível descendente.

A alteração mais relevante para o direito refere-se ao destino dos embriões excenditários. A Resolução anterior determinava que o excedente seria criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. A nova regulamentação, ao contrário, permite o descarte

de embriões, estabelecendo que do número total de embriões produzidos em laboratório, somente os excedentes viáveis seriam criopreservados. Questiona-se, contudo, se poderia o CFM haver admitido expressamente o descarte de embriões, em possível afronta ao art. 5º da Carta Magna. Ou o direito à vida não tutelaria também o embrião? Não são poucos os juristas que entendem que se a proteção constitucional do direito à vida refere-se ao ser humano, também o embrião estaria incluído na sua proteção jurídica, porquanto é ser e é humano.

Nesse aspecto, a ADI 3510/DF, no voto do Ministro Celso de Mello, traça a diretriz para acolher as orientações do CFM, entre outros pontos, sustenta que o descarte se dá para proteção de postulados da paternidade responsável e exercício da autonomia da vontade.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto. (Ministro Celso de Mello).

E continua o eminente jurista, Ministro Joaquim Barbosa, destacando ser um corolário do direito à vida guarnecido pela Constituição da República, mas para se reconhecer ao embrião "*in vitro*" direito à vida, necessário seria reconhecer-lhe direito a um útero, o que a Constituição não autoriza.

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. (...)A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do

primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. *Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.* (grifo nosso).

Finalmente, o CFM tratou da reprodução assistida post mortem, permitida desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado.

São questões, como se vê, extremamente polêmicas, para as quais nem o Direito nem a ciência possuem as respostas adequadas. Não podem, por isso, ter a seu regramento adstrito à mera resolução do CFM, já que extrapolam a seara exclusivamente ética, exigindo a intervenção do legislador.

## REFERÊNCIAS

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

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar. v. 9. jan/mar/2002.

AS GERAÇÕES EVOLUTIVAS E DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Disponível em: <<http://www.analgesi.co.cc>>. Acesso em 11 de maio de 2011.

BRASIL. *Código Civil*, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Constituição Federal Brasileira, artigo 226,§ 4º, 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. Lei 11.105/05. 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei Nº 90 de 1999. Autor Senador Lúcio Alcântara, dispõe sobre reprodução assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm)>. Acesso em 20 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. STJ. Súmula 301. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. STF. ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL 

../jurisprudencia/l	ADI3510 / DF - DI
---------------------	-------------------

 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 29/05/2008-Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 20 ago.2011

BRASIL. Resolução Normativa 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em 20 set.2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[www.portal.mj.gov.br](http://www.portal.mj.gov.br)>. Acesso em 21 agosto 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PENA, Guilherme. Aula ministrada em curso de Direito Constitucional, em 24 setembro de 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Relatório Belmont. 1978: *Princípios Éticos e Diretrizes para a Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas*. Disponível em: <<http://www.stf.fhi.org/sp/RH>>. Acesso em 20 set. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2005.