DA INCERTEZA QUANTO AO RECONHECIMENTO
DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE APLICÁVEIS
AO EMBRIÃO: A CONSTITUCIONALIDADE
DA CRIAÇÃO HIPOTÉTICA DE UMA EMENDA
CONSTITUCIONAL VISANDO PACIFICAR A
QUESTÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS NO
ÂMBITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA

UNCERTAINTY REGARDING THE RECOGNITION
OF PERSONALITY RIGHTS APPLICABLE TO THE EMBRYO:
THE CONSTITUTIONALITY OF THE HYPOTHETICAL
CREATION OF A CONSTITUTIONAL AMENDMENT
AIMING TO PACIFY THE ISSUE AND ITS
CONSEQUENCES WITHIN THE SCOPE OF THE
PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Grace Ladeira Garbaccio

Pós-Doutora pela École de Management de Universidade Sorbonne. Doutora e Mestre em Direito pela Faculté de Droit de Universidade de Limoges/França. Professora dos programas *stricto sensu* de Direito Constitucional e de Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0658-9472> E-mail: ggarbaccio@hotmail.com

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2009). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2003). Professor do Departamento de Direito da Escola Superior (Pública) de Gestão do IPCA. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8859-4023> E-mail: gsopasdemelobandeira@ipca.pt

João Henrique Almeida Scaff

Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasil. Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1386-2297v> E-mail: jh_scaff@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho visa analisar a discussão teórica das questões envolvidas na aplicação dos direitos da personalidade ao embrião, analisando em plano secundário a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3510/DF). Apresentada a problemática, cogita-se estruturar a hipótese de uma emenda constitucional visando pacificar o tema, momento em que se passa a estudar a possibilidade de ser realizado o controle de constitucionalidade, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana. A pesquisa parte da metodologia indutiva-dialética, com a qual objetiva-se investigar como a nova redação processualista poderia conferir vozes à multiplicidade de questões submetidas à deliberação colegiada.

Palavras-chave: Embrião. Direitos da personalidade. Constitucionalidade. Dignidade humana.

Abstract: The present work aims to analyze the theoretical discussion of the issues involved in the application of Personality Rights to the embryo, analyzing in a secondary level the decision of the Federal Supreme Court (ADI nº 3510/DF). Having presented the problem, it is considered structuring the hypothesis of a constitutional amendment in order to pacify the issue, at which point the possibility of carrying out the constitutionality control is studied, emphasizing the principle of the dignity of the human person. The research starts from the inductive-dialectical methodology, with which the objective is to investigate how the new proceduralist writing could give voices to the multiplicity of questions submitted to collegiate deliberation.

Keywords: Embryo. Personality rights. Constitutionality. Dignity.

Summary: 1. Introduction – 2. Application of personality rights to the embryo – 3. The constitutionality of the hypothetical creation of a constitutional amendment aimed at pacifying the issue and its consequences within the scope of the principle of human dignity – 4. Conclusion – Bibliographic references

Sumário: 1 Introdução – 2 Aplicação dos direitos da personalidade ao embrião – 3 A constitucionalidade da criação hipotética de uma emenda constitucional visando pacificar a questão e seus desdobramentos no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana – 4 Conclusão – Referências

1 Introdução

A fertilidade, definida como a capacidade de engravidar no período de um ano de relações sexuais regulares e sem estímulo medicamentoso,¹ é questão que foi imposta aos casais ao longo da história, muitas vezes, como o caminho para alcançar o objetivo central do matrimônio, a constituição da família tradicional, entendida como pai, mãe e filhos.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que há 48 milhões de casais e 186 milhões de indivíduos que possuem infertilidade em todo o mundo,² sendo

¹ FARIA, Dieime Elaine Pereira de; GRIECO, Silvana Chedid; BARROS, Sônia Maria Oliveira de. Efeitos da infertilidade no relacionamento dos cônjuges. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reeusp/a/qswx8twvT99qD3tHwzxrqJ/?lang=pt>. Acesso em: 15 mar. 2022.

² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Infertility*. 14 set. 2020. Disponível em: <https://redlara.com/images/arquivo/Infertility.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

que a prevalência da infertilidade varia nos diferentes países: com mínimo de 5% e máximo de 30% dos casais.³

Ante esse quadro, a ciência, ao longo dos anos, buscou diversas soluções. Em 1970, foi relatado o primeiro nascimento de uma criança a partir de uma fertilização extracorpórea. Desde então, as técnicas de fertilização, em especial a *in vitro* (FIV),⁴ têm se aprimorado, na busca de possibilitar a concretização do projeto parental.

Concomitantemente, as técnicas de manipulação genética foram desenvolvidas. Com isso, em abril de 1990, foi publicado um artigo na revista *Nature* anunciando o nascimento de uma “nova tecnologia que permite realizar diagnósticos genéticos em um embrião antes de ele ser implantado no corpo de uma mulher”.⁵

Cabe destacar que o embrião pode ser definido como a célula vocacionada à vida humana autônoma, pois, desde que fixado em ambiente adequado, no caso, a parede uterina (nidação), ele se multiplicará e dará forma ao que definimos como ser humano. No entanto, para se criar um embrião, é necessária a fecundação, que nada mais é que a fusão dos gametas masculinos e femininos, a partir dos quais se origina uma nova célula com código genético.

Portanto, quando se fala de fertilização *in vitro* ou mesmo em terapia genética embrionária, trazemos à tona antigas discussões sobre a identidade dos indivíduos, ou seja, sobre o valor unitário do homem e as bases antropológicas que o posicionam no ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, parece evidente que a manipulação genética poderia alterar a concepção enquanto espécie, atingindo, inclusive, as concepções do direito e da ética social, pilares básicos da integração social.⁶ De todo modo, são inegáveis os benefícios que os avanços científicos ofertam, como a prevenção e a cura de doenças.

Contudo, questiona-se: todos os avanços são aceitáveis? Todos os avanços, necessariamente, podem ser classificados como positivos? A título de exemplo, podemos citar a técnica do diagnóstico genético pré-implantacional, em que, em

³ PEÇANHA, Doris Lieth; BLANQUER-LAGUART, Albert. (In)fertilidade – cultura médica e cultura do casal. *Boletim Academia Paulista de Psicologia*, São Paulo, v. 38, n. 95, p. 165-178, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v38n95/v38n95a04.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁴ Reprodução assistida (RA) é o termo utilizado para o tratamento médico da infertilidade, sendo que o conjunto de técnicas empregadas vem sendo designado como técnicas de reprodução assistida (TRA), comumente as mais indicadas são a fertilização *in vitro* (FIV) e a *Intra Cytoplasmic Sperm Injection* (ICSI) (PEÇANHA, Doris Lieth; BLANQUER-LAGUART, Albert. (In)fertilidade – cultura médica e cultura do casal. *Boletim Academia Paulista de Psicologia*, São Paulo, v. 38, n. 95, p. 165-178, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v38n95/v38n95a04.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022).

⁵ MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 532.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 37.

termos gerais, realiza-se uma biópsia no embrião em sua fase inicial, extraindo poucas células e realizando testes.

A técnica foi utilizada pela primeira vez em 1989 para selecionar embriões para dois casais ingleses com histórico familiar de doenças genéticas, uma delas sendo caracterizada como grave retardo mental e outra como síndrome imunológica, ambas ligadas ao cromossomo X (doenças genéticas incuráveis que se manifestam apenas no sexo masculino). Assim, para esses casos, foi realizada a seleção dos embriões do sexo feminino e ambos os casais tiveram filhas gêmeas; como predito, todas nasceram livres da doença.⁷

A notícia gerou clamor no mundo científico, sendo recebida com cautela, uma vez que a técnica poderia ser utilizada para fins de eugenia.⁸ Com isso, países como a Alemanha e a Áustria, que possuem história marcada por racismo, genocídio e aplicação de ações eugênicas pelo Estado, impuseram restrições à técnica. Já a Índia, nação marcada por ser sexista, que privilegia o nascimento de homens em detrimento ao de mulheres, como também ocorre na China, declarou a técnica como ilegal.

Dessa forma, a ambivalência é, talvez, o traço dentro do conhecimento técnico científico que reforça a necessidade da criação de instrumentos jurídicos que sirvam de contrapeso para as condutas dos desenvolvedores de biotecnologia. Por consequência, é inegável que o tema encontra ligação com a concepção de liberdade. Todavia, para se discutir a questão da redução dos riscos, o trabalho tende a não aderir ao conceito de liberdade anômica radicalizada como sendo a ausência de um compromisso social antes do ato que religa o cientista com o sistema de valores, ou seja, um mundo em que não existem regras sociais. Nesse ponto, partimos do pressuposto da ideia de liberdade mais inclinada às noções defendidas por Durkheim,⁹ em que o constituinte da liberdade é a subordinação dos atos do indivíduo às forças sociais.

No entanto, apesar de não ser possível analisar a questão posta de forma desassociada, não pretendemos realizar uma análise ética sobre o tema, e sim sua relação com os direitos da personalidade, considerando, por consequência, os direitos fundamentais,¹⁰ em especial a dignidade humana, à luz da sua eficácia

⁷ MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 533.

⁸ No caso, seria a utilização da técnica para melhorar a qualidade do ser humano em seus diversos aspectos ou mesmo para fins de satisfação individual.

⁹ 2010, p. 406.

¹⁰ Nesse ponto, consideramos a dicotomia dos direitos da personalidade. Assim, no aspecto do direito público, encontram-se os direitos fundamentais da pessoa, objeto que prioriza a relação estatal, impedindo abusos. No campo privado, encontram-se os direitos da personalidade, que regulamentam as relações privadas, ficando evidente a diferença dos enfoques das proteções.

horizontal, objetivando verificar a legalidade dos procedimentos citados e o entendimento jurisprudencial.

Ao final, sob o prisma constitucional, será levantada a hipótese da possibilidade de alteração no texto constitucional a fim de encerrar a discussão teórica, ofertando segurança jurídica ao tema, considerando, ainda, a possibilidade de arguição de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais que versarem sobre o assunto.

Nesses termos, este estudo parte de uma metodologia dialética para investigar como essa inevitável incompatibilidade dos referidos institutos tem sido discutida na academia e nos fóruns processualistas, com atenção especial ao método que pode permitir ao Poder Judiciário dar voz às múltiplas singularidades, ponto de vista exigido na maioria das democracias em processos que inevitavelmente influenciam a vida de várias pessoas.

2 Aplicação dos direitos da personalidade ao embrião

De modo geral, o termo “responsabilidade”¹¹ é utilizado para imputar à pessoa, física ou jurídica, o dever de arcar com as consequências de seu ato ilícito. Essa concepção clássica da responsabilidade civil ganha força quando somos conscientes de que, no campo social, em especial no segmento da ciência, “as decisões dos outros tornam-se na realidade um risco para mim, e as minhas livres decisões significam um risco para os outros”.¹²

A colocação de Franz Josef Brüseke conduz à reflexão de qual seria o instituto jurídico apto a proporcionar o direito de destinar a proteção contra atos de terceiros que, de forma direta ou indireta, sejam capazes de causar lesão ou mesmo ameaça de dano provável. Nesse aspecto, quando tratamos de pesquisas científicas e técnicas de reprodução humana, as discussões quanto ao risco de lesão aos nossos valores intrínsecos, subjetivos, inerentes à natureza humana são postas no palco

¹¹ No âmbito da bioética, Guy Durand sustenta que o conceito de responsabilidade está no centro de toda ética, para o doutrinador “assumir responsabilidade é realizar corajosamente a ação que se impõe, mas é em primeiro lugar *refletir* sobre a ação que se impõe levando em conta ao mesmo tempo a situação concreta, em sua singularidade e complexidade, e diversas balizas éticas segundo sua especificidade” (DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nícolas Nyimi Campanário. 5. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2014. p. 88). Já Van Rensselaer Potter, ao refletir sobre o debate sobre a vida digna/significativa, conclui que o “cerne da questão, em todos os casos envolvendo vida significativa, é responsabilidade” (POTTER, Van Rensselaer. *Bioética global: construindo a partir do legado de Leopold*. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2018. p. 130), para o autor, todas as partes envolvidas na questão devem assumir a responsabilidade por sua decisão ou não decisão.

¹² BRÜSEKE, Franz Josef. *A técnica e os riscos da modernidade*. Florianópolis: UFSC, 2001. p. 26.

de debates, sendo necessário que o direito disponibilize ferramentas a fim de implantar a solução adotada democraticamente.

Para isso, o direito privado, partindo da concepção de que o homem é um valor unitário, posicionando-se no centro do ordenamento jurídico, e, principalmente, após a 2ª Guerra Mundial, começou a desenvolver o instituto dos direitos da personalidade, visando à defesa dos direitos subjetivos, concernentes à natureza da condição de pessoa humana. Por consequência, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹³ destacam que “os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para preservação de sua dignidade”.

Se por um lado a bioética abrange um “complexo axiológico e principiológico relativo à responsabilidade de todo ser humano em relação às gerações futuras e ao equilíbrio ambiental, imprescindível à viabilidade de suas respectivas condições de vida”,¹⁴ motivando argumentos como o *slippery slope*, de não tolerar pesquisas, sob pena de o desenvolvimento tornar as condutas incontrolláveis. Por outro, o direito civil aplica-se não sob a visão do princípio da precaução em seu aspecto abstrato, mas, principalmente, para inibir ações/conduas concretas, violadoras ou aptas a expor a risco os direitos da personalidade.

Sob esse cenário, é inegável que a discussão sobre o momento em que a vida se inicia e o instante em que ela termina (art. 6º do Código Civil de 2002) é relevante para o estudo do tema, pois é a partir deste ponto que são estabelecidos os marcos temporais para a aplicação das diversas teorias legais, a fim de abranger os direitos aplicáveis ao embrião.

Começando pela morte, o tema se encontra praticamente pacificado, ou seja, desde a década de 1960, a morte cerebral tornou-se o marco para se decretar o fim da vida de uma pessoa.¹⁵ O nosso ordenamento jurídico adotou esse entendimento quando a Lei nº 9.434/1997, em seu art. 3º,¹⁶ estabeleceu a morte encefálica como condição para a realização dos procedimentos da retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 178.

¹⁴ MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comprado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

¹⁵ Pontes de Miranda é radical ao afirmar que se deve “afastar qualquer alusão a direitos da pessoa *depois* da morte. Morto não tem direitos; só os vivos os têm. O direito é organização da vida social dos vivos” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Título I. Campinas: Bookseller, 2000. p. 43).

¹⁶ Art. 3º da Lei nº 9.434/1997: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

ou a tratamento. Já em Portugal, não é assim que acontece, pois o Despacho nº 14.341/2013, de 6 de novembro – o qual teve em consideração os ditames da Conferência Internacional de Maastricht em 1995 –, passou a prever os “Requisitos para colheita de órgãos em dadores falecidos em paragem cardiocirculatória”. Ou seja, a questão da “morte cerebral”, “para o bem e para o mal”, foi ultrapassada, no que concerne designadamente à colheita e transplante de órgãos humanos.¹⁷ Ou seja, se formos por este prisma, também o começo da vida pode ser visto doutra perspectiva...¹⁸

Com base no critério de morte, Peter Singer¹⁹ defende que a vida inicia na ocorrência das primeiras funções cognitivas ligadas à organogênese cerebral. Para Singer, para ser considerado um ser, é necessária a capacidade de sentir dor (sensibilidade), sendo capaz o indivíduo de perceber aquilo que afeta a sua sensibilidade (consciência). No caso, conforme esclarecido no estudo de Edna Raquel Hogemann “deve-se deixar de tomar decisões éticas com base na aparência externa do ser, ou em outras características factuais. Deve-se dar relevância aos interesses, principalmente ao interesse em não sentir dor”.²⁰

Sob o outro ponto de vista, o Prof. Dernival da Silva Brandão é claro ao dizer que “o embrião é o ser humano na fase inicial da sua vida”, sendo inegável que ele já possui a sua constituição genética específica e própria, ou seja, suas características pessoais, como sexo, cor da pele e dos olhos, grupo sanguíneo etc. Dessa forma, conclui que

¹⁷ “1 – Os requisitos necessários para a colheita de órgãos em dadores falecidos em paragem cardiocirculatória são os seguintes:/a) A pessoa falecida a quem se pretende extrair órgãos não esteja inscrita no Registo Nacional de Não Dadores (RENDA);/b) O diagnóstico da paragem irreversível das funções cardiocirculatórias tenha sido feito mediante exame clínico adequado, após um período apropriado de observação, de acordo com o disposto no anexo ao presente despacho e do qual faz parte integrante;/c) A extração de órgãos a dadores falecidos só pode fazer-se após comprovação e certificação da morte (ausência irreversível das funções cardiocirculatórias e cerebrais), realizada de forma e com os requisitos que constam no anexo ao presente despacho por médicos com qualificação ou especialização adequadas a este fim, independentes daqueles que realizam colheitas ou transplantes;/d) Ser registada como hora legal de falecimento a hora em que se completou o diagnóstico de morte;/e) Após o diagnóstico de morte do indivíduo para efeitos de doação, procede-se a técnicas de preservação, com vista à colheita de órgãos, tal como previsto no anexo ao presente despacho”.

¹⁸ Quanto ao problema do tráfico de órgãos, no sentido de que já anos atrás havia muito a prevenir, BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. «Do we need a ‘new’ international convention that helps to avoid trafficking in organs? Some ‘criminal (and civil) law aspects’» – «Convention on Human Rights and Biomedicine – updated or outdated?». *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 9, n. 17, p. 215-233, 2012.

¹⁹ SINGER, Peter. *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós, 1997. p. 213.

²⁰ HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco da vida humana e seus limites bioéticos. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, São Paulo, 4-7 nov. 2009. p. 1270.

não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma “matéria germinante”. Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental.²¹

De todo modo, parece-nos que, atualmente, a questão não encontra diálogo com o conceito biológico de embrião, mas sobre os requisitos construídos com fulcro na ciência do direito, buscando construir o conceito de “pessoa” e o momento em que se inicia a vida, aplicando as consequências dessa formulação jurídica ao embrião.

A correlação dos conceitos se agrava quando a questão adentra a filosofia, uma vez que a tecnicidade da biologia perde relevância. Como exemplo, Sandra Paço e Sérgio Deodato lembram que alguns autores, ao ponto de vista filosófico, defendem que o início de vida humana biológica não é equivalente a ser “pessoa”. Para tanto, “os atributos significativos nesta perspectiva, para ser pessoa, são a consciência, a racionalidade, a capacidade de se relacionar e comunicar e o sentido de passado e futuro”.²²

Em resumo, Guy Durand divide o critério de se estabelecer o início da vida em duas ordens: biológica e relacional. A primeira, biológica, divide-se em duas correntes, a primeira denominada “humanização imediata” que estabelece o início da vida no momento da fecundação, e, a segunda, denominada “humanização diferida”, que, apesar de considerar os critérios biológicos, pondera que o indivíduo não é um ser humano completo, ou seja, uma pessoa de imediato, dependendo para o seu reconhecimento a aquisição progressiva de certas formas e funções inerentes ao homem. Os adeptos dessa corrente divergem quanto ao critério do marco do início da vida, estabelecendo, alguns, a nidação, outros, a formação do sistema nervoso central, a formação de membros e órgãos, ou, ainda, o momento do próprio nascimento. Por fim, temos a “ordem relacional”, em que “o feto só se torna realmente humano quando ele é autônomo ou quando é reconhecido e aceito como tal por seus pais ou pela sociedade”.²³ Nesse caso, não existe relação com critérios biológicos, mas sim com critérios filosóficos ou psicológicos.

Diante da diversidade de entendimentos em reconhecer ou não o embrião como pessoa, em 1984, o Comité Consultatif National d’Ethique – CCNR da

²¹ BRANDÃO, Derval da Silva *et al.* *Vida: o primeiro direito da cidadania*. [s.l.]: [s.n.], 2005. p. 11.

²² PAÇO, Sandra; DEODATO, Sérgio. Estatuto do embrião humano: uma visão humanista. *Gazeta Médica*, v. 3, n. 4, out./dez. 2016. p. 164.

²³ DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. 5. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2014. p. 295-296.

França, ao emitir o Parecer nº 1,²⁴ empregou a expressão “pessoa humana em potencial”. Na ocasião, era proposto um caminho diferente, consistente em reconhecer o valor do embrião, sem ser por isso considerado uma pessoa no sentido pleno do termo. Nesse aspecto, “essa noção não deve ser compreendida como um conceito puramente biológico, nem mesmo unicamente psicossocial, mas antropológico e cultural, isto é, ético”.²⁵

No âmbito jurídico, Maria Helena Diniz²⁶ destaca que, para a teoria tradicional, “pessoa” “é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos”,²⁷ sendo essa a posição majoritária da doutrina. Contudo, a doutrinadora contrapõe o conceito exposto, citando o posicionamento de Hans Kelsen, que defende que a “pessoa” não é um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõe deveres e lhe confere direitos.

Nas palavras de Hans Kelsen, “pessoa física, não é – como afirma a teoria tradicional – o homem. Isso não é um conceito jurídico, e sim biológico-psicológico. Não exprime nenhuma unidade para o direito ou para o conhecimento do direito”.²⁸ Kelsen ainda esclarece que, quando se distingue o conceito científico-natural de homem do conceito jurídico de pessoa,²⁹ “isso não significa que ‘pessoa’ seja uma espécie particular de homem, mas que ambos representam duas unidades completamente diversas”.³⁰

Partindo desse contexto, parece que, nos dias atuais,³¹ a personalidade é uma ficção jurídica e não um estado biológico, ou seja, a personalidade é uma criação do estado social, não encontrando amparo unicamente no critério biológico.

²⁴ O parecer trata sobre a retirada de tecidos de embriões ou de fetos humanos mortos com fins terapêuticos, diagnósticos e científicos.

²⁵ DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. 5. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2014. p. 296.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1. p. 127.

²⁷ Sujeito de direito “é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma prestação ou titularidade jurídica, que é poder fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1. p. 127).

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

²⁹ Cabe salientar que o posicionamento de Kelsen não é o mais aceito, em sentido contrário, podemos destacar Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Orlando Gomes etc. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

³¹ Apesar de a afirmação não estar positivada no ordenamento jurídico nem expressa na doutrina, realizamos o apontamento com base no contido no julgamento realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3.510/DF, conforme iremos expor adiante.

Para compreender esse apontamento, é necessário realizar confronto da primeira parte do art. 2º, do Código Civil, o qual estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]”, induzindo a afirmação de que a personalidade no ordenamento se iniciaria com o nascimento. Todavia, o referido artigo destaca que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, gerando, por consequência, a ocorrência de diversas teorias.³²

Nesse campo, podemos destacar as três teorias que são as mais trabalhadas e aceitas pela doutrina pátria. A primeira é a teoria natalista,³³ que estabelece que a personalidade é adquirida com o nascimento com vida, não bastando o mero nascimento, sendo essa a personalidade real. Já a personalidade fictícia (nascituro)³⁴ seria aquela prevista na segunda parte do art. 2º, do Código Civil.

Sobre o tema, Orlando Gomes explica que a citada ficção atribui “personalidade porque reconhecem, nos beneficiários, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins”.³⁵ Logo, o natimorto não adquire personalidade.

Com base na teoria natalista, Pontes de Miranda destaca que “a concepção do ser humano é um fato jurídico *stricto sensu*. Dêsse fato não se irradia o efeito da personificação; mas irradiam-se outros”, tais como a pretensão de alimentos, o pátrio poder e a curatela do nascituro. Já o “nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu*. Dêle irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se predem à pessoa”.³⁶ Sendo que o nascimento sem vida “é fato extintivo dos efeitos que a haja produzido a concepção”.³⁷

³² O Código Civil português, no art. 66, nº 1º, condiciona a aquisição dos direitos da personalidade ao nascimento com vida, destacando no nº 2 do referido artigo que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. No caso, os direitos reconhecidos por lei aos nascituros dependem do seu nascimento, pois ausente a personalidade jurídica e, portanto, não há que se falar em sujeito de direito. Por isso, o Prof. Carlos Alberto da Mota Pinto destaca que “até o nascimento estamos em face da problemática dos direitos sem sujeito”, ou seja, “o direito só surge no momento do nascimento”, instante em que ocorrerá a retrocessão da personalidade (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 203).

³³ São adeptos dessa teoria Silvio Venosa, Eduardo Espínola, Silvio Rodrigues, Vicente Rão e Orlando Gomes.

³⁴ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem o nascituro como sendo “aquele que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu. É aquele que está no corpo da genitora” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 313). O mesmo entendimento foi adotado pelo Min. Ricardo Lewandowski no seu voto proferido na ADI nº 3.510/DF, momento em que definiu o nascituro como sendo “o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento” (BRASIL, STF, 2008).

³⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 109.

³⁶ Para Pontes de Miranda, o sexo, por si só, não é fato jurídico, pois este só aparece com o nascimento, tendo, porém, caracterizado antes (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Bens. Fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Bens. Fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 259-260.

A grande questão jurídica levantada para questionar a teoria natalista é que ela é incapaz de explicar a segunda parte do art. 2º do Código Civil. Sobre o tema, Orlando Gomes até justifica afirmando se tratar de “construção técnica destinada a alcançar certos fins”,³⁸ momento em que se dilataria o termo inicial e final da vida, visando à proteção de certos interesses. Contudo, o argumento é questionável, uma vez que o Código Civil reconheceu os direitos do nascituro e não as expectativas,³⁹ não havendo resposta aceitável para esse questionamento sem que haja uma interpretação em que se ignore o termo ou que ocorra a modificação do sentido.

Tentando solucionar o impasse, Sílvio de Salvo Venosa emprega o conceito de direito eventual, isto é, “um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido”. Por consequência, “os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva”.⁴⁰ No entanto, o argumento é válido para questões patrimoniais, mas parece insuficiente quando se trata de outras questões, como a subsistência, no caso, alimentos. Para isso, o autor justifica dizendo que “o fato de ter capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade”.⁴¹

De todo modo, com base na teoria natalista, não há problemas, *a priori*, em realizar pesquisa com células embrionárias, uma vez que não há que se falar em “pessoa”, ou seja, não há sujeito de direito.

Nessa linha, eventuais direitos garantidos e que são exercidos mediante representação dos genitores podem ser renunciados por eles no ato da contratação do procedimento junto à clínica de reprodução, como exemplo, podemos utilizar renúncia de quaisquer direitos sobre os embriões excedentes que são doados para fins científicos. Nesse caso, como o embrião não é sujeito de direito, não se aplicando os direitos da personalidade, não cabe a alegação de irrenunciabilidade, uma vez que o embrião não compõe o campo de proteção da norma jurídica, possuindo apenas uma mera expectativa de direito, que se concretizará no caso de nascimento com vida, o que, na pesquisa, em princípio, nunca ocorrerá.

Consequentemente, não se poderia dizer que existe um direito à vida, pois, com base na construção jurídica, não existe pessoa (sujeito de direito), por isso devemos, ao estudar o caso, desconstruir a relação do conceito biológico de vida

³⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 109.

³⁹ Apesar da ponderação realizada, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sustentam que, adotada a teoria natalista, “conclui-se que não sendo pessoa, o nascituro possuiria mera expectativa de direito” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 151). Sob essa interpretação, o termo “direito” seria compreendido como sinônimo de expectativa.

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 137.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 138.

com o conceito de pessoa ofertado pelo ordenamento jurídico, apesar de isso gerar uma incompreensão com conceito de que a pessoa é o valor fonte do direito,⁴² bem como uma dicotomia com a linguagem comum, em que pessoa é o ser humano em todas as suas fases.⁴³

Visando mitigar essa incompreensão, surge a teoria da personalidade condicionada,⁴⁴ que reconhece a personalidade desde a concepção, condicionando o reconhecimento com o fato de nascer com vida. Dessa forma, tanto os direitos patrimoniais quanto os direitos da personalidade ficam condicionados, apesar do seu reconhecimento desde a concepção, ou seja, o nascituro é pessoa condicional.

Todavia, como criticado por Chinelato, a presente teoria deixa margens para indagações, dentre elas a aplicação do direito à vida, que é absoluto, incondicional, não dependente, não podendo, portanto, condicionar o seu reconhecimento e aplicação com o fato de nascer com vida. Em outras palavras, “não há direito de personalidade condicional”.⁴⁵

Somado a isso, é incompatível com a concepção do nosso ordenamento jurídico a ideia de “meia pessoa”. Logo, deve-se encontrar um ponto pacífico sobre se o embrião é ou não pessoa, sob pena de o natimorto⁴⁶ ficar esquecido pelo ordenamento.

Com base nisso, fundado na natureza biológica de que a vida é um processo contínuo de desenvolvimento, em outras palavras, processo de divisão e multiplicação celular, surge a teoria concepcionista⁴⁷ ou verdadeiramente concepcionista,⁴⁸ que sustenta a ideia de que a “personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido”.⁴⁹

⁴² Miguel Reale trabalha bem esse conceito quando expõe a sua teoria tridimensional do direito.

⁴³ David Koepsell sustenta que “nossas identidades genéticas, combinadas com nossas histórias individuais, nos tornam únicos de maneiras mais fundamentais do que, por exemplo, nossas aparências, nossas impressões digitais, ou mesmo nossos sonhos, pensamentos, esperanças ou desejos, porque todas estas últimas coisas derivam em grande parte das primeiras” (KOESELL, David. *Quem é seu dono: a disputa para patentear os genes humanos*. Tradução de André Oides. Aparecida: Idéias & Letras, 2012. p. 149).

⁴⁴ Podemos destacar como seguidores dessa teoria nomes como Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes, Clóvis Beviláqua e Arnaldo Rizzardo.

⁴⁵ CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. p. 54.

⁴⁶ Natimorto é o termo atribuído ao feto quando morre dentro do útero materno ou durante o trabalho de parto.

⁴⁷ Podemos citar alguns autores que adotam essa corrente, entre eles Teixeira de Freitas, Beviláqua, Limongi França, Silmara Juny Chinelato, Flávio Tartuce e Francisco Amaral.

⁴⁸ Denominação ofertada pela Dra. Silmara Juny Chinelato.

⁴⁹ CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. p. 57.

Interessante a justificativa de Francisco Amaral quando diz que o embrião “não é simples conjunto de células, é o começo de uma vida, o início de uma pessoa, um sujeito de direito, pois é a vida, fato biológico, que governa a personalidade, do começo até o fim”.⁵⁰ Nessa perspectiva, toda a nossa sustentação anterior, de que o conceito de personalidade seria uma construção independente do conceito biológico, deve ser desprezada, nesse momento, uma vez que a teria concepcionista encontra arrimo no fato biológico.⁵¹

Devemos lembrar que a tal teoria sofreu influência do direito francês, sendo adotada pelo direito argentino, o qual estabelece que “desde a concepção no ventre materno começa a existência da pessoa”,⁵² consolidando os direitos quando nasce com vida e sobrevive, ou seja, no momento do choro, grito ou gemido após o corte do cordão umbilical.⁵³

Dessa forma, parece evidente que a doutrina concepcionista tem como base o fato de que, “ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica”.⁵⁴ Nessa linha, o nascimento com vida seria para aquisição da capacidade e, conseqüentemente, dos direitos patrimoniais.

Para Chinelato, a expressão “nascimento com vida”, contida no art. 2º do Código Civil,⁵⁵ nada mais é que um enunciado positivo de condição suspensiva, devendo ser entendido,

ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do art. 2º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos

⁵⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 317.

⁵¹ Não se pode afastar a ideia de vínculo entre o ser humano e a concepção de vida. Dessa forma, é inegável que o início biológico possui relevância jurídica. Nas palavras de Vicent Bourguet, “o respeito pela vida tem como centro e condição o respeito que o ser humano tem por sua própria vida, por seu próprio corpo e por seu início biológico” (BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação*: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 231).

⁵² Art. 70 do Código Civil argentino: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

⁵³ BOSSERT, Gustavo Alberto. A influência do código civil francês sobre o código civil argentino com referência a outros códigos da América hispânica. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 27, 2004. p. 130.

⁵⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 241-259, 2009.

⁵⁵ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

(e não expectativas de direitos) e estados ao nascituro,⁵⁶ não desde o nascimento com vida, mas desde a concepção.⁵⁷

Dessa forma, a partir do momento da concepção, o nascituro já seria titular de direitos da personalidade, ou seja, é inegável a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao nascituro.⁵⁸

Nesse aspecto, personalidade é um valor, pois o nascituro já é pessoa. No entanto, a capacidade, como medida de valor, só é reconhecida com o nascimento com vida, ou seja, antes do nascimento com vida não existe a aquisição dos direitos patrimoniais.⁵⁹

Por isso, com base na doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, parece correta a afirmação de que a primeira parte do art. 2º, do Código Civil, se aplicaria para os critérios de caracterização da capacidade civil,⁶⁰ enquanto a segunda parte seria dedicada aos direitos da personalidade.⁶¹

Os defensores da teoria concepcionista destacam como fundamento normativo o *caput* do art. 5º da Constituição, o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente,⁶² o art. 2º da Lei nº 11.804/2008,⁶³ bem como a existência de tutela

⁵⁶ Importante destacar que o nascituro não pode ser confundido com o *concepturo*, que não foi concebido. No caso, “enquanto o nascituro é o filho que alguém já concebeu, mas ainda não nasceu, o concepturo é o filho que ainda vai conceber” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 314). Como exemplo de aplicação desses conceitos, podemos citar o art. 1.800, §4º do Código Civil.

⁵⁷ CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Questões controvertidas: parte geral* do Código Civil. São Paulo: Método, 2007. p. 57.

⁵⁸ Sob esse entendimento, poderíamos discutir a legalidade de alguns métodos contraceptivos, em especial a “pílula do dia seguinte”, uma vez que um dos seus efeitos é alterar o endométrio, impedindo a fixação do ovócito já fecundado na parede do útero (nidação).

⁵⁹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald apontam que não haveria diferença prática entre a teoria concepcionista e a condicionalista, uma vez que a distinção é “relativa à qualificação jurídica: para os concepcionistas, se o nascituro dispõe de direitos da personalidade é porque já tem a própria personalidade jurídica, apesar dos direitos patrimoniais ficarem condicionados; de outra banda, os condicionalistas afirmam que, apesar de já titularizar os direitos da personalidade, se os direitos patrimoniais estão condicionados, a personalidade jurídica, como um todo, está condicionada” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 317).

⁶⁰ A capacidade civil é a possibilidade para o exercício dos atos da vida civil, ou seja, capacidade jurídica “envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 326).

⁶¹ “Art. 2º A personalidade (*capacidade*) civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos (*da personalidade*) do nascituro”.

⁶² “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

⁶³ “Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, *da concepção ao parto*, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações,

do direito penal, citando como exemplo a criminalização do aborto (arts. 124/128), ou seja, tais artigos, em regra,⁶⁴ reconhecem o direito de nascer, protegendo o direito à vida do nascituro. Já em Portugal, o aborto é (des)criminalizado no Código Penal português de forma diferente.⁶⁵

Na esfera internacional, o Ministro Ricardo Lewandowski, na ADI nº 3.510/DF, destacou que considerando a

[...] prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, *concessa venia*, que a vida, do ponto de vista estritamente vista legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo. Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana de Direitos

parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

⁶⁴ Existem exceções na jurisprudência da nossa Suprema Corte, como a questão da possibilidade de aborto do feto anencefálico (ADPF nº 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio), bem como o precedente que reconheceu a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre (HC nº 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio e Red. do Min. Roberto Barroso).

⁶⁵ Cfr. arts. 140^a e 141^a. E refere o art. 142^a do CP, “Interrupção da gravidez não punível”: “1 – Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:/a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;/b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;/c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;/d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas./e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez./2 – A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte./3 – Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas./4 – O consentimento é prestado:/a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção;/b) No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável./5 – No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psicicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral./6 – Se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos./7 – Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as leges artis”.

Humanos,⁶⁶ sem cuidar da implantação ou não do óocito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extra-corpórea, estabelece, *tout court*, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, *desde a concepção*”. (Grifos nossos)⁶⁷

No entanto, o ministro faz uma ressalva, destacando que o entendimento de a vida se iniciar na concepção não abala o raciocínio constante no Código Civil, “segundo o qual a legislação pátria somente ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento”.⁶⁸

Ocorre que a teoria da concepção, discutida no direito civil, não se mistura com a teoria da nidação, que determina o início da vida.⁶⁹ Para essa teoria, o início da vida ocorre com a implantação do embrião no útero materno (nidação). Logo, apenas se pode falar em vida se há viabilidade,⁷⁰ ou seja, embriões concebidos em laboratórios não são pessoas, ante a ausência de viabilidade para o seu desenvolvimento, tornando-se tutelado pelo direito após a sua implantação no útero materno.

Aqui, entramos no julgamento do *hard case* – ADI nº 3.510/DF, que discutia a constitucionalidade do art. 5º, da Lei nº 11.105/2005.⁷¹ Nesse contexto, vale estudar o seguinte trecho da decisão:

⁶⁶ A Convenção foi acolhida no plano jurídico interno pelo Decreto nº 678/1992.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Plenário. Relator: Ayres Brito, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Plenário. Relator: Ayres Brito, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁶⁹ Sobre as diversas teorias que estabelecem critérios para o início da vida, recomendados a leitura de HOLANDA, Caroline Sátiro. A reprodução humana assistida e o direito: em busca de definições jurídicas para o nascituro e para o embrião humano congelado. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conped*, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3873.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

⁷⁰ Para Vicent Bourguet, a “viabilidade não é um acontecimento como o nascimento, mas um estágio abstrato que remete ao mesmo tempo ao próprio desenvolvimento fetal e às nossas possibilidades técnicas” (BOURQUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 111).

⁷¹ “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

III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (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 irrepitível. 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.*

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

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”.

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. [...]

VIII – SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. *Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto.* A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.⁷²

Dito isso, sem entrar nos detalhes do julgamento, pois isso foge do objeto deste trabalho, analisando o acórdão, em especial do trecho destacado, entendemos que o Supremo Tribunal Federal lançou uma nova teoria aplicável ao nascituro, em especial no que tange aos direitos da personalidade, consistindo em uma teoria que se posiciona entre a teoria concepcionista e a natalista,

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Plenário. Relator: Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 2 abr. 2022.

implementando, dessa forma, a aplicação via jurisprudência da *teoria da nidação*⁷³ ao direito civil, pois afastou a proteção do art. 2º ao embrião desde a sua concepção.

Veja que, apesar de a Suprema Corte basear a sua decisão na teoria natalista, essa corrente não alterava, em regra, o termo concepção inserido no art. 2º do Código Civil, estabelecendo que entre a concepção e o nascimento haveria apenas *expectativa de direito*.

Ocorre que a decisão da ADI nº 3.510/DF, restringiu, inclusive, o marco inicial em que há a expectativa de direito, uma vez que utilizando o critério da *potencialidade*, passa a entender que tal expectativa se aplica após a ocorrência da nidação, ou seja, antes não há expectativa de direito.

Por consequência, a segunda parte do art. 2º, do Código Civil, na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, deve ser interpretada, alterando a palavra “concepção” e inserindo o termo “nidação”, ou seja, o artigo resta escrito (de forma interpretativa) da seguinte forma: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a *nidação*, os direitos do nascituro”.⁷⁴

Dessa forma, verifica-se que o critério para o estabelecimento do marco – nidação – baseou-se no critério da “potencialidade”,⁷⁵ ou seja, a nidação é necessária para “algo se tornar pessoa humana”. Constatando-se isso, já se tem o bastante para ocorrer a proteção infraconstitucional, contra “tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”.⁷⁶

⁷³ Existe uma corrente que é adepta à chamada teoria da pessoa humana em potencial. Com base nela, “não é possível identificar totalmente o embrião como uma pessoa humana, visto que ele não possui personalidade e não é capaz de exercer direitos e contrair obrigações, no entanto, embora ele não seja uma pessoa humana, não se pode dizer que ele constitui um mero amontoado celular, uma vez que seu desenvolvimento leva a formação, indubitavelmente, de um ente humano” (COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MEDEIROS, Robson Antônio de. Reflexões acerca da reprodução humana assistida e da fase embrionária do desenvolvimento humano. Do embrião in vivo, do embrião in vitro e do nascituro. In: SOUSA, Eduardo Sergio Soares; SILVA, Monica Neves Aguiar da; RECKZIEGEL, Janaina (Org.). *Biodireito I*. Florianópolis: Conpedi, 2014. v. 1. p. 3-25. p. 13). Optamos em não utilizar essa denominação, pois o STF estabelece a nidação como o marco inicial de proteção, dessa forma, a denominação teoria da nidação mista parece se adequar melhor, apesar de não haver grandes diferenças entre elas, a não ser quanto à variação dos marcos temporais.

⁷⁴ Texto alterado por nós para fins didáticos.

⁷⁵ Michael J. Sandel sustenta que a vida se desenvolve em níveis. Dessa forma, para ele “embriões são seres humanos em potencial” (SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 124). Contudo, o autor admite a dificuldade de se reconhecer o início exato da personalidade no curso do desenvolvimento humano, mas adverte que isso não significa que os blastocistos sejam pessoas.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Plenário. Relator: Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. p. 172. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 2 abr. 2022.

Ora, é inegável que não existe termo sem significado nos dispositivos legais, sendo que a utilização de concepção é sem dúvida um marco temporal para o reconhecimento do início da vida pelo legislador ou para resguardar a expectativa do direito. Quando a Suprema Corte interpreta o dispositivo, utilizando o que denominamos de teoria da nidação mista, o órgão altera, por via interpretativa, o significado da norma do art. 2º, do Código Civil, inserindo uma nova teoria aplicável ao nascituro com fundamento legislativo questionável, ante a expressão “concepção” no texto legal. Prova disso é que todas as teorias discutidas anteriormente não ignoravam o termo “concepção”, muito menos alteravam o seu significado, divergindo no aspecto dos efeitos jurídicos no que tange à 1ª e 2ª parte do dispositivo. Contudo, não foi isso que foi realizado pela Suprema Corte.

O Ministro Carlos Ayres Brito asseverou que a Constituição era omissa sobre estabelecer o marco inicial do início da vida, utilizando, para tanto, a expressão “silêncio da morte”, dizendo, ainda, que a questão não restava em estabelecer o início da vida, mas “saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida”.⁷⁷

Assim, o ministro, baseado no pensamento de Ronald Dworkin, frisa que “o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico⁷⁸ do ser humano”,⁷⁹ denominando o fato de “tutela jurídica proporcional”. Ocorre que o pensamento citado não encontra amparo na Constituição, uma vez que não resta expresso no texto uma maior ou menor amplitude do direito à vida relacionado ao estágio temporal da pessoa.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Plenário. Relator: Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. p. 166. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 2 abr. 2022.

⁷⁸ Existem diversos posicionamentos que refutam a ideia da tutela jurídica proporcional, uma vez que “a existência de diferentes etapas na vida de uma pessoa não significa que, para diferentes etapas, possamos falar em diferentes graus de plenitude” (RAMOS, D. L. P.; SILVA, M. M. P.; CALDATO, M. C. F. A pessoa e a vida humana: um fundamento para a bioética. In: RAMOS, D. L. P. *Bioética, pessoa e vida*. São Caetano do Sul: Difusão, 2009, p. 52 *apud* LUCATO, Maria Carolina; RAMOS, Dalton Luiz de Paula. O conceito de pessoa humana da bioética personalista (personalismo ontologicamente fundado). *Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 57-75, jan./jun. 2010. Disponível em: http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/varias_personalista.pdf. Acesso em: 3 abr. 2022). Em outras palavras, se o processo de desenvolvimento biológico do ser humano inicia-se com a concepção, gerando a primeira clivagem, permanecendo o processo de multiplicação celular até a sua morte, não há, em regra, um lapso temporal do início da vida nesse processo (nidação), pois o processo do seu desenvolvimento já teve início, constituindo a nidação mais uma etapa da formação do homem (como o próprio nascimento), nada mais.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Plenário. Relator: Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 2 abr. 2022. p. 167.

Tanto é que José Afonso da Silva sustenta que a vida “é mais que um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para a morte” complementa dizendo, “tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida”⁸⁰ e, por consequência, resulta na violação do objeto assegurado no art. 5º da Constituição.

Consequentemente, verifica-se que o posicionamento ofertado pela Suprema Corte se afastou da teoria tradicional, aproximando-se do conceito de Hans Kelsen, em que a pessoa não é um indivíduo, mas um conceito jurídico. Dessa forma, a teoria da nidação representa uma ficção jurídica e não um estado biológico, que visa interpretar o art. 2º, do Código Civil, sob uma visão antropológica e cultural, desprendida dos critérios biológicos, proporcionando um resultado utilitarista,⁸¹ que objetiva o maior ganho social, ofertado por meio das pesquisas e dos tratamentos com células embrionárias.

Esse aspecto já era salientado por Heloisa Helena Gomes Barboza, quando ela ressaltava que “os fins altruísticos e solidaristas que autorizam a obtenção de células-tronco de embriões humanos em laboratório, especialmente dos inviáveis, se sobrepõem à ideia de sua reificação ou instrumentalização, respeitado que está o princípio da dignidade humana”.⁸²

Em contraponto, poderia ser defendido que apenas embriões inviáveis poderiam ser destinados à pesquisa ou descarte, ou seja, aqueles que não possuem expectativa de vida.⁸³ No entanto, o argumento não é isento de críticas, como realiza Débora Gozzo e Fernando Queiroz, que ponderam que “dividir a humanidade em viável e inviável é verdadeira prática eugênica, ideia que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito”.⁸⁴

Com base nesses aspectos, principalmente ante o vácuo deixado pela Constituição em delimitar o início da vida – “silêncio da morte”, somado à grande divergência doutrinária e jurisprudencial, levantamos, hipoteticamente, para fins

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 197.

⁸¹ A presente afirmação é extraída do voto da Min. Ellen Gracie proferido na ADI nº 3.510/DF, quando esta afirmou a plena aplicabilidade “do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível”. A ministra ainda baseou seu voto nos conceitos de pré-embrião e embrião defendidos por Edward O. Wilson na sua obra *On human nature*.

⁸² BARBOSA, Heloísa Helena Gomes. Embriões excedentários e a Lei de Biossegurança: o sonho confronta a realidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V, 2005. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. p. 468.

⁸³ Atualmente, a Lei nº 11.105/2005, no art. 5º, incs. I e II, permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos quando estes forem classificados como inviáveis ou congelados há mais de 3 anos.

⁸⁴ GOZZO, Débora; QUEIROZ, Fernando Baleira Leão de Oliveira. O direito ao respeito da vida embrionária na reprodução assistida. In: ENGELMANN, Wilson; FAGUNDEZ, Paulo Roney Avila. *Biodireito*. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 227.

didáticos, a possibilidade de essa omissão constitucional ser sanada por intermédio de uma emenda constitucional, a fim de pacificar o assunto, motivo pelo qual a terceira parte do trabalho será destinada a verificar a constitucionalidade de eventual medida.

3 A constitucionalidade da criação hipotética de uma emenda constitucional visando pacificar a questão e seus desdobramentos no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana

Partindo do pressuposto de que o homem é o centro do ordenamento jurídico, diversas questões são levantadas. Em sede de embriões humanos, o “projeto moderno de domínio tecnológico envolvendo o homem não vem triunfando exageradamente. Parece ter ocorrido uma perda do vínculo do homem com a natureza, ao mesmo tempo em que se inicia um *ilimitabilidade* humana”.⁸⁵ Nesse ponto, tratar a “pessoa” como um objeto parece algo inaceitável, mas que está ocorrendo.

Em contrapartida, a busca de meios para a sobrevivência sempre foi um anseio do homem, sendo que, no mundo moderno, as democracias devem incentivar o desenvolvimento de tecnologias que atendam a essa questão. Assim, as pesquisas científicas de células embrionárias e o domínio do conhecimento que elas geram é algo essencial para um país que anseia a sua independência, principalmente no aspecto social e econômico.

Dessa forma, o homem não pode ser reduzido a sua natureza, mesmo porque o instinto de liberdade caracteriza o ser humano,⁸⁶ sendo esse impulso o propulsor que impulsiona as pesquisas científicas e os avanços tecnológicos, mesmo havendo o risco da sua utilização para fins indesejados.

Por consequência, parece evidente ter ocorrido nos tempos atuais uma cisão da ideia de “pessoa humana” e a do “ser humano”, principalmente na área jurídica, ante o resultado do julgamento da ADI nº 3.510/DF. Contudo, essa divisão não é novidade, sendo que a Dra. Rita de Cassia R. T. Espolador já defendia que o

⁸⁵ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas*. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 59.

⁸⁶ Hans Jonas defende que a ambivalência faz parte do homem. Para o autor, o homem sempre existiu “com seus altos e baixos, em sua grandeza e em sua mesquinhez, em seu gozo e em seu tormento, em sua justificativa e em sua culpa, ou seja, em tudo o que não é separável da sua ambivalência. Tentar eliminá-la significa querer suprimir o homem e o caráter insondável da sua liberdade” (JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. da PUC-Rio, 2006. p. 350).

direito deveria “seguir de perto a existência das pessoas”. Entretanto, não poderia “mais considerar o homem no centro do universo, porquanto o modelo clássico de valores cedeu espaço ao desenvolvimento da sociedade e da tal forma que aquele passou a buscar incessantemente alterar a sua realidade”.⁸⁷ Nesse ponto, as tecnologias de manipulação genética inseriram a pessoa e a noção de sujeito em plano secundário.

Isso posto, devemos lembrar a discussão sobre o papel das instituições no desenvolvimento de uma nação, uma vez que há consenso doutrinário cada vez mais firme, inclusive, com base empírica, de que “as instituições, inclusive as jurídicas,⁸⁸ são um importante fator determinante do desenvolvimento econômico e, provavelmente, de outros aspectos de desenvolvimento”.⁸⁹

Nesse viés, precisamos ressaltar que a existência de um regime democrático é uma das condições para a busca da redução da desigualdade. Considerando isso, uma das pretensões dos nossos constituintes foi a inclusão dos *outsiders*.⁹⁰ No entanto, sabe-se que a busca da redução da desigualdade não pode visar apenas a redução da “desigualdade monetária”, aquela que se refere à renda, mas deve privilegiar a redução da “desigualdade não monetária”, que se refere às dimensões que vão além da renda, como acesso a serviços, capacitação e qualidade de vida.

Por isso, com base no princípio sugerido por Mashall, a Dra. Marta Arretche sustenta que a “desigualdade entre cidadãos só é eliminada quando o acesso aos serviços necessários a uma vida civilizada está dissociado da renda”.⁹¹ Logo, com base nessa linha de raciocínio, é dever do Estado oferecer o acesso a toda a

⁸⁷ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas*. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 60-61.

⁸⁸ Cabe destacar que aqueles que defendem uma reforma jurídica nos países em desenvolvimento visando ao avanço econômico refletem o papel do direito sob uma perspectiva otimista. Tais defensores são otimistas em pelo menos três níveis. “Primeiro, são otimistas ao acreditar que características específicas do sistema jurídico de um país desempenham um papel causal significativo na determinação de suas perspectivas de desenvolvimento; em suma, o direito é importante. Em segundo lugar, são otimistas quanto às possibilidades de uma reforma significativa. Em outras palavras, acreditam que os sistemas jurídicos mudam em resposta a esforços deliberados de reforma. Em terceiro lugar, são otimistas quanto à sua capacidade de identificar as reformas jurídicas que promoverão, em última análise, o desenvolvimento” (DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jun. 2009. p. 219).

⁸⁹ DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jun. 2009. p. 254.

⁹⁰ São indivíduos que não estão inseridos na sociedade com plenitude, dependendo da assistência estatal para ver supridas as suas necessidades básicas.

⁹¹ ARRETCHÉ, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: a inclusão dos *outsiders*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 33, p. 1-23, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/Mtx4F43dy9YJLkF9k85Gg7F/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 5 abr. 2022.

população aos serviços médicos, abrangendo todos os tratamentos de infertilidade e terapia genética, bem como promover o desenvolvimento da tecnologia pátria, a fim de garantir o desenvolvimento e a independência nacional.

Por isso, a agenda bioética não pode mais fechar os olhos ao conceito de vulnerabilidade, em especial no que tange “à solidariedade em relação às necessidades de grupos e comunidades e não somente às necessidades individuais”,⁹² ou seja, o contexto social não pode mais ser ignorado pela análise bioética.

Sob essa visão, podemos destacar os ensinamentos de Carlos Bernal Pulido, que, discutindo a teoria do Estado de bem-estar social, destaca que, segundo o princípio da solidariedade, “no caso de um indivíduo não conseguir satisfazer sozinho suas necessidades, a sociedade deve fazê-lo por intermédio do Estado”,⁹³ ou seja, “a satisfação de uma necessidade fundamental do indivíduo conforma uma propriedade material da fundamentalidade dos direitos fundamentais”.⁹⁴

Diante desse quadro, deparamo-nos com a seguinte dualidade: se por um lado é imposto ao Estado assegurar a vida humana, observando a dignidade e re- futando todas as formas que atentem contra a sua existência, por outro, o Estado deve fomentar o desenvolvimento tecnológico, a independência nacional e a redução da desigualdade, fornecendo acesso à população aos tratamentos médicos modernos.

Para essas questões,⁹⁵ parece interessante aplicar o denominado “pensamento jurídico do possível”, de Peter Häberle, que é lembrado por Gilmar Mendes

⁹² PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana; BARCHIFONTAINE, Cristian de P. de; HOSSNE, Willian S. *Bioética em tempos de globalização*. São Paulo: Loyola, 2015. p. 27.

⁹³ BERNAL PULIDO, Carlos. A fundamentalidade dos direitos fundamentais. Tradução de Ana Paula Soares. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 400.

⁹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. A fundamentalidade dos direitos fundamentais. Tradução de Ana Paula Soares. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 400.

⁹⁵ Quando nos deparamos com questões controversas e difíceis, temos que ter em mente os ensinamentos do Prof. Dieter Grimm, que, ao analisar o papel dos direitos fundamentais à luz da jurisprudência da Suprema Corte alemã, sustenta que “Although solutions to constitutional questions are still being sought in the text of the constitution, the Federal Constitutional Court stated from the beginning that no provision should be interpreted in isolation. Rather, each provision has to be interpreted in light of the whole constitution” (GRIMM, Dieter. *The Role of Fundamental Rights after Sixty-Five Years of Constitutional Jurisprudence in Germany*. *International Journal of Constitutional Law – HeinOnline*, New York. v. 13, n. 1, p. 9-29, jan. 2015. p. 28). Para o professor, os direitos fundamentais são onipresentes no ordenamento jurídico, na vida política e na sociedade alemã, devendo a interpretação da norma buscar implementar os valores protegidos pelos direitos fundamentais. Para tanto, destaca que “the goal to give the greatest possible effect to fundamental rights under changing conditions cannot be fulfilled without looking at reality. Therefore, in addition to a reference to values, a reference to the reality is a special trait of German constitutional interpretation. It compels courts to analyze reality and to be open to insights from social sciences” (GRIMM, Dieter. *The Role of Fundamental Rights after Sixty-Five Years of Constitutional Jurisprudence in Germany*. *International Journal of Constitutional Law – HeinOnline*, New York. v. 13, n. 1, p. 9-29, jan. 2015. p. 28). Diante disso, Grimm sustenta que, pelo fato de a sociedade estar sempre convivendo com mudanças, a

quando ressalta que o direito constitucional é “disciplina diretamente vinculada à cultura, à filosofia e à realidade contemporânea a qual se vincula”, destacando, ainda “que todas as situações relacionadas ao texto constitucional não podem ser interpretadas de modo isolado”.⁹⁶

Sob esse ponto de vista, “a Constituição não pode ser vista como um obstáculo à implementação de medidas essenciais”,⁹⁷ tornando necessário interpretá-la de modo a adequar seu conteúdo com a atualidade.⁹⁸ Nesse aspecto, parece ter sido isso o que aconteceu no julgamento da ADI nº 3.510/DF,⁹⁹ momento em que o Supremo Tribunal Federal preencheu a omissão do constituinte quando ele deixou de estabelecer o marco inicial da vida – *silêncio da morte*, a fim de estabelecer como baliza a nidação, com intuito de ponderar e encontrar um meio-termo da dicotomia entre a proteção da pessoa (vida) com os benefícios e os riscos do avanço científico.

Nesse aspecto, o papel do Poder Judiciário é crucial, por isso Luís Roberto Barroso expressa que a instituição deve estar blindada da influência imprópria da política. Para tal, utilizam-se dois instrumentos: a *independência*, que é um dogma das democracias contemporâneas; e a *vinculação ao direito*, em que os magistrados e os tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis. Logo, os “órgãos judiciais, ensinam o conhecimento convencional, não exercem

interpretação da Constituição deve considerar tal fato, sendo capaz de lidar com esse fenômeno, a fim de manter a sua relevância social. Por fim, o Tribunal deve não apenas analisar a adequação típica do fato à norma, mas, também, se a sua aplicação atende a seu propósito, considerando as consequências factuais da imposição da norma fundamental (GRIMM, Dieter. The Role of Fundamental Rights after Sixty-Five Years of Constitutional Jurisprudence in Germany. *International Journal of Constitutional Law – HeinOnline*, New York. v. 13, n. 1, p. 9-29, jan. 2015. p. 29).

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor jurídico*, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamentopossivel-caminhos-solucoes-constitucionais?Imprimir=1>. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor jurídico*, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamentopossivel-caminhos-solucoes-constitucionais?Imprimir=1>. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁹⁸ No que tange ao papel da Constituição, interessante a ponderação de Daniel Sarmento, pois ele sustenta que “a Constituição estatal exerce ainda papel fundamental nas engrenagens da sociedade contemporânea. Mas o constitucionalismo estatal não pode ser autista. Não pode fechar às influências externas e ao diálogo com outras fontes e instâncias transnacionais. Não se trata de subservidão ou renúncia à soberania, mas de abertura para a possibilidade de aprendizado mútuo, através de ‘fertilizações cruzadas’ entre diferentes sistemas normativos” (SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 123-124).

⁹⁹ A menção do *pensamento jurídico do possível* não foi citada de forma expressa no voto do Min. Gilmar F. Mendes no julgamento da ADI nº 3.510/DF. Na ocasião, o ministro preencheu o vazio jurídico, utilizando como baliza o “princípio – responsabilidade (Hans Jonas)”, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição deficiente (*Untermassverbot*).

vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador”.¹⁰⁰

Os conceitos tratados até aqui são essenciais para a manutenção do Estado Democrático de Direito, o qual visa “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”.¹⁰¹ Por isso, ante o peso do valor da democracia, podemos dizer que “o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito”,¹⁰² ou seja, a essência da legalidade democrática é a sua subordinação às previsões constitucionais.

No entanto, a realidade vivenciada pela sociedade de 1988 não é a mesma da atual, um exemplo é a questão discutida neste trabalho, pesquisa com células embrionárias, que, à época do constituinte, era algo longe da realidade. Para esse tipo de situação, o constituinte deixou o poder constituinte derivado de reforma via emendas constitucionais.

De acordo com as lições do Dr. Ademar Borges, o exercício do poder constituinte reformador encontra respaldo em dois imperativos aparentemente conflitantes. De um lado, “a necessidade de adaptação das normas constitucionais, cuja alteração garante que as *novas maiorias possam se autogovernar* e impede que as normas constitucionais se tornem obsoletas e ultrapassadas”. De outro lado, “a necessidade de permanência do chamado núcleo essencial da Constituição, a qual permite que a *identidade do texto constitucional* seja preservada”.¹⁰³

Visando preservar o chamado “núcleo essencial da Constituição”, o constituinte, em regra, impôs limites materiais, em especial, a proibição de reforma das chamadas *cláusulas pétreas*,¹⁰⁴ objetivando evitar uma ruptura radial dos valores essenciais previstos na Constituição.

Contudo, a proibição de reforma das cláusulas pétreas não se trata de posição pacífica, havendo posição minoritária¹⁰⁵ no sentido de defender que as cláusulas pétreas, apesar de conter preceitos vinculantes, não são imunes às alterações e às revogações, uma vez que a chamada “tese da *dupla revisão*” possibilita a

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 187-224, 2013. p. 205.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 117.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 121.

¹⁰³ BORGES, Ademar. *O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais: cláusulas pétreas, grau de deferências ao poder constituinte derivado e defesa da democracia em contextos de retrocesso democrático*. Brasília, 26 mar. 2022.

¹⁰⁴ Art. 60, §4º, inc. IV, da CF.

¹⁰⁵ A posição majoritária da doutrina não aceita a “tese da *dupla revisão*”, uma vez que, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Rodrigo Brandão, admitir-se a supressão dos limites materiais para, posteriormente, consagrar norma antagônica à estabelecida pelo constituinte originário “significa tolerar que as emendas invadam matérias sujeita à ‘reserva do constituinte originário’, em típica hipótese de fraude à Constituição” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.133).

alteração das limitações fixadas pelo constituinte originário para, posteriormente, modificar as referidas cláusulas. Dessa forma, “o sentido básico, então, de tais cláusulas, seria de proporcional uma maior estabilidade, mas sem qualquer possibilidade de absolutização”.¹⁰⁶

A ideia ganha força quando estamos diante de crises constitucionais, em que os embates entre as instituições ficam mais evidentes, resultando em períodos de instabilidades. Nesse caso, o que está em jogo não é apenas a tranquilidade, mas a própria sobrevivência da Constituição, “assim como a validade das decisões voltadas à recuperação da capacidade dos atores políticos e institucionais de coordenar seus conflitos em conformidade com as regras e os procedimentos estabelecidos pelo texto constitucional”.¹⁰⁷

Visando evitar rupturas, ante a ineficácia da atuação ativa dos governantes e das instituições, o que demonstraria a deficiência dos instrumentos disponibilizados pela Constituição, somado com o risco real de destruição da democracia, momento em que poderá haver o confronto com as cláusulas pétreas, nesse caso, visando preservar a ordem democrática, poderia se utilizar a mutação constitucional; todavia, sendo ineficaz, torna-se válido adotar a dupla revisão, emendando a Constituição no que tange às cláusulas pétreas.¹⁰⁸

Oscar Vilhena Vieira sustenta que em situações extremas as regras estabelecidas por lei podem ser alteradas em função da conjuntura enfrentada. Nesse aspecto, as constituições distinguem-se das tradicionais “regras do jogo”, pois permitem aos participantes renegociarem os termos do jogo político, uma vez que a lide, muitas vezes, incide sobre esses termos; para isso, temos as emendas constitucionais.¹⁰⁹ Ocorre que existem proibições de modificações do texto constitucional, sob a justificativa de que a alteração colocaria em risco o jogo democrático. No entanto, tal previsão, segundo o autor, impede que as maiorias circunstanciais tomem decisões que coloquem em risco o direito das próximas gerações de continuar se autogovernando nos moldes democráticos.¹¹⁰ Por isso, a conclusão “de

¹⁰⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 151.

¹⁰⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 20-21.

¹⁰⁸ SANTOS, Regis Canale dos; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Crises constitucionais e a sua superação. In: I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI. Florianópolis: Conpedi, 2020. p. 132.

¹⁰⁹ Em contrapartida, devemos lembrar a advertência ofertada por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, que sustentam que a democracia “não é basquete de rua. Democracias têm regras escritas (constituições) e árbitros (os tribunais). Porém regras escritas e árbitros funcionam melhor, e sobrevivem mais tempo, em países em que as constituições escritas são fortalecidas por suas próprias regras não escritas do jogo. Essas regras ou normas servem como grades flexíveis de proteção da democracia, impedindo que o dia a dia da competição política se transforme em luta livre” (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renata Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 103).

¹¹⁰ Importante salientar que o autor destaca que a medida citada é excepcional, pois é evidente que o emprego desses “mecanismos extraordinários para o enfrentamento de crises gera tensão e insegurança institucional, seja porque ocorrem em momentos de acirrado conflito político-social, seja porque abrem

que determinadas cláusulas pétreas da Constituição são, paradoxalmente, limitações habilitadoras da democracia”.¹¹¹

Nessa linha de raciocínio, interessante a teoria tricotômica¹¹² sobre a classificação do Poder Constituinte, que defende a ideia de que o poder originário e o reformador são simétricos em força e legitimidade, criando a ideia de “limites materiais flexíveis”, que seriam exercidos por meio do poder misto/intermediário à luz de determinados contextos, visando preservar a continuidade da Constituição, evitando a ruptura institucional, o que possibilitaria, em regra, a alteração da própria identidade do texto constitucional, desde que submetido aos mecanismos de legitimação democrática, como o plebiscito ou o referendo.¹¹³

De todo modo, não parece que eventual emenda constitucional que tivesse a pretensão de estabelecer o marco inicial da vida iria suprimir os direitos fundamentais, mas talvez estabeleceria uma condição para o seu exercício.

Para tanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que as limitações registradas na Constituição proíbem a abolição dos institutos. No entanto, “não veda que seu regime (modo e condições de exercício) seja modificado, desde que – evidentemente – isto não leve a negar seu conteúdo essencial”,¹¹⁴ citando como precedente jurisprudencial o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que asseverou que

as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. (ADIn nº 2.024-2/DF, medida liminar)

Com base nessas ponderações, é inegável deixar de reconhecer a existência de crises institucionais enfrentadas pelo Brasil nos últimos tempos, o que gera um abalo na aceitação das decisões políticas e judiciais sobre o tema.

Dessa maneira, ante o vácuo constitucional em delimitar o marco inicial da vida e considerando que eventual emenda constitucional não iria suprimir direitos

espaço para disputas de narrativas sobre a oportunidade, adequação e proporcionalidade de sua utilização” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 25).

¹¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 18.

¹¹² Trata-se de posicionamento minoritário na doutrina, pois o posicionamento majoritário adota a teoria dicotômica, que divide o Poder Constituinte em *originário* e *derivado*, sendo as limitações materiais insuscetíveis de supressão por reforma, sob pena de descaracterização do núcleo essencial da Constituição. Aliás, a classificação tricotômica chegou a ser feita perante a Assembleia Constituinte, visando deixar a previsão expressa no texto constitucional, mas a proposta foi rejeitada.

¹¹³ Sobre o tema, indicamos o livro denominado *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, de autoria de José Carlos Francisco.

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

constitucionais, mas estabelecer condição para o seu exercício, somado com os amplos debates sobre as questões do biodireito, deparamo-nos com um campo propício para a apresentação de uma emenda constitucional, a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, visando à manutenção do projeto democrático, em especial para delimitar o marco inicial da vida, mesmo que tal ato seja passível de críticas.

Contudo, é óbvio que, diante do contexto da ordem democrática, a citada alteração terá impactos nas cláusulas pétreas, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo representar uma redução do seu campo de aplicação, o que seria, em princípio, inaceitável.

A ideia de atribuir caráter absoluto à dignidade da pessoa humana, no entanto, não é tema pacífico, uma vez que, apesar de parecer atraente a ideia no campo retórico, na prática, resulta em problemas de grande importância, tornando a sua aplicação inviável. Como exemplo, podemos citar pesquisas com células embrionárias, nas quais, se adotado o entendimento de que a vida se inicia no momento da concepção, todo o estudo e o desenvolvimento tecnológico se tornariam inviáveis.

Por isso, Daniel Sarmiento, seguindo o entendimento de Robert Alexy, Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso, defende o caráter relativo do princípio, momento em que deve ser atribuído um peso à dignidade envolvida em cada caso, sopesando o conjunto de valores diversos envolvidos, para, só então, alcançar a solução mais adequada¹¹⁵ (custo x benefício). Nas palavras do autor, “me parece preferível concebê-la como um princípio de amplo raio de incidência, mas relativo, do que tratá-la como um comando absoluto, mas de abrangência restrita”.¹¹⁶

De qualquer forma, para continuarmos, precisamos verificar se a delimitação do marco inicial da vida no texto constitucional causará impacto no princípio da dignidade da pessoa humana, pois temos que ter em mente que se trata de um conceito que apresentou variações ao longo das épocas e que, atualmente, ainda não temos uma definição cristalizada sobre o seu conteúdo.

Além disso, não é raro que as partes opostas nos debates de bioética invoquem o princípio da dignidade para a defesa de posições diametralmente

¹¹⁵ Sarmiento adverte que “afirmar que a dignidade humana é relativa não equivale a recusar a natureza absoluta de algumas das suas concretizações” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 92), como a proibição da tortura. Isto é, relativizá-la não significa aceitar a banalização das restrições a este princípio.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 90-91.

opostas,¹¹⁷ tornando um princípio profundamente humanista em um instrumento de projeção dos valores daquele que o invoca, o que resulta na perda da sua eficácia jurídica e social.

Para alcançar essas respostas, um dos meios é compreender o conteúdo do princípio, que se decompõe em quatro elementos: (i) valor intrínseco da pessoa; (ii) autonomia; (iii) mínimo existencial; e (iv) reconhecimento.

Daniel Sarmento conceitua esses elementos da seguinte forma: o *valor intrínseco da pessoa* é o valor que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a *igualdade* resulta no bloqueio de ações que possam implicar a hierarquia social ou cultural de determinada classe; a *autonomia* implica o direito de autodeterminação, seja no âmbito privado, seja no público (democracia); o *mínimo existencial* envolve as garantias das condições materiais mínimas, aquelas indispensáveis para uma vida digna; e o *reconhecimento* se liga à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, nas práticas sociais e nas relações intersubjetivas.¹¹⁸

Para o presente estudo, é de suma importância o elemento do *valor intrínseco da pessoa*. O presente valor está na origem de um conjunto de direitos fundamentais, sendo o primeiro o *direito à vida*, “uma pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito”,¹¹⁹ o que, por consequência, engloba o direito à integridade física e psíquica, jamais sendo concebido tratar a pessoa como um meio.

Dessa forma, é consequência lógica relacionar que, ante a teoria concepcionista, submeter o embrião à pesquisa resulta, em regra, na violação do princípio da dignidade da pessoa humana,¹²⁰ uma vez que o conduz à morte, bem como o utiliza como um meio para se alcançar um fim (desenvolvimento tecnológico).

¹¹⁷ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso sustenta que “a dignidade é um *slogan* vago, que pode ser manipulado pelo autoritarismo, pelo paternalismo e por concepções religiosas”. Assim sendo, “a dignidade humana, não menos do que inúmeros outros conceitos cruciais, precisa de boa teoria, debate público, consenso sobreposto e juízes prudentes” (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 59-61).

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 86.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 77.

¹²⁰ Importante salientar que, sobre o aspecto biológico do ser humano, não existe nada em nível molecular que justifique uma dignidade especificamente superior à de outros animais. Em outras palavras, não há justificação biológica da dignidade humana. Contudo, “é certo que o substrato biológico é, sem dúvida, uma condição indispensável para a existência da pessoa e, portanto, da sua dignidade” (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida*: alguns desafios. Aparecida: Ideias e Letras, 2004. p. 27), pois, com a morte (colapso biológico), extingue-se a pessoa. Contudo, não são esses mecanismos biológicos

Nesse aspecto, Stefano Semplici, ao indagar sobre o aspecto moral do tema, leciona que

se ao embrião deve ser reconhecida a dignidade da pessoa, *então* a sua destruição corresponde a um ato de gravidade comparável à supressão de uma vida humana em qualquer outro momento de seu desenvolvimento e de sua existência – entre a concepção e a morte.¹²¹

Contudo, a conclusão de Semplici não é simples de ser adotada, uma vez que inviabilizaria qualquer pesquisa com células embrionárias. Apenas para ter conhecimento do impacto desse pensamento, em 1990, a fertilização *in vitro* tornou-se um tratamento comum para várias formas de infertilidade humana. Desses procedimentos, sobravam diversos embriões, os quais, em geral, eram descartados, pois os casais que procuram esses tratamentos querem filhos com a sua linhagem genética, não aceitando ser pais “postiços”.

Em 1996, Thompsom realizou uma pesquisa com 36 embriões de clínicas de fertilização, isolando algumas células-tronco embrionárias humanas e implantando-as em camundongos. Como resultado, o pesquisador observou que tais células foram capazes de gerar todas as três camadas do embrião humano, fontes primordiais de todos os tecidos, mas apresentavam uma limitação, pois, apesar de reproduzirem as características da embriogênese humana, não eram capazes, por exemplo, de reproduzirem espermatozoides e óvulos.¹²²

Em 2001, o Presidente George W. Bush, seguindo entendimento semelhante ao citado por Stefano Semplici, restringiu de maneira drástica todas as pesquisas com células-tronco embrionárias às 74 linhagens que já haviam sido criadas, vetando em 2006 e 2007 o financiamento ao estabelecimento de novas linhagens celulares, o que gerou protestos nos Estados Unidos, principalmente de pessoas portadoras de doenças degenerativas e deficiências neurológicas. Bush combateu essas reivindicações “dando entrevistas coletivas rodeados de crianças nascidas graças à implantação de embriões ‘descartados’ em FIV¹²³ que haviam sido geradas por mães substitutas”.¹²⁴

que medem, justificam e fundamentam o princípio. Por isso, não existe diferença da aplicabilidade e da abrangência do princípio da dignidade aplicável a um recém-nascido e a um idoso com doença terminal, todos possuem a mesma dignidade que você.

¹²¹ SEMPLICI, Stefano. *Onze teses de bioética*. Tradução de Antônio Bicarato. São Paulo: Ideias e Letras, 2012. p. 68-69.

¹²² MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 546-547.

¹²³ Fertilização *in vitro* (FIV).

¹²⁴ MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 547.

Ante esses fatos, parece-nos que a relativização do caráter do princípio da dignidade da pessoa humana é a medida mais adequada, mesmo porque o próprio direito à vida não é absoluto. Contudo, não se trata apenas do direito de nascer, mas, sim, da relativização da concepção do impedimento de tratar a pessoa como um meio, algo, de certa forma, novo no debate constitucional.

Veja que a dicotomia da ciência impera novamente, pois, quando o Poder Executivo, no caso citado, representado pelo presidente, impede ações do governo a fim de fomentar as pesquisas em nome da proteção da vida, gera, concomitantemente, o impedimento da descoberta de curas, ou seja, deixa de salvar vidas, trazendo um abalo a todo o ordenamento jurídico, inclusive às condições do projeto democrático.

Parece-nos inegável que, quando estamos diante dessas situações, o “poder do terror” tem um papel e uma função política relevantes, pois ele cria uma condição mínima de laço social, constrói o imaginário humano. Esse “poder de horror ou heurística do medo vem de modo cômodo a colocar limites no pluralismo ético, mas sobretudo, dourar com uma espécie de sensação angelical um universo *a priori* da noção de humanidade”,¹²⁵ criando o magistério de uma bioética de guardiões do corpo e vigilantes da ciência.

Por óbvio que o medo tem fundamentos concretos.¹²⁶ No entanto, tal fato sempre existirá, primeiro ante a própria natureza humana que se traduz na dicotomia entre a postura contraditória em realizar o bem ou o mal, e, segundo, conforme exposto por Jörg Schmidtke, a aplicação de tecnologias e a sua utilização social e política serão sempre áreas *sui generis*, caracterizadas por agentes, interesses e conflitos próprios, decorrendo de um processo de negociação entre a ciência e a sociedade, em meio à coexistência de grupos de interesses distintos.¹²⁷

Por isso, alguns defendem que a abordagem atual da dignidade humana, em especial para a sua aplicação às questões do biodireito, “se faz sobretudo pela negativa, pela negação da banalidade do mal: é por se estar confrontando com

¹²⁵ ATLAN, Henri; BOTBOL-BAUM, Mylène. *Dos embriões aos homens*. Tradução de Leandro Neves Cardim. Aparecida: Editora Santuário, 2009. p. 90.

¹²⁶ Diddhartha Mukherjee destaca que, em 1972, em Stanford, Paul Berg já verificava a possibilidade de os cientistas criarem híbridos genéticos de seres humanos e vírus. Atualmente, estamos em um momento semelhante. “Considere os seguintes passos em sequência: a) a derivação de uma verdadeira célula-tronco embrionária humana (capaz de formar espermatozoide e óvulos); b) um método para criar modificações genéticas confiáveis e intencionais nessa linhagem celular; c) a conversão dirigida dessa célula-tronco com modificação gênica em espermatozoide e óvulos humanos; d) a produção por FIV de embriões humanos a partir desses espermatozoides e óvulos modificados... e chega-se, com pouco esforço, a seres humanos geneticamente modificados” (MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 554).

¹²⁷ SCHMIDTKE, Jörg. A quem pertence o genoma? *In*: DE BONI, L. A.; JACOB, G.; SALZANO, F. (Org.). *Ética e genética*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. p. 272.

situações de indignidade ou de ausência de respeito que se tem indício de tipos de comportamento que exigem respeito”.¹²⁸

No entanto, devemos ter em mente que o princípio da dignidade humana, como já consta na própria denominação, não é uma regra,¹²⁹ ou seja, é uma norma que exige a sua realização na maior medida possível, dadas as possibilidades factuais e jurídicas existentes. Já as regras são normas que exigem algo de modo definitivo.

Essa distinção teórico-normativa está ligada com a interpretação dos direitos fundamentais. Por isso, Robert Alexy diz que os “princípios são *exigências de otimização*”,¹³⁰ sendo que a sua forma de aplicação é a ponderação.

Nesse caso, a dignidade será confrontada muitas vezes com o princípio da liberdade científica,¹³¹ do direito à vida aos enfermos, e demais questões ligadas ao próprio projeto democrático, cabendo ao Estado um dever de enfrentar a questão de forma distante, sem comprometer suas obrigações prestacionais.

A saída ofertada por Alexy é a utilização do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que compreende três subprincípios: o princípio da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, que servem de respaldo para a ideia de otimização. No fundo o que consta do art. 18º da Constituição da República portuguesa e que a diferencia, como democrática – qual balança sempre a equilibrar questões econômicas, sociais, políticas e culturais –, da Constituição da ditadura do Prof. da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, António de Oliveira Salazar.

Os princípios da adequação e o da necessidade visam otimizar no que toca às possibilidades factuais (custos evitáveis),¹³² ou seja, consiste em saber a possibilidade de uma posição ser melhorada em detrimento de outra. Já o princípio

¹²⁸ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida*: alguns desafios. Aparecida: Ideias e Letras, 2004. p. 20.

¹²⁹ Ricardo Castilho defende duas dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana: uma negativa (ou defensiva) e uma positiva (ou prestacional). No que tange à dimensão negativa, a “dignidade assume a natureza de regra e, como tal, não comporta relativização” (CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 273). No entanto, o autor lembra da possibilidade de relativização da dignidade individual à luz do interesse comunitário.

¹³⁰ ALEXY, Robert. Direitos constitucionais e fiscalização da constitucionalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 88, n. 2, p. 511-526, 2012. p. 512.

¹³¹ O direito à liberdade científica pode ser dividido em duas dimensões: a) *jurídico-objetiva*, que nada mais é que a instituição “ciência”, abrangendo a educação superior; b) *jurídico-subjetiva*, consistente no direito fundamental de resistência ou de defesa (*Abwehrrecht*), sendo este anterior ao Estado. Logo, quando o Estado ou qualquer dos seus órgãos restringe esse direito, estes devem justificar as suas ações ou omissões (MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica*: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comprado alemão. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110).

¹³² Sendo eles inevitáveis quando ocorre a colisão de princípios.

da proporcionalidade em sentido estrito possui como objeto a ponderação,¹³³ que estatui que “quanto mais elevado o grau de não satisfação, ou detrimento, de um princípio, tanto mais elevada deve ser a importância de satisfazer o outro”.¹³⁴

Em síntese, parece que, em casos excepcionais, é possível a realização de uma emenda constitucional com a finalidade de determinar o marco inicial da vida, pacificando a discussão quanto ao conceito de pessoa e aos efeitos jurídicos aplicáveis, sem que haja violação ao texto constitucional.

No entanto, pode ocorrer, a depender do seu conteúdo, um choque entre princípios, que motivará a atuação do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de pacificar o tema. No caso, o Tribunal poderá resolver o conflito utilizando técnicas que preservem as normas ou verificando a sua constitucionalidade. No último caso, havendo uma emenda constitucional (trabalhada de forma hipotética neste trabalho), a sua arguição de inconstitucionalidade não parece algo difícil de ocorrer, mesmo porque, na visão de Robert Alexy, “um limite de ponderação é transgredido pelo legislador quando a interferência de uma determinada regulação com um direito constitucional tem maior peso do que as razões que a justificam”.¹³⁵

Dessa forma, bastaria sustentar a incoerência científica da emenda que estabelecerá o marco inicial da vida, ou, a depender do caso, a inconsistência da sua justificativa e o dano causado aos demais direitos fundamentais e seu impacto nos aspectos democráticos, para tornar viável o ajuizamento de uma ação visando ao controle de constitucionalidade.

Nesse caso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição,¹³⁶ seja no seu aspecto formal, seja no seu aspecto material, consistente na violação a cláusulas pétreas, visando

¹³³ A técnica já é utilizada pela nossa jurisprudência. Como exemplo, podemos citar a discussão no que tange ao fornecimento pelo Estado de medicamentos. Senão, vejamos: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS EM PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE MANEIRA INTEGRAL E UNIVERSAL. MATÉRIA DECIDIDA PELA SUPREMA CORTE SOB O MANTO DA REPERCUSSÃO GERAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIA DOS ‘LIMITES DOS LIMITES’. PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NA RENAME. IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO OBRIGAR OS ENTES FEDERADOS AO CUMPRIMENTO DE DIREITOS ASSEGURADOS CONSTITUCIONALMENTE. MATÉRIA AFETADA AOS RECURSOS REPETITIVOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA N.º 106. SUBSTITUÍDA PROCESSUAL QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS ESTABELECIDOS NA TESE ASSENTADA PELO TRIBUNAL DA CIDADANIA NOS AUTOS DO Resp. n. 1.657.156-RJ, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESPROVIMENTO DO APELO” (TJPB. Processo nº 00005261120158150951, Rel. Des. Onaldo Rocha de Queiroga, julgado em 07.06.2018).

¹³⁴ ALEXY, Robert. Direitos constitucionais e fiscalização da constitucionalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 88, n. 2, p. 511-526, 2012. p. 514.

¹³⁵ ALEXY, Robert. Direitos constitucionais e fiscalização da constitucionalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 88, n. 2, p. 511-526, 2012. p. 519.

¹³⁶ Vide ADI nº 815, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 3.128, Rel. Min. Ellen Gracie, redator para acórdão Min. Cezar Peluso, *DJ* de 18.2.2005; ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 14.9.2001; ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18.3.1994; ADI 2395-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 21.5.2008.

não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.¹³⁷

Seguindo esses pressupostos, o Dr. Ademar Borges fixa três premissas que orientam o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição. Em primeiro lugar, as cláusulas pétreas não bloqueiam qualquer tipo de alteração aos princípios protegidos, mas apenas aqueles que atinjam o seu núcleo essencial. Em segundo, a cláusula pétrea deve ser interpretada como equivalente ao conjunto de direitos materialmente fundamentais, aqueles que concretizam a dignidade da pessoa humana. Em terceiro, as cortes devem ser autocontidas, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade das emendas em casos excepcionais, consistentes na violação ao núcleo essencial das cláusulas pétreas.¹³⁸

Tais premissas devem ser consideradas em eventual demanda, uma vez que parece justificável estabelecer um esforço objetivando parametrizar os critérios do controle de constitucionalidade, devendo, ainda, os magistrados, quando no enfrentamento de questões bioéticas, privilegiarem uma postura de minimalismo decisório,¹³⁹ visando não oferecer uma resposta definitiva, mas suficiente, afastando-se do ativismo judicial e deixando questões complexas para serem resolvidas dentro do palco democrático.¹⁴⁰

Por fim, independentemente da medida a ser adotada no futuro para o enfrentamento da questão, seja no âmbito administrativo, legislativo ou jurisprudencial, é ponto pacífico que o direito é um instrumento que deve ser usado para emancipar

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 786.

¹³⁸ BORGES, Ademar. *O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais: cláusulas pétreas, grau de deferências ao poder constituinte derivado e defesa da democracia em contextos de retrocesso democrático*. Brasília, 26 mar. 2022.

¹³⁹ Sobre o tema, recomendamos a leitura da tese de doutorado de Alexandre Garrido da Silva, *Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia* – UERJ.

¹⁴⁰ Daniel Sarmiento destaca que, com a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana pelo Poder Judiciário, apesar de exigir a devida fundamentação, o intérprete não deve mergulhar nos debates complexos, intermináveis e profundamente divisivos que o cercam, ou seja, o magistrado não deve ir além do necessário para a resolução da questão que lhe é apresentada, seja “sob o ângulo da *extensão* daquilo sobre o que se pronuncia, seja sob a perspectiva da *profundidade* das razões empregadas” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 326), sob pena de aumentar, nos julgamentos de casos polêmicos, “a polarização social e o radicalismo, dificultando a construção de consensos que são necessários para a vida comum nas sociedades plurais” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 326-327).

as pessoas, para garantir que sejam tratadas como gente, com igual respeito e consideração. Dessa forma, toda a discussão resultante de qualquer instrumento que vise regular a matéria envolvendo biodireito sempre deverá privilegiar essa concepção.

4 Conclusão

Restou demonstrado, ao longo dos fatos e das informações que lastream o trabalho, que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.510/DF representou um novo marco na discussão da teoria aplicável ao nascituro na esfera do direito civil.

Com fulcro no citado julgamento, cabe sustentar que os direitos da personalidade do nascituro restam a salvo ou resguardados desde o momento da nidação (teoria da nidação), não competindo aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana antes disso, uma vez que apenas se pode falar em “pessoa” após a implantação do embrião no útero materno.

É compreensível que o julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade verificava apenas a constitucionalidade do art. 5º, da Lei nº 11.105/2005. No entanto, quando o STF realizou a análise constitucional, a fundamentação da decisão impactou o art. 2º, do Código Civil, cabendo ao intérprete realizar a sua interpretação conforme o entendimento jurisprudencial da Corte maior, o que, sem dúvidas, implica reconhecer como novo marco temporal para se colocar a salvo os direitos da personalidade ou a expectativa de direito¹⁴¹ do nascituro a nidação e, não, a concepção.

Sob o aspecto constitucional, em especial na hipótese de criação de uma emenda constitucional visando pacificar o tema, a sua constitucionalidade é controversa, sendo praticamente certo que o tema, caso ocorra no futuro, será objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal.

A discussão sobre a constitucionalidade da pesquisa com células embrionárias não foi pacificada com o julgamento da ADI nº 3.510/DF, apesar de ter ofertado segurança jurídica para as empresas de biotecnologia. No entanto, existem lacunas a serem superadas, sendo que a dignidade da pessoa humana será sempre o norte de discussão para essa questão.

É certo que o trabalho não buscou ofertar resposta definitiva para a discussão, uma vez que, ante a complexidade do tema, uma solução é algo complexo.

¹⁴¹ O reconhecimento do direito ou da expectativa irá depender da teoria que o aplicador da norma adotar (concepcionista ou natalista).

Todavia, ao longo do estudo, buscamos levantar hipóteses, apontando os desdobramentos doutrinários do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a possibilidade para a realização de uma emenda constitucional sobre o assunto, e, por consequência, a viabilidade do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte.

Por fim, apesar de não existirem respostas exatas, o debate exige flexibilidade e ponderação diante dos interesses envolvidos, sendo certo apenas que toda decisão sobre a matéria, seja na esfera administrativa, legislativa ou judicial, deverá sempre inserir a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, evitando a tentação de transformar um embrião em um mero objeto, apto de valorização monetária e desconexo de qualquer elemento de humanidade, pois, independentemente da corrente adotada pelo aplicador da lei, devemos zelar sempre pelos valores sociais que nos conectam como seres humanos, integrantes de uma comunidade que visa preservar a dignidade humana como valor supremo do ordenamento jurídico.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos constitucionais e fiscalização da constitucionalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 88, n. 2, p. 511-526, 2012.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARRETICHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no brasil: a inclusão dos outsiders. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 33, p. 1-23, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/Mtx4F43dy9YjLkf9k85Gg7F/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 5 abr. 2022.

ATLAN, Henri; BOTBOL-BAUM, Mylène. *Dos embriões aos homens*. Tradução de Leandro Neves Cardim. Aparecida: Editora Santuário, 2009.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. «Do we need a ‘new’ international convention that helps to avoid trafficking in organs? Some ‘criminal (and civil) law aspects’ – «Convention on Human Rights and Biomedicine – updated or outdated?». *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 9, n. 17, p. 215-233, 2012.

BARBOSA, Heloísa Helena Gomes. Embriões excedentários e a Lei de Biossegurança: o sonho confronta a realidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V, 2005. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. p. 457-468.

BARCHFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida*: alguns desafios. Aparecida: Ideias e Letras, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 187-224, 2013.
- BERNAL PULIDO, Carlos. A fundamentalidade dos direitos fundamentais. Tradução de Ana Paula Soares. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 387-401.
- BORGES, Ademar. *O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais: cláusulas pétreas, grau de deferências ao poder constituinte derivado e defesa da democracia em contextos de retrocesso democrático*. Brasília, 26 mar. 2022.
- BOSSERT, Gustavo Alberto. A influência do código civil francês sobre o código civil argentino com referência a outros códigos da América hispânica. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 27, 2004.
- BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BRANDÃO, Dornival da Silva *et al.* *Vida: o primeiro direito da cidadania*. [s.l.]: [s.n.], 2005.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2395/DF*. Plenário. Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 09/05/2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=528743>. Acesso em: 7 abr. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Plenário. Relator: Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 2 abr. 2022.
- BRÜSEKE, Franz Josef. *A técnica e os riscos da modernidade*. Florianópolis: UFSC, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007.
- COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MEDEIROS, Robson Antão de. Reflexões acerca da reprodução humana assistida e da fase embrionária do desenvolvimento humano. Do embrião in vivo, do embrião in vitro e do nascituro. In: SOUSA, Eduardo Sérgio Soares; SILVA, Monica Neves Aguiar da; RECKZIEGEL, Janaina (Org.). *Biodireito I*. Florianópolis: Conpedi, 2014. v. 1. p. 3-25.
- DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jun. 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.
- DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nícolas Nyimi Campanário. 5. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2014.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas*. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

FARIA, Dieime Elaine Pereira de; GRIECO, Silvana Chedid; BARROS, Sônia Maria Oliveira de. Efeitos da infertilidade no relacionamento dos cônjuges. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reeusp/a/qswx8tvwT99qD3tHwzxrqJ/?lang=pt>. Acesso em: 15 mar. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOZZO, Débora; QUEIROZ, Fernando Baleira Leão de Oliveira. O direito ao respeito da vida embrionária na reprodução assistida. In: ENGELMANN, Wilson; FAGUNDEZ, Paulo Roney Avila. *Biodireito*. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 207-231.

GRIMM, Dieter. The Role of Fundamental Rights after Sixty-Five Years of Constitutional Jurisprudence in Germany. *International Journal of Constitutional Law – HeinOnline*, New York. v. 13, n. 1, p. 9-29, jan. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HOGEMANN, Edna Raquel. O pensamento de Dworkin e Singer sobre o valor intrínseco da vida humana e seus limites bioéticos. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, São Paulo, 4-7 nov. 2009.

HOLANDA, Caroline Sátiro. A reprodução humana assistida e o direito: em busca de definições jurídicas para o nascituro e para o embrião humano congelado. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3873.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. da PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KOEPSSELL, David. *Quem é seu dono: a disputa para patentear os genes humanos*. Tradução de André Oídes. Aparecida: Idéias & Letras, 2012.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renata Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUCATO, Maria Carolina; RAMOS, Dalton Luiz de Paula. O conceito de pessoa humana da bioética personalista (personalismo ontologicamente fundado). *Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 57-75, jan./jun. 2010. Disponível em: http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/varias_personalista.pdf. Acesso em: 3 abr. 2022.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comprado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor jurídico*, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamentopossivel-caminhos-solucoes-constitucionais?imprimir=1>. Acesso em: 5 abr. 2020.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Título I. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Bens. Fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Infertility*. 14 set. 2020. Disponível em: <https://redlara.com/images/arquivo/Infertility.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PAÇO, Sandra; DEODATO, Sérgio. Estatuto do embrião humano: uma visão humanista. *Gazeta Médica*, v. 3, n. 4, out./dez. 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 241-259, 2009.

PEÇANHA, Doris Lieth; BLANQUER-LAGUART, Albert. (In) fertilidade – cultura médica e cultura do casal. *Boletim Academia Paulista de Psicologia*, São Paulo, v. 38, n. 95, p. 165-178. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v38n95/v38n95a04.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana; BARCHIFONTAINE, Cristian de P. de; HOSSNE, William S. *Bioética em tempos de globalização*. São Paulo: Loyola, 2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioética global: construindo a partir do legado de Leopold*. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2018.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Regis Canale dos; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Crises constitucionais e a sua superação. *In: I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI*. Florianópolis: Conpedi, 2020. p. 116-134.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. *In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 87-124.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2015.

SCHMIDTKE, Jörg. A quem pertence o genoma? *In*: DE BONI, L. A.; JACOB, G.; SALZANO, F. (Org.). *Ética e genética*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

SEMPlici, Stefano. *Onze teses de bioética*. Tradução de Antônio Bicarato. São Paulo: Ideias e Letras, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINGER, Peter. *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós, 1997.

SISTEMA NACIONAL DE PRODUÇÃO DE EMBRIÕES. *13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio)*. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ltYTAxYTQ4NTkxYjFkliwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>. Acesso em: 17 mar. 2022.

UNESCO. *A guide to human rights: institutions, standards, procedures*. Paris: Unesco, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GARBACCIO, Grace Ladeira; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo; SCAFF, João Henrique Almeida. Da incerteza quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade aplicáveis ao embrião: a constitucionalidade da criação hipotética de uma emenda constitucional visando pacificar a questão e seus desdobramentos no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 119-159, out./dez. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.04.006.

Recebido em: 30.12.2023

Approved em: 03.03.2024