



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO



TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
DA
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2020

ANNA BEATRIZ DE OLIVEIRA RABAZALLO

BIODIRETO E A INSEMINAÇÃO IN VITRO

Trabalho de conclusão de curso apresentada como pré-requisito para conclusão do
Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Orientadora: Professora Doutora Renata Rocha

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor de tudo, primeiro amor, que me fortalece e me sustenta.

A querida professora Renata, por exercer com maestria a função de me orientar a construir um trabalho acerca de um tema tão relevante e atual.

Aos meus pais, por nunca medir esforços para realizar todos os meus sonhos o que são ao mesmo tempo meus ídolos e inspiração para se tornar uma pessoa melhor todos os dias. Sem eles minha caminhada não seria tão leve e bonita.

A Juliana, Rachel, Leticia e Ianka por terem feito parte da minha graduação, dividindo as incertezas, as comemorações e os momentos mais sinceros de amizade, aos quais guardarei por toda a minha vida.

A Ana Karolina, Thiago Ayoub, Rafaela Barboza, Tiago Melo e Maria Eugenia por me mostrarem como o dia a dia no ambiente de trabalho pode ser tranquilo e produtivo, por me ensinarem tanto todos os dias e me impulsionarem a ser uma profissional melhor todos os dias.

Ao José Paulo, por me mostrar a diferença entre um simples chefe e um líder.

Ao Caio, Vanessa e Ana Carolina que passaram pelo caminho profissional também e me mostraram outras áreas do direito que nem mesmo eu sabia que eu que interessava.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma abordagem acerca dos reflexos jurídicos da inseminação in vitro e o os embriões excedentários do referido procedimento. Com certas distinção acerca dos conceitos de bioética e do biodireito, será as técnicas de reprodução assistida e as formas como outros países regulam a matéria. Por fim, irá trazer a quantidade de embriões produzidos após a ADIN 3510, a qual regulou a utilização de embriões e posterior descarte de embriões em forma de coisa.

Palavras-chave: Biodireito – Técnicas de Reprodução Assistida - Inseminação Artificial – Ausência de regulamentação.

ABSTRACT

This work presents an approach about the legal reflexes of in vitro insemination and the surplus embryos of the referred procedure. With certain distinctions about the concepts of bioethics and bio-law, it will be the techniques of assisted reproduction and the ways in which other countries regulate the matter. Finally, it will bring the number of embryos produced after ADIN 3510, which regulated the use of embryos and subsequent disposal of embryos in the form of a thing.

Keywords: Bi-law - Assisted Reproduction Techniques - Artificial Insemination - Absence of regulation.

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – BIOÉTICA E BIODIREITO	8
1.1 Conceito de bioética	8
1.2 Princípios da bioética	9
1.2.1 Princípio da autonomia e do consentimento livre esclarecido	9
1.2.2 Princípio da beneficência	11
1.2.3 Princípio da justiça	11
1.3 Biodireito - Quarta dimensão dos direitos humanos	12
1.3.1 Conceito do Biodireito	13
1.4 Fundamentos do Biodireito	15
CAPÍTULO 2 - A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EM OUTROS PAÍSES	
2.1 Conceito de inseminação artificial	17
2.2 Síntese histórica	17
2.3 Estudo jurídico comparado	18
2.4 No Brasil	19
2.5 Na Suíça	19
2.6 Em Portugal	21
CAPÍTULO 3 - AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUA ACEITAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	
3.1 Técnicas de Reprodução humana assistida	23
3.2 Natureza jurídica do nascituro	24
3.3 Leis sobre a regulamentação dessa utilização	28
3.4 Da reprodução humana assistida após ADIN 3.510	28
CAPÍTULO 4 – OS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS UTILIZADOS NESSE METÓDO	
4.1 A forma de utilização desses embriões	30
4.2 Quantidade de embriões utilizados de forma descartável	31
4.3 Falha da Legislação Brasileira em relação a utilização excessiva de embriões..	32
4.4 Recomendações da ONU acerca do tema	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá trazer as implicações sobre o biodireito e a inseminação *in vitro*. Bem como a elaboração de normas para regular as relações que o desenvolvimento da ciência médica traz para toda a sociedade. O tema em questão se direciona para o campo da Medicina, onde se preocupa com a moral e ética ligada a área da ciência, da vida e da saúde. O biodireito e a bioética seria o transmissor interdisciplinar que irá discutir a moral e a ética dentro dessa relação de concepção de vida.

Nesse sentido, a reflexão bioética é um antigo esforço em reconhecer se existe e qual é o valor ético da vida humana. Porém sem esquecer toda a cidadania de todos os seres humanos como também os direitos humanos em toda a legislação brasileira.

Primeiramente, faz-se uma breve distinção acerca dos conceitos de bioética e do biodireito, bem como o histórico desses “ramos jurídicos”. Abordam-se também as técnicas de reprodução assistida e as formas como países como Suíça, Portugal e Brasil regulam a matéria. Por fim, irá trazer as seguranças jurídicas que os embriões concebidos no útero da mulher têm, e o concebido *in vitro* não tem nenhum amparo na legislação brasileira, a falha da ADIN 3.510 em liberar todos os tipos de experimentos em embriões concebidos sem fim.

CAPÍTULO 1 – BIOÉTICA E BIODIREITO

1.1 Conceito de bioética

A ciência de modo geral, vem passando por inúmeras transformações tecnológicas, as quais trazem muitas preocupações para a sociedade, diante disso, verificou-se a necessidade de se criar limites éticos para tais mudanças.

A bioética surge de tal necessidade de se estabelecer, conforme aduz Renata da Rocha

“Elenca-se num primeiro momento, as diferenças essências entre essas duas formas de regramento da conduta humana e, em um segundo instante, objetiva-se compreender a passagem que se opera entre a zetética e a dogmática, bem como a transposição das questões da Ética, para a Bioética, subárea da Ética que se propõe a refletir especificamente acerca dos dilemas oriundos com o avanço da ciência médica, e do Direito para o Biodireito, ramo do Direito que pretende normatizar juridicamente a atividade científica no âmbito da Biomedicina.”¹

Nota-se, portanto, uma possível resposta para a preservação da Bioética como uma área a ser seguida nesse ramo.

Acerca do tema, Maria Helena Diniz define o conceito de bioética, infra:

“(...) seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. A bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível.”²

A primeira vez que houve a utilização do termo bioética foi em 1927, em um artigo publicado no periódico alemão Kosmos, Fritz Jahr onde o mesmo utilizou pela primeira vez a palavra bioética (bio + ethik).

1 ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. São Paulo. Editora JusPodvim, 2018. p.19.

2 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. aumen. E atual de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

O autor caracterizou a Bioética como sendo o reconhecimento de obrigações éticas, não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos. Também caracterizou a Bioética como sendo o reconhecimento de obrigações éticas, não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos. Esse texto, encontrado por Rolf Löther, da Universidade de Humboldt, de Berlim, e divulgado por Eve Marie Engel, da Universidade de Tübingen, também da Alemanha, antecipa o surgimento do termo bioética em 47 anos. Porém a maioria dos doutrinadores atuais consideram que a bioética nasce como um novo e complexo ramo da ética filosófica que visa discutir a responsabilidade e os limites da ciência, considerando a humanidade sob uma perspectiva de futuro e a pessoa humana como detentora de direitos inalienáveis.

Na busca de limites éticos aos avanços da tecnologia em relação a biomedicina, a bioética rege-se a partir de quatro princípios básicos que atuam como obrigações morais aos avanços científicos, a saber, princípio da autonomia e do consentimento livre esclarecido, princípio da beneficência e o princípio da justiça.

1.2 Princípios da bioética

A bioética tem por alicerce os princípios da autonomia e do consentimento livre esclarecido, princípio da beneficência e o princípio da justiça. Segundo Maria Helena Diniz, os princípios bioéticos surgiram no final da década de 70 e início dos anos 80, quando foram mencionados pela primeira vez no Relatório de Belmont, publicado em 1978, pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental), constituído pelo governo norte-americano com a ideia principal identificar quais os princípios que deveriam orientar a experimentação de seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina.³

Esse relatório foi elaborado diversos profissionais de áreas e disciplinas diferentes não somente ligados à área da saúde como médicos, enfermeiros, psicólogos, mas também como filósofos, teólogos e juristas. Segundo Renata da Rocha essa heterogeneidade própria da Bioética garante a multiplicidade de olhares em torno de uma mesma questão e reforça o compromisso com a riqueza que advém da diversidade de concepção existenciais, das diferentes opiniões, das visões de mundo distintas e dos valores diferenciados para, ao fim, revelar o espírito que anima suas reflexões, qual seja: a tolerância e o respeito.

1.2.1 Princípio da autonomia e do consentimento livre esclarecido

O princípio da autonomia visa garantir o respeito à vontade do paciente, ou seja, o profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente qualquer seja essa vontade. Tal princípio está presente nos casos em relação ao dever do médico e a religião do paciente porem comenta sobre o assunto Maria Helena Diniz:

³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

“Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Aquele que tiver sua vontade reduzida deverá ser protegido. Autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, não tiver autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental.” ⁴

Acerca do tema, Hewlett considera que o consentimento esclarecido apenas é aceito quando possui informação, competência, entendimento e voluntariedade, e tal manifestação da essência do princípio da autonomia é o consentimento esclarecido. Todo indivíduo tem direito de consentir ou recusar propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico que tenham potencial de afetar sua integridade físico-psíquica ou social. O consentimento deve ser dado livremente, após completo esclarecimento sobre o procedimento, dentro de um nível intelectual do paciente; renovável e revogável.

O princípio em questão se relaciona com a capacidade do homem de escolher a quais procedimentos médicos pretende se submeter, devendo os profissionais da saúde respeitar seus valores éticos, morais e filosóficos, sem obrigações. É necessário o consentimento livre e informado do paciente, bem como informações claras e precisas dos médicos sobre seu estado clínico e os tratamentos disponíveis e possíveis, para que assim, possa optar sobre o que julga mais adequado sem comprometer qualquer religião/decisão que o paciente tenha como orientação.

O que pode ser considerado pertinente a exigência do consentimento livre e esclarecido, é necessário destacar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro que faz referência que não recolhimento poderá ser considerado ato ilícito (art. 146, Código Penal), tendo em vista que “ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º da Constituição Federal). Ressalte-se, entretanto, que a intervenção médica e cirúrgica nos casos de iminente perigo de vida é causa especial de exclusão de tipicidade, infra:

“Art.146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena- detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

(...)

§3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – A intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

Ainda sobre o assunto, Lillian Maria José Albano explica que para que seja moralmente aceitável, “o consentimento deverá conter dois requisitos e são eles: a informações fornecidas dentro de padrões acessíveis ao nível intelectual e cultura do paciente, a competência, o entendimento e a voluntariedade.”⁵

Entretanto, tal princípio não é absoluto, posto que em emergências, se aceita a existência do consentimento presumido, pois, o valor da vida se sobrepõe ao requerimento do consentimento livre e esclarecido, devendo prevalecer o princípio da beneficência e não-maleficência do ser humano.

1.2.2 Princípio da beneficência

Por sua vez, o princípio da beneficência, consiste em promover o bem ao paciente e à sociedade como um todo pois ajuda o bem comum. Desta forma, busca-se primeiro a saúde e previne-se a doença avaliando os bens e os males que o mesmo pode trazer.

A regra norteadora do princípio da beneficência funda-se na tradição hipocrática, como dito anteriormente procura-se o bem do paciente. Acerca do tema o Relatório de Belmonte, conceitua a beneficência com duas aceitações e são elas: a primeira consiste em não ocasionar danos e a segunda em maximizar os benefícios e minimizar os possíveis prejuízos ao paciente, e conclui:

*“(...) é difícil estabelecer os limites entre a beneficência como obrigação ou dever e a beneficência como ideal ético, que deve animar a consciência moral de qualquer profissional. Evidentemente, esses deveres, em um primeiro momento, não são absolutos, mas dependem da situação ou do ponto de vista em que são afirmados, sendo, portanto, condicionais.”*⁶

Dito isso e em mente sobre a explicação sobre o princípio da beneficência existe o princípio da maleficência, segundo Maria Helena Diniz é um desdobramento do princípio supra, pois consiste em não ocasionar dano de forma intencional ao paciente, em suma podemos considerar como uma obrigação de não fazer, o paciente é visto como principal beneficiário e, por isso, não pode ser alvo que qualquer dano decorrente de atos médicos.

1.2.3 Princípio da justiça

O princípio da justiça, baseia-se basicamente na obrigação de igualdade de tratamento e na justa distribuição que o Estado deve dispor das verbas públicas, incluindo a saúde, ou seja, todo cidadão tem o direito a ter um cuidado igualitário, sem qualquer distinção de raça, religião ou situação econômica.

⁵ ALBANO, Lillian Maria José. **Biodireito: Os avanços da genética e seus efeitos éticos-jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 17.

⁶ ALBANO, Lillian Maria José. **Biodireito: Os avanços da genética e seus efeitos éticos-jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 18.

Em suma, o princípio supracitado estabelece como condição fundamental a equidade, obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado, de dar a cada um o que lhe é devido.

O médico deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação médico-paciente, assim como os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas.

Todos os princípios são igualmente importantes, não havendo hierarquia entre eles, porém, em relação a tal afirmação salienta Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz que os quatro princípios citados não podem ser aplicados conjuntamente, em virtude de o fundamento de um excluir o do outro. Neste sentido, aduz a mesma autora que se deve buscar a integração dos mesmos, de modo que “a autonomia seja preservada, a solidariedade garantida e a justiça promovida.”⁷

1.3 Biodireito - Quarta dimensão dos direitos humanos

Após a introdução do conceito e princípios da bioética vale a pena salientar o biodireito como quarta dimensão dos direitos humanos, pois com as revoluções que aconteceram na biotecnologia casais inverteis puderam ter a chance de realizar o sonho de ser pais. Zygmunt Bauman menciona em sua obra Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.

“Atualmente a medicina compete com o sexo pela responsabilidade da ‘reprodução’. Os médicos competem com os homini sexual pelo papel de autores principais do drama. O resultado da disputa é uma conclusão inevitável: agradece-se pelo que a medicina pode fazer, mas também pelo que se espera que ela faça e pelo que dela desejam os estudantes e ex-alunos da escola de marketing da vida dos consumidores. A possibilidade fascinante que se encontra bem ali na esquina é a oportunidade (para citar Sigusch novamente) de ‘escolher’ um filho num catalogo de doadores atraentes quase da mesma forma como eles [os consumidores contemporâneos] estão acostumadas a comprar pelo correio ou por meio de revistas de ‘moda’ – e adquirir a criança escolhida no momento preferido. Seria contrário à natureza de um consumidor experiente não ter o desejo de dobrar aquela esquina.”⁸

⁷ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p.27

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2004, p 57-58

Nota-se, portanto, que tal procedimento pode alterar não somente a vida dos indivíduos que estão utilizando o método, mas também a história sobre a humanidade. Nesse sentido, Renata da Rocha menciona:

“Se a sociedade não alcança a real dimensão dessas transformações, o que vale dizer, se cada um dos indivíduos, isoladamente, não tem consciência de que está vivenciando essa transição, algumas áreas do conhecimento reconhecem, de forma direta, os reflexos dos novos tempos.” 9

O que podemos concluir que a vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade constituem direitos da primeira dimensão, direitos naturais pois inerentes ao homem. E com a consolidação do estado liberal revela-se o reconhecimento da segunda geração dos direitos humanos com sobretudo a Constituição Mexicana E Constituição de Weimar. E já terceira dimensão de direitos humanos tem como fundamento a solidariedade como destinatário os seres humanos. Por fim, com os avanços no âmbito da biotecnologia, biociência e biomedicina surge a quarta dimensão dos direitos humanos. Nesse sentido Norberto Bobbio, adverte:

“[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações no patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível manipulação?” 10

1.1.1 Conceito do Biodireito

O biodireito pode ser conceituado como um conjunto de normas que apresenta uma certa discussão sobre a sua adequação, sobre a sua necessidade de ampliação e as possíveis restrições dessa legislação.

Segundo Maria Helena Diniz o biodireito possui duas principais fontes: a bioética e a biogenética. Porém, a verdade científica não pode prevalecer em detrimento da ética e do direito, bem como os avanços científicos não podem ocultar crimes contra a dignidade da pessoa humana, nem definir, sem contornos jurídicos, o futuro da humanidade. 11

Ainda sobre o assunto, Vicente de Paulo Barreto menciona sobre o contexto histórico que o biodireito surge:

“(...) A experiência totalitária, em suas duas versões, durante o século XX, as duas guerras mundiais, as atrocidades cometidas no campo de batalha e os bárbaros experimentos genéticos, levados a efeito pelos médicos nazistas em campos de concentração,

9 ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. São Paulo. Editora JusPodvim, 2018. p.111.

10 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. Ed. Rio de Janeiro, 1992. p.190

11 DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 522

fizeram com que acordasse para uma empiria que situava a questão moral de maneira contundente e em estado puro. A história mostrava, assim, como o direito e suas pretensões normativas não atenderam as necessidades mínimas de proteção da pessoa humana, o que obrigou a que se recorresse às fontes legitimadoras do direito. A recuperação do tema clássico das relações da moral com o direito renasceu, então, como meio de explicar e superar o impasse moral em que se encontrava mergulhada a consciência do homem ocidental. Neste contexto de crise ética e da necessária restauração de parâmetros metalegais, as indagações suscitadas pelo passado recente e pelo avanço das pesquisas biológicas e suas aplicações tecnológicas do presente fizeram com se procurasse estabelecer no campo da biologia, princípios destinados a garantir a humanização do progresso científico. Num primeiro momento, fixaram-se princípios de caráter moral abstrato, para logo em seguida, mesmo quando a questão ética não estava amadurecida, serem formuladas normas jurídicas relativas às pesquisas e tecnologias biológicas. Restou, entretanto, um espaço vazio entre a formulação ética e normatização jurídica, o que obrigou à retomada do debate clássico sobre a possibilidade da construção de normas jurídicas que pudessem refletir valores éticos. Essa linha de investigação permite que se utilize a ideia do direito cosmopolita como estrutura racional dentro da qual possam racionalmente justificar-se os valores, discutidos em função dos avanços das ciências biológicas, e em que medida poderão constituir-se nos fundamentos da ordem normativa do biodireito.” ¹²

O Biodireito pode ser classificado como um ramo do saber que, se relacionando com outros ramos do Direito buscando estudar as associações entre tais ciências e os avanços tecnológicos. Sobre o tema ressalta Maria Helena Diniz:

“Biodireito, por fim, é a ciência jurídica que estuda as normas jurídicas aplicáveis à bioética e à biogenética, tendo a vida como objeto principal, não podendo a verdade científica sobrepor-se à ética e ao direito nem sequer acobertar, a pretexto do progresso científico, crimes contra a dignidade humana nem estabelecer os destinos da humanidade.” ¹³

Nota-se que o Biodireito estabelece diferenças referentes às garantias fundamentais, como exemplo da dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade, entre outros princípios do direito. Podendo ser considerado um reflexo da atuação da tecnologia em tempos modernos, o que proporciona para Medicina amplo desenvolvimento em várias áreas com muitas atuações.

¹² BARRETO, de Paulo Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**, 2013, p. 29

¹³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 522

Segundo Maria Helena Diniz, tal fato sobrelevou-se quando surgiu o instituto da reprodução assistida, prática que está cada vez mais presente no dia a dia, sobretudo aos casais que por alguma deficiência não conseguem gerar filhos e acabam alternativamente escolhendo a via da procriação artificial. A chamada de reprodução medicamente assistida, é um conjunto de técnicas através das quais se permite a reprodução sem haver conjunção carnal.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, a chamada Fecundação in vitro, é uma das técnicas de reprodução assistida através da qual se dá a fecundação do óvulo in vitro. Segundo Jussara Maria Leal de Meirelles pode ser definida como:

“[...] consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio.” 14

O direito como sendo reflexo da realidade fática e axiológica de uma sociedade, não pode ficar inerte aos problemas advindos de avanços científicos, sob o pretexto de que estes buscam, sobretudo, o progresso da humanidade. Ao seu turno, as práticas científicas deverão obedecer aos limites jurídicos positivados através do biodireito.

1.2 Fundamentos do Biodireito

Para fundar o biodireito seria em formas gerais aborda normativamente os problemas do uso das tecnologias, levando em conta os fatores morais, sociais, jurídicos e ambientais. Propõem a melhor forma de edificar uma consciência social: jurídica e moral, estabelecendo indicadores que orientam a ação no sentido descritivo (teorias) e prescritivo (normas).

Vale ressaltar que biodireito e o direito civil relacionam-se intrinsecamente quando cuidam de questões referentes à gênese e o fim da existência humana. Sobre esse aspecto anota Enéas Castilho Chiarini Júnior que:

“O Biodireito deve servir-se do Direito Civil, de maneira mais específica, no que toca ao início e fim da vida, além de situações como a capacidade de ser sujeito de direitos, assim também no tocante aos limites do direito da autonomia da vontade privada, ou do direito de utilização e disposição do próprio corpo, além ainda das consequências jurídicas que a atividade médico-científica pode acarretar para aqueles que praticam atividades relacionadas. Por outro lado, o Biodireito, por se tratar de uma matéria necessariamente multidisciplinar, e por se preocupar com questões relacionadas à eticidade das atividades médico-científicas, e por se preocupar, também, em conformar a realidade jurídica com a realidade social.

Valendo-se da sociologia jurídica, deve servir de parâmetro para o Direito Civil, quer seja para autorizar, quer seja para proibir, espécies específicas de contratos, como, por exemplo, os contratos de barriga de aluguel, de compra e venda, ou de doação de órgãos ou sêmen humanos, entre tantos outros que possam ser vislumbrados. Desta forma, o Biodireito assemelha-se ao Direito Civil ao estabelecer -ou proibir- algumas modalidades contratuais, ou ao regradar a responsabilidade civil dos cientistas envolvidos em pesquisas e demais atividades médicas; porém, diferencia-se deste quando trata apenas de questões voltadas às atividades médico científicas, enquanto que o Direito Civil se preocupa com uma generalidade de atividades e situações jurídicas.” 15

Contudo, apesar da necessidade de se estabelecer uma regulamentação precisa acerca da obrigatoriedade de certos comportamentos éticos, bem como as consequências de seu descumprimento, o Código Civil em vigor regula inteiramente as consequências jurídicas, biológicas e genéticas que emergem a todo instante. Porém, verificam-se lacunas na legislação brasileira em relação aos fatos novos decorrentes desta revolução biomédica, mormente no que tange aos avanços científicos por que passam as formas de reprodução humana assistida.

15 CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>>. Acesso em: 28 out. 2020.

CAPÍTULO 2 - A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EM OUTROS PAÍSES

2.1 Conceito de inseminação artificial

A inseminação artificial ou inseminação intrauterina é uma técnica de reprodução medicamente assistida que consiste na deposição artificial do sêmen nas vias genitais da mulher. Utiliza-se em casos em que os espermatozoides não conseguem atingir as trompas ou simplesmente o indivíduo opta por esse procedimento. Consiste em transferir, para a cavidade uterina, os espermatozoides previamente recolhidos e processados, com a seleção dos espermatozoides morfolologicamente mais normais e móveis.

Segundo Daiane Pagliarin, existem dois tipos de inseminação artificial: a inseminação artificial infracervical (IC), em que o esperma é colocado no colo do útero; e a inseminação artificial intrauterina (IU), em que o esperma é colocado dentro do útero. Na inseminação artificial infracervical, o esperma é colocado no colo do útero com uma seringa, tendo a mesma função do pênis no momento da ejaculação. Na inseminação artificial intrauterina, os espermatozoides passam por uma qualificação no laboratório, em que apenas os aptos para fertilizar serão injetados. Após a seleção, eles são depositados no útero e a mulher passa por um tratamento de ovulação. ¹⁶

Esses tipos de fertilização são indicados para o caso de homens com espermatozoides mais lentos ou que não sobrevivem por muito tempo após a ejaculação.

A reprodução humana assistida é em termos gerais o conjunto de técnicas, utilizadas por médicos que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulher com dificuldades para engravidar ou simplesmente porque escolheu esse método.

Conforme dito pela medicina tal método pode efetuar-se com esperma do companheiro ou, em caso de infertilidade deste, com espermatozoides de um doador. Os critérios de seleção dos doadores são rigorosos, baseados em diversos exames relativos ao estado de saúde e da qualidade dos espermatozoides.

2.2 Síntese histórica

A humanidade sempre se preocupou com a procriação em relação a questões éticas, religiosas, morais, sempre estiveram correlacionadas ao tema durante séculos. Principalmente por tratar questões delicadas como a sexualidade, o matrimônio e a reprodução, esse tema ainda hoje permanece e, com maior evidência, como um dos problemas éticos mais atuais. A primordial discussão sobre quando se inicia a vida sempre colocou em permanente debate a questão da reprodução humana.

Em termos gerais o homem sempre pensou na possibilidade de procriação fora da relação sexual, pois podem-se encontrar vários casos de mulheres na mitologia grega e em lendas que, sem terem se relacionado sexualmente, ficaram grávidas pela intervenção de algum tipo de força.

¹⁶ PAGLIARIN, Daiane. Disponível em: <<https://nilofrantz.com.br/blog/o-que-e-e-como-funciona-a-inseminacao-artificial/>> Acesso em: 02 nov. 2020

Um exemplo disso é o mito de Ates: conta a história de que, certa feita, Zeus teve uma ejaculação durante um sonho e seu sêmen caiu na terra, gerando o hermafrodita Agstidis. Agstidis foi castrado pelos habitantes de Olimpo que enterraram seu pênis decepado. No lugar em que este estava enterrado, nasceu uma amendoeira. A filha do rei Sangário, Nana, foi até a amendoeira, colheu uma amêndoa e colocou-a em seu ventre, nascendo, dez meses após, Ates, por quem, posteriormente, Agistidis veio a se apaixonar.

Dito isso a procriação sempre esteve no cerne das questões familiares de uma sociedade. Com efeito, nas sociedades antigas, a impossibilidade de procriar poderia ocasionar a anulação do casamento. A esterilidade era considerada uma maldição na época medieval da história humana.

Ainda sobre a questão histórica sobre o tema, Regina Fiúza menciona a evolução genética como:

“Para solucionar o problema da infertilidade é que os estudos científicos foram evoluindo. No século XVIII, L. Jacobi realizou tentativas de inseminação em peixes; em 1755, o biólogo italiano Lazzaro Spallanzani obteve resultados positivos na fecundação de mamíferos. Em 1799, o médico e biólogo inglês John Hunter obteve êxito na fecundação por Inseminação Assistida em seres humanos. Em meados do século passado, o médico francês Girault, de 30 tentativas, teve sucesso em 9 delas. O Dr. Marion Sims também teve sucesso em 6 casos nos EUA. Em 1884, o médico inglês Pancoast fez a primeira inseminação heteróloga, isto é, com o esperma de um doador que não do marido. Em 1890, o Dr. Robert Dickinson já fazia emprego em larga escala das técnicas da Inseminação Assistida. Em 1953, os geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H. C. Crick descobriram a estrutura em hélice do DNA. Essa descoberta deu origem a Genética Molecular e é considerada o marco inicial da Engenharia Genética.” 17

2.3 Estudo jurídico comparado

Nota-se ainda existe um vácuo jurídico em relação a utilização das técnicas de reprodução humana assistida em alguns países, haja vista a matéria ainda carecer de regulamentação legislativa específica. Em certa comparação com outros países, cada país apresenta sua legislação acerca do tema. Dito isso, única norma positiva a respeito do uso das técnicas de reprodução assistida no Brasil encontra-se na Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, disciplinado a conduta dos médicos, que, em observância da Lei 3.268 de 1957 e o Decreto 44.045, de 1.958, estabelece Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. 18

17 HRYNIEWICZ, Regina Fiúza Sauwen Severo. **O Direito “in vitro”: Da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1997, p.73.

18 Lei 3.268 de 1957. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/3268.htm> Acesso em: 05 abr. 2021.

2.4 No Brasil

No Brasil, a introdução das técnicas de reprodução assistida ocorreu após o nascimento do primeiro bebê por fertilização *in vitro* no país e teve como responsável o médico brasileiro Milton Nakamura. A partir disso, não somente as técnicas biomédicas foram importadas, mas todas teorias éticas e bioéticas que giravam em torno das mesmas. 19

Na Legislação Brasileira os filhos gerados por meio de inseminação artificial são reconhecidos pelo Código Civil Brasileiro como sendo presumidamente concebidos dentro da constância do Casamento. Isso significa que o cônjuge da mulher inseminada será presumidamente o pai da(s) criança(s). Essa presunção só poderá ser afastada no caso de o referido provar que o sêmen utilizado não era seu.

Segundo Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz, tais normas são de caráter meramente ético, pois não possuem força de lei, sendo patente a necessidade de regulamentação legal da matéria tão complexa e de consequências tão graves para a sociedade. 20

Todavia, no que tange as consequências jurídicas advindas da utilização da biotecnologia na reprodução humana assistida, verifica-se apenas a existência do diploma civilista em vigor, insuficiente para solucionar os vastos efeitos jurídicos decorrentes, mormente quanto aos direitos da personalidade dos indivíduos nascidos através destas práticas.

2.5 Na Suíça

A suíça foi precursora nesse tema pois desde 1992 o país se preocupou em estabelecer limites constitucionais aos avanços da biotecnologia. Segundo Renata da Rocha, a Suíça implantou na sua Constituição da Confederação Helvética nos artigos 118, 119 e 120 que tratam, detida e respectivamente, da proteção da saúde, da procriação medicamento assistida e da engenharia genética no âmbito humano, da medicina de transplantação e da engenharia genética no âmbito não humano. 21

Por ser emblemática a sua iniciativa, optamos aqui por transcrever os dispositivos supracitados, *in verbis*:

“Artigo 118º Proteção da Saúde

1. No âmbito de suas competências, a Confederação toma medidas para proteção da saúde.
2. Prescreve disposições sobre:
 - a. A manipulação de alimentos, bem como de medicamentos, narcóticos, organismos, produtos químicos e objetos que possam prejudicar a saúde;

20 FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61

21 ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. São Paulo. Editora JusPodvím, 2018. p.155

- b. O combate de doenças contagiosas, amplamente disseminadas ou malignas, de origem humana ou animal;
- c. A proteção contra raios ionizantes. 22

Artigo 119º - Medicina de reprodução humana e engenharia genética nos seres humanos

1. O ser humano está protegido contra os abusos da medicina de reprodução e da engenharia genética.
2. A confederação prescreve disposições sobre a manipulação do patrimônio genético e embrionário. Para isto, assegura a proteção da dignidade do homem, da personalidade e da família e atenta-se particularmente aos seguintes princípios:
 - a. Todas as formas de clonagem e intervenções no patrimônio genético das células embrionárias e embriões humanos são admissíveis.
 - b. Nenhum material embrionário ou genético não-humano pode ser inserido em material embrionário humano nem fusionado com o mesmo.
 - c. O processo de procriação medicamente assistida somente devem ser aplicados se a infertilidade ou o risco de contágio de uma doença grave não podem obter determinadas características na criança, nem para realizar pesquisas; a fecundação de óvulos humanos, fora do corpo da mulher, admite-se somente nas condições determinadas por lei; admite-se desenvolver, fora do corpo da mulher, até o estado de embrião somente o número de óvulos humanos que puder ser imediatamente implantado.
 - d. A doação e embriões e todos os tipos de maternidade emprestada são inadmissíveis.
 - e. Não se admite comercializar células embrionárias humanas nem produtos de embriões.
 - f. O patrimônio genético de uma pessoa somente pode ser examinado, registrado ou revelado se a referida pessoa concordar ou se a lei assim o determinar.
 - g. Todos têm acesso aos dados de sua ascendência.” 23

Diante dos artigos expostos fica claro a extrema importância desses assuntos para a Suíça e o reconhecimento da dignidade do ser humano e não apenas da pessoa.

Para a Constituição do país em questão é inadmissível qualquer clonagem e intervenções no patrimônio genético das células embrionárias e em embriões humanos ou até mesmo comercialização de embriões ou células-tronco embrionários.

22 Art.118 da Constituição suíça.

23 Art. 119 da Constituição suíça.

Além da preocupação com os embriões existe também uma clara preocupação com a proteção dos direitos da personalidade e da família em relação a dados genéticos e acesso a informações em geral. Sobre a produção de organismos geneticamente manipulados não só seres humanos, mas como animais e plantas também. Por fim, nota-se que a segurança da espécie humana se sobrepõe aos avanços da biomedicina/biotecnologia.

2.6 Em Portugal

O direito constitucional português tratou a matéria como sendo “identidade genética” isso em 1997. Segundo Selma Rodrigues Petterle, que o genoma humano seja considerado:

“[...] não só inviolável como também irrepetível, seja basicamente fruto do acaso e não da heterodeterminação, revelando o substrato fundamental da identidade pessoal, enquanto expressão da dignidade do ser humano.” 24

A própria Constituição portuguesa traz em seu bojo o assunto, no artigo 26:

“Artigo 26 (outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos a identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, a capacidade civil, a cidadania, ao bom nome e reputação, a imagem, a palavra, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusiva, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.” 25

Para muitos autores a Constituição portuguesa foi a primeira a reconhecer expressamente a identidade genética do ser humano relação com a dignidade pessoal. Segundo Paulo Otero, passou a ter reconhecimento o patrimônio genético do indivíduo que passou a ser objeto de uma tutela constitucional autônoma, configurando-se a identidade genética humana como um bem jurídico constitucional que a integra a ‘consciência jurídica comunitária’. 26

24 PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental á Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p 59.

25 Artigo 26 da Constituição da República Portuguesa

26 OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999, p.83

Nota-se, portanto, o claro posicionamento adotado pela constituição portuguesa sobre reconhecimento de fazer uma previsão expressa após o avanço da biomedicina; e também fixar os limites do tal avanço. Segundo Maria Garcia é necessário haver um espírito protetivo das Carta Constitucionais:

“[...] Onde há vida (biologia) e coexistência (bioética), há de haver proteção (biodireito). De tudo remanescem como princípios fundamentais do biodireito: que a Humanidade é constituída de indivíduos iguais em dignidade e direitos e, ao mesmo tempo, diferentes na sua individualidade; que todo ser humano é livre, único, incondicional e irrepitível; que o reconhecimento de sua diversidade implícita, simultaneamente, a aceitação de sua liberdade e individualidade; que a dignidade do ser humano sobrepára acima de tudo.” 26

Por fim, é notaria a preocupação em relação a todos os avanços que a biomedicina vem acompanhando. O esforço comum é no sentido de definir normas, como por exemplo sobre os direitos humanos no plano jurídica e constitucional, porem tais direitos fazem parte da quarta dimensão dos direitos humanos conforme explicado acima.

CAPÍTULO 3 - AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUA ACEITAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Técnicas de Reprodução humana assistida

As técnicas de reprodução humana assistida são encontradas no contexto mais extenso dos paliativos à infertilidade da humanidade. Conforme aceção da Organização Mundial de Saúde (OMS), infertilidade “é a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas.”²⁷

Sobre as principais formas de reprodução assistida são duas grandes modalidades e são elas: a "inseminação artificial (homóloga ou heteróloga), e a fecundação in vitro e as chamadas “mães de substituição”. Diante disso, a fecundação poderá ocorrer in vivo ou in vitro.²⁸

Maria Helena Diniz define que a técnica de reprodução humana assistida consiste “no conjunto de operações para unir, de forma artificial, os gametas masculino e feminino, dando origem a um ser humano”.

Portanto tais operações poderão ocorrer pelos métodos ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer - transferência intratubária de zigotos) e GIFT (Gamet intrafallopian transfer- transferência intra-uterina de gametas).

Dito isso, o GIFT seria transferência intratubária de gametas o qual consiste na captação dos óvulos e do espermatozoide devidamente preparado, colocando-os em uma cânula especial, para posteriormente os introduzir em cada uma das trompas de Falópio, aonde a fertilização irá se produzir naturalmente, ou seja, os espermatozoides penetrarão em um ou mais óvulos, formando-se o embrião. Após a fecundação, o embrião irá descer dentro das trompas até o útero, de forma tal que a concepção se produzirá integralmente no corpo da mulher.²⁹

Ainda que a técnica menciona acima se assemelhe com a fertilização in vitro na fase inicial, já que em ambas ocorre a estimulação da ovulação e a coleta dos espermatozoides, elas se diferem quanto ao local da fecundação, tendo em vista que na técnica GIFT esta ocorre nas trompas da mulher, e na fertilização in vitro, ocorre extracorporeamente.

Porém a técnica ZIFT⁷, também conhecida como fertilização in vitro, consiste em colocar os gametas masculinos e femininos em contato, in vitro, em condições adequadas para que ocorra a fusão. Somente após a fecundação é que o zigoto é colocado no interior das trompas uterinas.

Para diferenciar as duas práticas que são muito similares em vários aspectos, Maria Helena Diniz explica:

“A ectogênese ou fertilização in vitro concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer),

²⁷ Disponível em: <https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>. Acessado em 11 de abril de 2021.

²⁸ DELFIM. Márcio Rodrigo. **As implicações decorrentes da inseminação artificial “post mortem”**

²⁹ OMMATI. José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo, Mar. 1999

que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-la na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação in vivo, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.”

30

A inseminação artificial quando realizada com sêmen procedente do próprio marido é denominada homóloga; quando realizada com o espermatozoide de uma terceira pessoa (doador), é denominada heteróloga. Afirma-se que na primeira, não existem grandes polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista que coincide a figura da paternidade biológica e legal. Contudo, não se pode dizer o mesmo, no que se refere à modalidade heteróloga, tendo em vista que as paternidades não se coadunam.³¹

3.2 Natureza Jurídica do Nascituro

A doutrina classifica a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual como sujeitos de direitos dentro do sistema jurídico.

Tal classificação não acompanha a nova realidade trazida pela prática das fertilizações artificiais, responsáveis pela situação dos embriões concebidos in vitro, não implantados no útero materno, por motivos diversos, e congelados por serem excedentes. Segundo o Pablo Gagliano a pessoa natural é:

“Pessoa natural é todo ser humano considerado como sujeito titular de direitos e obrigações. Inevitavelmente, para a Lei, foi necessário fixar um termo a partir do qual pudesse restar caracterizada a existência da pessoa, o momento em que se verifica a ocorrência dos pressupostos fáticos capazes de evidenciá-la como tal. Assim dispôs a codificação civil, em seu art. 2º, quando determinou que a personalidade civil da pessoa começa com seu nascimento com vida. Assim, a íntima relação entre a personalidade jurídica e ser sujeito de direitos e obrigações: Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito.

30 DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 475.

31 GONÇALVES, Fernando David de Melo. **As técnicas de reprodução humana assistida**. São Paulo. 2011

Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes. A pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações.” ³²

Dito isso a natureza jurídica do nascituro, a doutrina se divide em três entendimentos, a primeira delas é a Teoria Conceptionista na qual a vida começa na concepção, portanto a teoria conceptionista coloca que “a vida começa desde a concepção, ou seja, a vida tem seu início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto” e esse zigoto, ou nascituro, por ser um ser vivente, é um possuidor da personalidade jurídica.

Sergio Abdalla Semião afirma:

“Segundo a escola conceptionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeita de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica.” ³³

A justificativa utilizada por alguns para não adotarem essa teoria está no fato de afirmarem que a mãe e o nascituro são um só, mas é importante colocar que o nascituro é um ser individualizado, com características próprias em relação à sua mãe, ele apenas depende de determinadas condições que a mãe disponibiliza, em seu útero, para o seu desenvolvimento.

Essa separação é facilmente comprovada quando se analisa a composição genética dele. O nascituro é composto por 23 cromossomos do pai e 23, da mãe, isso já demonstra que a carga genética da mãe e do pai é diferente, logo, eles são seres diferentes. Outro ponto relevante é que os direitos do mesmo serão exigidos por seu representante legal, geralmente, a mãe e que alguns dependem do seu nascimento para serem ratificados, como por exemplo, as doações a eles. O mesmo ocorre com os absolutamente incapazes, por isso esse, também, não seria um motivo para não aceitá-la. A teoria defendida, ao contrário da adotada hoje, não deixa dúvida quanto à situação jurídica do nascituro, uma vez que é coerente ao justificar a existência da personalidade jurídica com os direitos, que ele possui, sendo um ser vivente.

A doutrina também entende que a Teoria Natalista que defende o início da vida após o nascimento, a personalidade jurídica começa com a vida e é nesse ponto que se encontra o conflito, pois existem teorias diferentes para tratar do momento em que começa essa vida, sendo elas: Teoria Natalista, Teoria Conceptionista e Teoria da Personalidade Condicionada.

³² GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil. Parte geral*, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88-89.

³³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 1 Ed, São Paulo, 2012

A adotada pelo Direito brasileiro é a Teoria Natalista, na qual a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida.

“Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida.” 34

Ou seja, o judiciário brasileiro não aceita que o nascituro possua personalidade jurídica, mas o concede inúmeros direitos e a proteção deles. Isso acaba se tornando uma inconsistência que gera discussões, uma vez que a posse de direitos está intimamente ligada à personalidade jurídica. Uma possibilidade para contornar essa situação seria a troca da teoria aceita, Teoria Natalista, pela Teoria Conceptionista.

Por fim, a Teoria da Personalidade Condicionada que afirma que há personalidade no nascituro, mas essa é confirmada após o nascimento, ou seja a personalidade se inicia com a concepção se houver nascimento com vida sendo uma condição suspensiva, contudo, alguns direitos já estão assegurados desde a concepção, como por exemplo, o direito de nascer. Pode se pensar que se ver a personalidade como a capacidade, que existe, mas somente se o feto chegara a nascer, porém nascer com vida.

Segundo Flavio Tartuce essa teoria tem um problema, tal como:

“O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.” 35

Notamos, portanto, que essa teoria da personalidade condicional mescla as duas principais correntes, a conceptionista que defende a personalidade do nascituro dès de sua concepção e a natalista, que tão somente há personalidade quando o feto nascer com vida.

Quanto a essas posições da teoria condicional Rodolfo Pampola Filho e Ana Thereza Meirelis Araújo mencionam:

“A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial)

34 GONÇALVES, Fernando David de Melo. **As técnicas de reprodução humana assistida**. São Paulo, Mai. 2011

35 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento da concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurada a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.” 36

Nessa teoria notasse a aplicação dos direitos ao nascituro, uma vez que o nascituro goza de direitos personalíssimo como direito a vida porém a proteção por exemplo aos direitos patrimoniais somente se manifestam após o nascimento com vida, então só se materializam com a condição de o feto vir a nascer, como diz a teoria concepcionista, a personalidade existe em quanto não nascido porém só será de fato consolidar sua capacidade de fato após o nascimento.

Segundo Silmara Chinelato:

“De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o sistema de nosso Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência; se tal sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direito, como deverá de suceder, se o nascituro fosse reconhecido uma ficta personalidade. Em tais casos, não se dá a aquisição de direitos.” 37

Quando em fase intrauterina o nascituro tem suas garantias, porém só se consolidam com o nascimento com vida.

Dito isto, Flávio Tartuce menciona:

“A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.” 38

36 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal*. Publicado em 2007. Disponível: http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx. Acessado em 01 de maio 2021

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

38 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014

3.3 Leis sobre a regulamentação dessa utilização

No Brasil a Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, em seu artigo 5º trouxe a possibilidade da utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, conforme abaixo:

“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.” ³⁹

Produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no procedimento respectivo, para fins de pesquisa e terapia, com algumas ressalvas e que sejam os embriões inviáveis, congelados há três anos ou mais e sempre com a aquiescência dos genitores.

O próprio artigo acima tratado foi questionado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510.

3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510

A ADI 3510 teve como relator o ministro Carlos Ayres Britto, com o argumento de que a vida humana começa com a concepção e o procedimento estaria invadindo a própria vida, com total desrespeito à dignidade humana. O relator fundamentou em seu voto que a vida humana é confinada a duas etapas: entre o nascimento com vida e a morte encefálica, período em que a pessoa é revestida de personalidade jurídica, que a ela confere direitos e obrigações na vida civil. Evidenciou ainda o ministro julgador que o thema probandum estava ligado aos embriões congelados e que não serão utilizados.

³⁹ Lei 11.105/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm> Acesso em: 05 abr. 2021 .

Segundo o ministro Carlos Ayres Britto:

“O único futuro, sentenciou ele, é o congelamento permanente e descarte com a pesquisa científica. Nascituro é quem já está concebido e que se encontra dentro do ventre materno. Não em placa de petri”. Enfatizou, finalmente, que "embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se transforma em feto este recebe tutela jurisdicional. Donde 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.” 40

Os demais ministros se guiaram pelo voto do relator também deixaram transparecer que a *sapes vitae* tem início in ventre e não in vitro. O locus definidor passou a ser intraútero, casulo acolhedor do embrião, proporcionando a ele todas as condições para seu desenvolvimento. Extraútero, pelo que se conclui, não passa de um conjunto de células, que, por si só, não tem condições de progressão para atingir a vida. A questão ora levantada é apenas uma dentre muitas outras que irão oferecer palco para debates multidisciplinares.

40 ADIN 3510. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>> Acesso em: 05 abr. 2021.

CAPÍTULO 4 – OS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS UTILIZADOS NESSE METÓDO

4.1 A forma de utilização desses embriões

Para a iniciar o tema é necessário verificar que a fertilização in vitro é um tema que envolve vários assuntos como por exemplo a ética e prudência, como também os procedimentos científicos adotados e à conduta médica.

Podemos notar que com o desenvolvimento científico cresce cada vez mais e mais de forma expressiva, mostrando que técnicas que há uma década não se imaginava possível, com um certo horizonte de esperanças àqueles que desejam ter a experiência maternidade e a paternidade e não conseguem por algum motivo.

O problema em relação ao tema é que surge interesses financeiros que pretendam estar acima da ética e o respeito à vida, cabendo ao Direito delinear as diretrizes e os limites da Ciência. Além de todos os assuntos que envolvem a fertilização in vitro o tema que viola alguns direitos são os concernentes aos embriões excedentários e à sua criopreservação.

A Lei de Biossegurança – Lei 11.105/2005, ao tratar da utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa causou polêmicas, sendo a principal delas com relação ao artigo 5º, que libera as pesquisas com células-tronco embrionárias no país:

“Art. 5.º 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.

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

§ 2.º 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.

§ 3.º 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.” 41

O grande problema que envolve a questão dos embriões é justamente a falta de legislação que assegure categoricamente os seus direitos.

41 Lei 11.105/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm> Acesso em: 23 abr. 2021

4.2 Quantidade de embriões utilizados de forma descartável

Portanto nota-se que a técnica da fertilização in vitro consiste em produzir em laboratório muitos embriões a partir dos ovócitos e espermatozoides doados. A problemática é que somente alguns embriões serão implantados no útero materno e os demais serão congelados, para serem utilizados posteriormente, ou não.

A Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina estabelecia que os embriões congelados não poderiam ser destruídos ou descartados, devendo permanecer nesta condição por tempo indeterminado. Em 2013, a resolução 2.013 do mesmo Conselho, revogou esta disposição, considerando que os embriões crio preservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados, se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança. ⁴²

Esta Resolução tem sido alvo de muitas críticas em razão dos embriões excedentários, pois é uma resolução que permite a destruição ou o descarte de embriões e por se admitir o congelamento dos embriões excedentários nas duas resoluções. Sem mencionar o fato de se tratar de vida. Com isso, podemos concluir que a criopreservação e posterior descarte não é um procedimento ético, por estar ferindo os direitos constitucionalmente assegurados de inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre o tema Maria Helena Diniz menciona:

“O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado de alma intelectual e de instintos. Os cientistas descobriram que os genes responsáveis pelo crescimento embrionário, denominados “hox”, atuam, no ser humano, com grande velocidade nos primeiros dias da concepção, cumprindo a fantástica tarefa de estabelecer a estrutura do corpo: a cabeça, os membros e os órgãos. Assim sendo, o embrião, por ter carga genética, é um ser humano in fieri, merecendo proteção jurídica, desde a concepção, mesmo quando ainda não implantado no útero ou criopreservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto).” ⁴³

Damásio de Jesus também faz breves considerações sobre o assunto:

“É incontestável que a retirada da vida humana (até mesmo pelo aborto) é crime contra a pessoa. A interrupção da vida de um embrião congelado, como qualquer outra forma de interrupção voluntária da vida, também seria um fato antijurídico.

⁴² Disponível em: < <http://portal.cfm.org.br> >. Acesso em: 23 abr. 2021

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.

Há de se salientar, contudo, que: Não basta que o fato seja antijurídico. Exige-se que se amolde a uma norma penal incriminadora. Daí a questão da adequação típica, que consiste em a conduta subsumir-se no tipo penal.” 44

Portanto notasse que congelar ou mesmo descartar o embrião não é um ato jurídico e precisa sim de uma tutela jurídica.

4.3 Falha da Legislação Brasileira em relação a utilização excessiva de embriões

O grave problema de uma permissão jurídica para o congelamento também é ressaltado por Maria Hena Diniz:

“Se com o embrião já se tem vida humana, diante de seu valor absoluto, como congelá-lo? Como gerar vida e congelá-la? Quais as consequências físicas e psíquicas que adviriam desse congelamento? Se, em ratos congelados em estado embrionário, apresentaram-se alterações sensoriais e motoras, o que não poderia ocorrer com embriões humanos? Diante de tantos problemas, seria preciso a proibição de conservação de embriões, a longo prazo, em hibernação, bem como a vedação de bancos de embriões congelados, evitando sua criopreservação com fins mercantis ou experimentais, e, se impossível for tal proibição, evitar que seu armazenamento passe de 10 anos, devendo, em caso de morte de um dos cônjuges, o sobrevivente decidir sobre o seu destino, desde que não o destrua ou comercialize.”45

O art. 2.º da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro preceitua que:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”46

Portanto fica claro que o dever de proteção do embrião ainda que a norma não contenha expressamente a palavra embrião, a concepção determina o momento da existência do ser humano e da tutela de seus direitos, que se dá a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, seja dentro ou fora do útero materno.

Precede à fecundação in vitro, um tratamento hormonal da mulher visando uma superovulação, a fim de que vários óvulos sejam fertilizados na proveta.

44 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:1º volume** – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

45 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.

46 Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 26.04.2021.

Do total liberado (média de 15 óvulos) e, posteriormente, fertilizados, serão implantados, no máximo, quatro embriões no útero. Já em relação aos embriões excedentes lamentavelmente, inexistente proteção jurídica.

Nota-se que o projeto de Lei n. 90/99, atualmente arquivado, pretendia regulamentar as técnicas de reprodução humana, punindo o congelamento de embriões com prisão de 6 a 20 anos, possibilitando aos médicos a retirada de apenas 3 ou 4 óvulos da mulher. Desta forma, extingiria o problema dos excedentes, ao reduzir o número de embriões a serem implantados no útero. Com isso, se por um lado, aumenta-se a possibilidade de o tratamento fracassar, por outro, respeita-se o direito inviolável à vida. ⁴⁷

Ainda a Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, que se refere as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, estabelece que:

“O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro, sendo: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos. Quanto à criopreservação de embriões, preceitua: 1– As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos; 2 – O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados; 3 – No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. 4 – Os embriões criopreservados com mais de 5(cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.” ⁴⁸

Com isso, além da polêmica questão do congelamento de embriões já validado pela Resolução 1.957/10, agrava-se a questão com a possibilidade de descarte dos embriões pela Resolução 2.013/13.

Essa diretriz, sem respaldo legal, redefiniu o destino de milhares de embriões congelados. A lei de Biossegurança permitiu a utilização de embriões congelados para pesquisa há três anos ou mais, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data da publicação, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento.

⁴⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 26.04.2021

⁴⁸ Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 26.04.2021

Segundo a Anvisa, 25.120 embriões haviam sido criados preservados até a publicação da referida Lei. Com isso, a medida deu possibilidade de destino para outros 22.470 embriões que completariam os 36 meses de criopreservação até 28 de março de 2008. ⁴⁹

Dito isso, a partir daí, a técnica de fertilização in vitro ganhou cada vez mais adeptos e formou uma grande quantidade de embriões congelados nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG). Segundo o 5.º SisEmbrio, relatório publicado anualmente pela Anvisa, entre 2008 e 2011 foram criados preservados 60,9 mil embriões no país. Em 2012, 32.181 embriões. Em 2013, 38.062. Em 2014, 48.812 embriões foram congelados. ⁵⁰

Diante deste número alarmante, podemos imaginar que daqui a cinco, dez, vinte anos o número será grande com nenhuma solução ou qualquer respaldo de legislação brasileira, pois se o embrião continua sendo tratado como coisa a situação continuará.

Portanto Maria Helena menciona:

“Urge salvaguardar a ‘vítima silenciosa’, o embrião descartado por ser menos viável, que fica esquecido no congelador, correndo o risco de ser simples material biológico a ser usado numa experiência.” ⁵¹

Dito isso, fica claro que existe legislação a cerca da inseminação in vitro, mas nenhuma legislação que protege o embrião que está sendo tratado.

4.4 Recomendações da ONU acerca do tema

As legislações pertinentes que asseguram os direitos do nascituro tiveram início no século XIII com a Magna Carta, que já vislumbrava preocupações com o ser humano; tal diploma tutelava da pessoa contra o abuso do Poder Público.

Vale ressaltar as grandes teorias que se desenvolveram junto com a Magna Carta, que também visavam proteger o ser humano. Dentre essas teorias, o Cristianismo que se preocupava com a dignidade do homem, a Teoria do Jusnaturalismo que protegia os direitos natos do ser humano e a Teoria do Iluminismo que tinha como escopo a valoração do indivíduo perante o Estado.

O grande marco inicial além da Magna Carta foi o Direito Público que tinha finalidade de dar proteção ao homem, resguardando seus direitos e limitando seus deveres perante o Poder Estatal.

⁴⁹ Disponível em: < <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/home> >. Acesso em 27.04.2021

⁵⁰ Disponível em: < <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/home> >. Acesso em 27.04.2021

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Diante disso se sucederam durante a história dos direitos da personalidade, a Declaração Americana de 1778, a Declaração Francesa e por fim a Declaração Universal da ONU de 1948.
52

Conforme mencionado o Cesar Fiúza:

“Com a evolução do capitalismo industrial, a concentração, a massificação, os horrores da Segunda Guerra mundial, com o desenvolvimento da tecnologia principalmente da biotecnologia etc., a perspectiva muda. O paradigma do Estado Liberal é substituído pelo Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passam integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, sua dignidade, contra a ganância e o poderio do mais forte. Ao lado desse prisma privatístico, continua a subsistir o público, em socorro do indivíduo contra o Estado. Tendo em vistas essas duas esferas, privada e pública, os direitos da personalidade pertencem a ambas. Na esfera privada, fala-se em direitos da personalidade. Na esfera Pública, em direitos humanos ou direitos fundamentais.” 53

Conforme a Convenção Pacto de São José de Costa Rica, promulgada em 22 de novembro de 1969, aprovada em 1992 pelo Congresso Nacional Brasileiro pelo Decreto legislativo número 27, em seu artigo 3º sobre a personalidade e no inciso I do artigo 4º fala-se em direito à vida, in verbis:

*“Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.
Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.*

Artigo 4º - Direito à vida.

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”
54

Sendo assim, encontra-se positivado na Convenção Americana que se deve levar em conta que toda pessoa é considerada ser humano, sem fazer qualquer distinção.

52 Aprovado em 10 de dezembro de 1948 pela assembleia geral da ONU, realizada em Paris.

53 FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

54 Pacto de São José de Costa Rica, promulgada em 22 de novembro de 1969, aprovada em 1992

A Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e pela Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas (ONU) em 1959, tratam dos direitos das crianças, em seu preâmbulo artigo 1º:

“Em virtude de sua falta de maturidade física e mental, a criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. 55

Atualmente a Declaração foi adaptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, que visa à proteção especial a criança. Já no ordenamento Jurídico Brasileiro, existem vários dispositivos que mencionam tais direitos, porém conforme mencionado no trabalho os embriões produzidos pelo método de inseminação in vitro ainda sofre com ausência legislativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, não resta dúvida que se faz urgente a regulamentação do assunto mencionado no referido trabalho por uma lei especial, que assegure integralmente ao embrião os postulados constitucionalmente assegurados de justiça, liberdade, igualdade de tratamento, dignidade da pessoa humana e, sobretudo, proteção à vida.

As pesquisas e técnicas de fertilização *in vitro* têm o seu legítimo valor, porém o interesse do embrião está sendo completamente desconsiderado e negligenciado, por meio de resoluções que desrespeitam a vida e desconsideram os direitos da pessoa humana, e também, por uma omissão dos legisladores em permitir que se faça um descarte dos embriões não utilizados *in vitro*.

Por isso o embrião *in vitro* deveria ter os mesmo direitos que o é o embrião *in vivo*, fruto de fertilização convencional. A ele é devida a tutela em todos os aspectos: à vida, à proteção de sua integridade física e moral, à dignidade e, ainda, se lamentavelmente vier a ser congelado/esquecido, e posterior destruição.

Por fim, concluímos que a legislação vigente em nosso país não é suficiente para proteger os direitos dos embriões concebidos por esse meio e os números alarmantes de embriões produzidos em uma finalidade conhecida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 10. Ed. Rio de Janeiro, 1992. p. 67

ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. São Paulo. Editora JusPodvim, 2018. p.19.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. aumen. E atual de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

ALBANO, Lílian Maria José. **Biodireito: Os avanços da genética e seus efeitos éticos-jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 17.

ALBANO, Lílian Maria José. **Biodireito: Os avanços da genética e seus efeitos éticos-jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 18.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p.27

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido:sobre a fragilidade dos laços humanos**. Trad.Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2004, p 57-58

ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. São Paulo. Editora JusPodvim, 2018. p.111.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 10. Ed. Rio de Janeiro, 1992. p.190

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 522

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p 18.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>>. Acesso em: 28 out. 2020.

PAGLIARIN, Daiane. Disponível em: <<https://nilofrantz.com.br/blog/o-que-e-e-como-funciona-a-inseminacao-artificial/>> Acesso em: 02 nov. 2020

HRYNIEWICZ, Regina Fiúza Sauwen Severo. **O Direito “in vitro”: Da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1997, p.73.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 58.

HRYNIEWICZ, Regina Fiúza Sauwen Severo. **O Direito “in vitro”: Da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1997, p. 72.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61

ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. São Paulo. Editora JusPodvim, 2018. p.155

Art.118 da Constituição suíça.

Art. 119 da Constituição suíça.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental a Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p 59.

Artigo 26 da Constituição da República Portuguesa

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999, p.83

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: A dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: RT, 2004, p.176

DELFIM, Márcio Rodrigo. **As implicações decorrentes da inseminação artificial “post mortem”**

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo, Mar. 1999

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil** (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 475.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **As técnicas de reprodução humana assistida**. São Paulo, Mai. 2011

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil. Parte geral**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88-89.

Lei 11.105/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm> Acesso em: 05 abr. 2021

ADIN 3510. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>> Acesso em: 05 abr. 2021

Disponível em: < <http://portal.cfm.org.br> >. Acesso em: 23 abr. 2021

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:1º volume – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 26.04.2021

Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>. Acesso em 26.04.2021

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Aprovado em 10 de dezembro de 1948 pela assembleia geral da ONU, realizada em Paris.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 1 Ed, São Paulo, 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Publicado em 2007. Disponível: http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx. Acessado em 01 de maio 2021

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

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu,

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº , Período , Turma ,

tendo realizado o TCC com o título:

sob a orientação do(a) professor(a):

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

Anna Beatriz de Oliveira Rabazallo
Assinatura do discente

TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Material Bibliográfico: Artigo Científico Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: Biodireito e a Inseminação in vitro

Nome do Autor(a): Anna Beatriz de Oliveira Rabazallo

E-mail: annabearabazallo@gmail.com

Este e-mail pode ser divulgado SIM NÃO

Orientador(a): Renata da Rocha

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, AUTORIZO NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

Outros (justificar): _____

São Paulo, 19 de maio de 2021.

Anna Beatriz de Oliveira Rabazallo
Assinatura do(a) Autor(a)