

CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO

**IMPACTOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO À VIDA DO
EMBRIÃO**

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2006**

CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO

**IMPACTOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO À VIDA DO
EMBRIÃO**

**Dissertação apresentada como exigência
parcial para obtenção de grau de mestre em
Direito à Comissão Julgadora da Pontifícia
Universidade Católica, sob a orientação da
Prof^a Dr^a Maria Helena Diniz.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2006**

Banca examinadora

Ao meu filho Lair, pelo amor mais puro do ser humano.

Ao meu marido Lair, por todo amor do mundo.

A minha mãe, companheira de todos os momentos.

Aos meus alunos.

À Professora Maria Helena Diniz, pela
orientação e convivência.

A todos os meus Professores.

“Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.”

Dante Alighieri

RESUMO

A dissertação de mestrado tem como tema a análise dos impactos do princípio da dignidade da pessoa humana no direito à vida do embrião, face às novas técnicas científicas no campo da biomedicina.

Inicialmente, faz-se uma abordagem a respeito dos aspectos éticos da bioética e de sua importância para o biodireito, ressaltando sobre a necessidade de uma regulamentação específica e abrangente a respeito do tema. Em seguida, são feitas considerações a respeito do direito à vida do embrião como um direito da personalidade, passando pela história, conceito, natureza jurídica e características desse instituto. A seguir, o princípio da dignidade da pessoa humana e sua interpretação constitucional são analisados sob o enfoque do direito à vida do embrião.

A reprodução humana assistida é abordada, principalmente no que tange ao aspecto da destinação dada à superpopulação de embriões, decorrente da prática da fertilização *in vitro*; as experimentações científicas são abordadas sob o aspecto da permissão do uso de embriões humanos vivos para pesquisa e terapia; a possibilidade da clonagem do ser humano é tratada em relação às suas consequências éticas; e a terapia gênica, que possibilita a manipulação em células somáticas e germinativas, é analisada sob o enfoque da possibilidade de correção de uma anomalia ou enfermidade, ou da alteração do código genético do ser humano, com consequências para futuras gerações.

ABSTRACT

The theme of this M.A. dissertation is the analysis of the impact of the principle of dignity of human beings regarding the right to life of embryos, in face of new scientific techniques in the field of biomedicine.

Initially, the approach is on ethical aspects of bioethics and its importance to the bio-law, highlighting the need of specific and comprehensive regulation on the theme. It follows considerations about the embryo right to life as a personality right, comprising history, concept, juridical nature and characteristics of said institute. The principle of dignity of the human being and its constitutional interpretation are analyzed focusing on the embryo right to life.

Assisted human reproduction is approached, especially regarding the aspect of the destination given to the superpopulation of embryos, arising from in vitro fertilization. Scientific experiments are approached under the aspect of allowing the use of live human embryos for research and therapeutic purposes; the possibility of cloning a human being is treated concerning ethical consequences. Genic therapy, which enables manipulation of somatic and germinative cells, is analyzed focusing the possibility of correcting anomalies or infirmities, or changing a human being genetic code, with consequences to future generations.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

PREFÁCIO

1. BIODIREITO E DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMBRIÃO.....	03
1.1. Biodireito e bioética.....	03
1.1.1. Bioética.....	03
1.2.2. Biodireito.....	10
1.2. Princípios norteadores da bioética.....	16
1.3. A necessidade de normatização do tema.....	23
1.4. O direito do embrião à vida e a ética.....	31
1.5. Direitos da personalidade do embrião.....	41
1.5.1. Evolução histórica.....	41
1.5.2. Conceito.....	52
1.5.3. Natureza Jurídica.....	59
1.5.4. Objeto.....	66
1.5.5. Caracteres.....	68
2.O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA DO EMBRIÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.....	75
2.1. Evolução histórica dos direitos humanos fundamentais.....	75

2.1.1. Precedentes históricos.....	75
2.1.2. Fontes doutrinárias.....	79
2.1.3. A evolução dos direitos humanos fundamentais nas Constituições brasileiras.....	81
2.2. Os direitos humanos fundamentais: conceito e aplicabilidade.....	82
2.3. Os direitos de quarta geração.....	89
2.4. A interpretação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.....	94
2.5. Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.....	102
2.6. O direito à vida do embrião como expressão maior do princípio da dignidade da pessoa humana.....	104
2.6.1. Conceito de vida.....	104
2.6.2. O direito à vida.....	106
2.6.3. Início da vida.....	108
3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS EFEITOS.....	119
3.1. Aspectos históricos.....	119
3.2. Generalidades.....	123
3.3. Inseminação artificial: conceito, modalidades e conseqüências jurídicas.....	125
3.4. A fertilização <i>in vitro</i> e seus efeitos jurídicos.....	134
3.5. Os embriões excedentes, excedentários ou supranumerários.....	140
3.6. O direito personalíssimo à vida do embrião e o início da vida.....	144
3.7. Responsabilidade civil por dano ao embrião.....	158

4. EXPERIMENTAÇÕES CIENTÍFICAS EM EMBRIÕES HUMANOS.....	170
4.1. Considerações gerais.....	170
4.2. A interpretação do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 à luz da Constituição Federal e da Resolução nº 196/96.....	177
4.3. Clonagem.....	187
4.3.1. Aspectos históricos.....	187
4.3.2. Espécies de clonagem.....	192
4.3.3. A clonagem humana e o biodireito.....	197
5. TERAPIA GÊNICA.....	206
5.1. Considerações gerais sobre o projeto genoma humano.....	206
5.2. A terapia gênica e o direito à vida do embrião.....	211
5.3. Os tratados internacionais e a legislação brasileira.....	219
5.4. A natureza jurídica do genoma humano.....	223
5.5. A diagnose genética no embrião.....	230
6. CONCLUSÕES.....	235
BIBLIOGRAFIA.....	245

PREFÁCIO

A dissertação de mestrado tem como objetivo tratar do impacto do princípio da dignidade humana no direito à vida do embrião, tendo em vista as diversas técnicas científicas desenvolvidas atualmente no campo da medicina, como a reprodução humana assistida, as experimentações em embriões, a polêmica sobre células-tronco embrionárias e a terapia gênica.

O trabalho tem como base a teoria tridimensionalista de Miguel Reale, a doutrina de Kant e uma posição jusnaturalista, ao considerar o direito à vida do embrião como um direito inerente ao ser humano desde o início da vida, que é verificada desde a concepção.

Inicialmente, o trabalho desenvolve a relação entre o biodireito, seus princípios, e o direito da personalidade do embrião à vida.

Seguindo, o princípio da dignidade da pessoa humana é abordado em relação ao direito à vida do embrião, como expressão maior de referido princípio.

O momento do início da vida é um tema polêmico no meio científico e jurídico, e também é abordado no decorrer do trabalho.

A reprodução humana assistida, que gera embriões excedentários, é tratada principalmente no que diz respeito ao destino que é dado aos embriões: descarte, fonte de células-tronco, doação; tendo em

vista o direito à vida do embrião, que é constatado desde a concepção, esteja crioconservado ou implantado no útero materno.

O direito à vida do embrião, seus direitos personalíssimos e sua dignidade também são tratados sob o enfoque das experimentações científicas para uso de células-tronco embrionárias e sob o enfoque da clonagem humana.

Por fim, são abordados aspectos do direito à vida do embrião sob o enfoque da terapia gênica, decorrente das conquistas do projeto genoma humano, seguindo com o estudo da diagnose genética embrionária.

O trabalho visa, portanto, abordar os impactos que os avanços das técnicas científicas no campo da medicina geram no direito fundamental à vida do embrião e em sua dignidade.

São Paulo, ____ de _____ de 2006.

CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO

IMPACTOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO À VIDA DO EMBRIÃO

1. BIODIREITO E DIREITO DA PERSONALIDADE DO EMBRIÃO

1.1. Biodireito e bioética

Para dar início ao estudo do direito à vida do embrião, considerado eticamente como pessoa, faz-se necessária abordagem sobre a bioética e o biodireito, sobre os direitos da personalidade e sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste capítulo, preliminarmente, serão feitas considerações sobre bioética e sobre biodireito.

1.1.1. Bioética

Francisco Amaral define bioética como a disciplina que “examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de respeitar os valores da pessoa humana.”¹

¹ Francisco Amaral. *O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Osvaldo Cruz, 1999, p. 36. Aline Mignon de Almeida (*Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 1) ensina que: O termo bioética não é recente, foi utilizado pela primeira vez em 1971 pelo médico oncologista Van Rensselder Potter que entendia a bioética como o estudo do equilíbrio entre a tecnociência biomédica e a preservação do homem, isto é, o estudo do respeito à pessoa humana em uma perspectiva ecológica. Na atualidade, o sentido empregado para o vocábulo bioética é diverso. O atual sentido é proposto por André Hellegers que fundou em 1971, na Universidade de Georgetown, o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* e passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida. O termo significou, a princípio, a área do conhecimento dedicada ao estudo das condições de sobrevivência da humanidade e de melhoria das condições da vida humana, com um

Para Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz, a bioética “é um estudo interdisciplinar, ligado à ética, que investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular.”²

Leo Pessini entende a bioética a partir de sua finalidade: “A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida. Inclui a ética médica, mas vai além dos problemas clássicos da medicina, a partir do momento que leva em consideração os problemas éticos não levantados pelas ciências biológicas, os quais não são primeiramente de ordem médica.”³

projeto de qualificação da vida humana e não, necessariamente, com a medicina. Atualmente a bioética compreende o campo de relação da ética com as ciências biológicas, que se transformou numa área de conhecimento interdisciplinar, apresentando múltiplas facetas.

² Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz (*O direito in vitro – Da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 21) apresentam algumas das mais conhecidas definições de bioética: “a) Eu proponho o termo bioética como forma de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos (Van Rensselder Potter. *Bioethics: bridge to the future*, 1971); b) Bioética é o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e a atenção à saúde, enquanto que esta conduta é examinada a luz dos princípios e valores morais.” (W. T. Reich. *Encyclopedia of bioethics*, 1978); c) A bioética é o estudo interdisciplinar do conjunto das condições exigidas para uma administração responsável da vida humana, ou da pessoa humana, tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias médicas. (D. Roy. *La biomédecine aujourd’hui et l’homme de demain. Point de départ et direction de la bioéthique*, 1979).”

³ Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine. *Problemas atuais de bioética*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1994, p. 11. A *Encyclopedia of bioethics* assim define bioética: “Bioética é o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais.” (*Encyclopedia of bioethics*. New York: Macmillan Ed. Reich, 1995, v. 1, p. XXI). Francisco Vieira Lima Neto (*Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética – Em busca de um paradigma bioético para o direito civil*. São Paulo: Ed. de Direito, 1994 p. 46) ensina que a bioética é um “ramo do saber ético que se preocupa da discussão e conservação dos valores morais de respeito à pessoa humana no campo das ciências da vida.” O Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito (sob a direção de André Jean Arnaud, Rio de Janeiro: Renovar, 1999) define bioética e biodireito: “Bioética é o ramo da filosofia moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas.” “Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina.”

É um ramo da ética que estuda como as descobertas científicas devem ser utilizadas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁴

Pode ser concebida como o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais.⁵ Indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnociências biomédicas tem provocado. Seu estudo ultrapassa a área da medicina abrangendo a sociologia, a biologia, a antropologia, a psicologia, a ecologia, a teologia, a filosofia, dentre tantos outros ramos do conhecimento humano.⁶ É composta por princípios gerais que funcionam como “mandatos de otimização” na criação de normas aplicáveis às pesquisas e tecnologias genéticas. Mas tais princípios não são normas jurídicas com poder coercitivo, e sim princípios.⁷ Prioriza a proteção ao

⁴ Leo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (*Problemas*, cit., p. 16) ensinam que: “As discussões sobre as justificativas sobre os avanços científicos começaram a surgir em 1967 quando Christian Barnard transplantou um coração humano de pessoa falecida para um paciente cardiopata em fase terminal. Em Seattle foi criado um comitê para decidir quem teria direito ao programa de hemodiálise na medida em que o número de pacientes era maior do que o programa comportaria.” Segundo Callahan (Daniel Callahan. *Bioethics*. In: Warren T. Reich. *Encyclopedia of bioethics*. New York: Simon & Schuster and Prentice Hall International, 1995, vol. II, p. 248), “a bioética é a área do conhecimento que se estende dos angustiantes dilemas privados ou individuais, enfrentados pelos médicos ou outros profissionais da saúde na cabeceira de pacientes terminais, às terríveis escolhas públicas e sociais enfrentadas pelos legisladores e cidadãos, quando procuram definir políticas de saúde e ambientais equitativas.”

⁵ Leo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine. *Problemas*, cit., p. 30.

⁶ Teresa Rodrigues Vieira. *Bioética e biodireito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 15-16.

⁷ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 86-87.

ser humano e sua dignidade, na medida em que a ciência deve existir como esperança e não como uma ameaça à vida.”⁸

A ética permite-nos uma visão total do homem como ser social histórico, criador e transformador, operando com uma série de conceitos como liberdade, necessidade, valor, consciência, responsabilidade.⁹

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos ensina que: “Os termos moral e ética não são considerados perfeitamente sinônimos. Por moral entende-se um sistema de normas de conduta que visam regular a conduta humana. Do latim *mos*, *moris* que também significa uso, costume, maneira de viver. Já a palavra ética, de origem grega, procede de *ethos*, que significa lugar onde se habita, morada. Aponta esta palavra para a concepção de lugar privilegiado que tem o homem e que o distingue e qualifica. Nas línguas, não possuímos um termo específico para nos referir a esse sacrácio que cobiça a moralidade. Utilizamos a idéia de consciência que não representa totalmente o mesmo. Posteriormente, a palavra *ethos* adquiriu a concepção de modo de ser, caráter. É também entendida como um conjunto de argumentações pelas quais damos um fundamento às normas morais, isto é, justificamos sua realidade e seu caráter obrigatório.”¹⁰

⁸ Teresa Rodrigues Vieira (*Bioética*, cit., p. 21) ensina: O termo bioética está ligado à ética, que deriva do latim *ethica* e do grego *ethiké*, que significa o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal.

⁹ Sebastião de Oliveira Castro e Filho. Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e bioética. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 347-374 .

¹⁰ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *O equilíbrio do pêndulo. A bioética e a lei. Implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 30.

A mesma autora ainda afirma que a bioética está ligada à ética que, “em sentido estrito, é a ciência do dever moral.”¹¹ As questões éticas são caracterizadas pela generalidade, enquanto que as morais o são pela individualidade.¹²

A moral designa os costumes específicos de cada povo. Logo, há muitas morais tantos quantos os estilos de morada.¹³ A ética é apreendida como uma idéia segundo a qual a atividade humana deva ser regulada.

Um dos maiores desafios do século XXI será a busca do equilíbrio entre bioética e direito, ou, até mais, bioética e justiça, porque a bioética é ramo do conhecimento recente, que remonta aos anos cinqüenta, do século XX.

“A bioética, enquanto novo semblante da ética médico-científica, desenvolveu-se, portanto, a partir dos grandes e avassaladores avanços da biologia molecular e da biotecnologia aplicada à medicina ocorridos nos últimos 30 anos; da denúncia dos abusos cometidos contra o ser humano pelas experiências biomédicas, do perigo das aplicações incorretas da biomedicina e da engenharia genética; da incapacidade dos códigos éticos e

¹¹ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Imaculada concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 93.

¹² Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (*O equilíbrio*, cit, p. 38) cita o conceito de Reich para ética (Warren T. Reich): “É (...) o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais.”

¹³ Leonardo Boff. *A águia e a galinha. Uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 90-6.

deontológicos para guiar a boa prática médica; do pluralismo moral que reina na sociedade atual; da maior aproximação dos filósofos e teólogos com os problemas relacionados com a qualidade da vida humana, assim como com seu início e fim; do posicionamento e das declarações dos organismos internacionais e de instituições não governamentais sobre os temas voltados à nova ética médica e das intervenções do Judiciário, Legislativo e Executivo sobre questões envolvendo os direitos fundamentais do homem relacionados à sua vida, a saúde, reprodução e morte.”¹⁴

“(...) É personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um “eu”, dando valor fundamental à vida e à dignidade humanas, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para a obtenção de outras finalidades.”¹⁵

¹⁴ Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

¹⁵ Jaime Espinosa. *Questões de bioética*. São Paulo: Quadrante, 1998, p. 20-3. Renata Braga da Silva Pereira (DNA: Análise biojurídica da identidade humana. *In: Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 259-317) afirma que: Podem-se encontrar diversos modelos bioéticos: o principialista, o libertário, o das virtudes e o antropológico personalista. O modelo principialista é preconizado por Tom Beauchamp e James Childress e propõe quatro princípios que não guardam relação de hierarquia: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. (T. L. Beauchamp e J. F. Childress. *Principles of biomedical ethics*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 1989). O modelo libertário é preconizado por Tristram Engelhardt e é fundado na tradição político-filosófica do liberalismo norte-americano, privilegiando a autonomia e o indivíduo. (Tristram Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyolla, 1998) Este modelo se aproxima da autodeterminação do sujeito em relação à escolha de técnicas de engenharia genética que poderiam lhe trazer benefícios. O modelo das virtudes, que tem como autores Edmund Pellegrino e David Thomasma, é mais voltado para a educação dos profissionais da saúde para a prática do bem. (E.D. Pellegrino e D. C. Thomasma. *For the patient's good. The restoration of beneficence in health care*. New York: Oxford University Press, 1988). O modelo antropológico personalista é defendido por autores como Perico e E. Sgreccia e parte de um modelo humanista, centrado na compreensão do homem em sua totalidade. Coloca o ser humano como um valor supremo. (Peter Singer. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

A busca de uma ética para as ciências biomédicas foi influenciada pelo pensamento cristão e pela filosofia iluminista. A tomada de consciência da sociedade sobre a necessidade de reatualização da ética da vida humana se delineia ao término da primeira metade do século XX, quando a opinião pública mundial teve conhecimento das intervenções desumanas de médicos e de pesquisadores alemães durante o regime nazista.¹⁶

Com efeito, o julgamento de Nuremberg em 1945, finda a Segunda Guerra Mundial, revelou ao mundo os abusos realizados em nome da ciência e da tecnologia contra a humanidade nos campos de concentração de prisioneiros. A promulgação do Código de Nuremberg em 1947 é o marco da bioética e da consagração de seus princípios.

¹⁶ James f. Drane (*Origen y evolución de la bioética en Estados Unidos*. Centro interdisciplinario de estudios en bioética. Acesso em 05.02.2001. Disponible em www.uchile.cl/bioetica/doc.bioeu) assevera: "A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la medicina alemana proporcionó el modelo para la medicina moderna. La medicina alemana estaba estrechamente realcionada con la ciencia de laboratorio, de manera que la medicina clínica tenía que probar la efectividad de sus intervenciones mediante rigurosos experimentos que implicaban necesariamente la utilización de sujetos humanos. Los abusos cometidos en seres humanos en la investigación médica provocaron la primera crisis ética moderna y los primeros llamamientos a favor de una nueva ética médica." Frei Luís Maria A. Sartori. (org.). (*Encíclicas do Papa João Paulo II (Encíclica "Redemptor Hominis", 04.03.1979)*, São Paulo: Ltr, 1999, p. 31-34) noticia que: Nos Estados Unidos da América a abordagem bioética no âmbito da revolução terapêutica teve origem nos escândalos éticos em relação às experimentações envolvendo seres humanos, o que se assemelha aos escândalos nazistas. Em 1963 no hospital Israelita de Doenças Crônicas foram realizadas pesquisas em pacientes idosos, mediante a injeção de células tumorais vivas em seus organismos, sem o consentimento livre e informado. Entre 1950 e 1970, o hospital estatal Willowbrook de Nova York conduziu uma série de estudos sobre hepatite, inoculando o seu vírus em crianças com retardo mental. Nos anos 40, para a pesquisa da evolução natural da sífilis no organismo humano foram deixados sem tratamento, no Estado do Alabama, 400 negros sífilíticos e, apesar da descoberta da penicilina, a pesquisa durou até 1972. O governo norte-americano constituiu em 1974 a comissão nacional para a proteção dos seres humanos da pesquisa biomédica e comportamental. E, após quatro anos de trabalho foi publicado o relatório Belmont em 1978 que tornou-se a declaração principialista da abordagem bioética, baseado na aceitação de três princípios éticos: o respeito à autonomia, a beneficência e a justiça. O Papa João Paulo II advertiu que o homem contemporâneo se encontra ameaçado pelo resultado do trabalho de sua inteligência e das tendências da sua vontade, e, portanto, se deve acompanhar atentamente o progresso moderno, asseverando que "existe já um real e perceptível perigo de que, enquanto progride enormemente o domínio do homem sobre o mundo das coisas, ele perca os fios essenciais deste seu domínio e, de diversas maneiras, submeta a elas a sua humanidade, e ele próprio se torne objeto de multiforme manipulação, se bem que muitas vezes não diretamente perceptível."

No entanto, para o direito, as normas e princípios da bioética não são coercitivos. Por isso, há a necessidade de que o direito regulamente atitudes lícitas, definindo os seus limites diante do respeito à dignidade da pessoa humana, e diante das descobertas científicas, estabelecendo quais são as suas regras e até que ponto o cientista poderá investigar, porque é a ciência que visa regular as condutas dos indivíduos em sociedade, através de um conjunto de normas impostas coercitivamente pelo Estado.

Portanto, a dignidade da pessoa humana implica concluir que o ser humano é a razão e o fim último e único do ordenamento jurídico, e é considerada como base na discussão bioética dos avanços científicos.

1.1.2. Biodireito

Após a constitucionalização do direito civil, todas as questões relacionadas ao biodireito passaram a ser embasadas nos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos fundamentais, direito à vida, vedação de todo tipo de comercialização na retirada de partes do corpo para fins de transplante, e preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético.

Assim, deve-se tomar o ser humano como ponto de partida de qualquer reflexão na esfera jurídica, na medida em que as questões

bioéticas, considerados os princípios de valorização e preservação da vida humana, para ele convergirão, na relação espaço e tempo compreendida entre seu princípio e fim, vale dizer, entre o seu nascimento e morte.¹⁷

Os princípios da bioética devem se constituir em normas gerais aptas a reger, de maneira abrangente, toda atividade de aplicação, subsunção, interpretação ou elaboração de leis sobre questões de bioética, e a fonte de tais princípios e regras é a Constituição Federal.

Dessa forma, a medicina e a biologia devem ser reguladas pelo biodireito. Ainda que se entenda que todo o direito esteja relacionado ao homem e, portanto, pressuponha a vida, consagra-se o vocábulo em questão, no sentido de ser o conjunto de leis que regulamenta a prática de técnicas científicas, que envolvam a vida.

Nesse sentido, o biodireito é uma área nova do direito que tem o compromisso de, com a normatização adequada, manter a real validade da principal divisão do Código Civil: direito das pessoas e das coisas.¹⁸

¹⁷ Quanto ao início da vida, são fatos correlatos ao direito à vida e questões a serem estudadas pela bioética e biodireito o aborto e o descarte de embriões, o nascimento (momento em que surge o sujeito de direito, trazendo o questionamento acerca da personalização do embrião humano), a reprodução humana assistida para determinação do vínculo de família e do direito ao filho; a clonagem humana; o meio ambiente; o direito à saúde (prevenção de doenças e transplante de órgãos e tecidos); a identidade do indivíduo e o estabelecimento de seu vínculo de filiação, passando à indisponibilidade do genoma e à possibilidade de mudança de sexo. Quanto ao fim da vida temos a determinação do momento da morte e as condições em que ela pode se realizar, incluindo a eutanásia.

¹⁸ Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz. *Direito in vitro*, cit, p. 21.

Por conseqüência, o embrião não pode e não deve ser considerado como coisa passível de ser comercializada e usada como meio para se atingir determinados fins. A coisificação do embrião não pode ser tolerada pelo ordenamento jurídico. Por isso, o direito precisa se manifestar no sentido de criar normas coercitivas para o biodireito de modo a exigir o respeito à dignidade da pessoa humana.

No pensamento de Honlet é necessário que os conceitos jurídicos pareçam adequados ao fato novo.¹⁹ É preciso que o direito e mais precisamente o biodireito sejam atuais e se amoldem às inovações científicas apresentadas pela biomedicina. Pois o direito é fato, valor e norma, e essa tridimensionalidade precisa ser aplicada de forma eficaz, de acordo com o momento social vivido, tendo sempre como base o princípio da dignidade humana.

Os atos científicos são “eticamente válidos desde que feitos segundo o respeito e a beneficência devidos ao ser humano em qualquer estágio. Isto porque um ser humano embrionário, fetal ou adulto é sempre um ser humano e nunca uma coisa; um embrião ou feto humano tem a dignidade de ser humano (ou pessoa em potencial) eticamente mais valioso que qualquer outra espécie vivente. Ele possui todos os genes humanos e está em via de vir a ser pessoa... (porque) nosso corpo é sempre humano no seu todo e em cada uma de suas partes... (porque) qualquer que seja o estágio de sua

¹⁹ Jean-Christophe Honlet. *Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie. Le droit saisi par la biologie*. Bibliothèque de Droit Prive. Paris: L.G.D.J., tome 259, p. 235.

evolução, o ser humano está situado no ponto mais adiantado da evolução e, por isso, revestido do grau mais elevado da eticidade.”²⁰

Por um lado, a bioética tenta abrir novos caminhos para a discussão e a tomada de decisão numa sociedade pluralista e secular, na qual os referenciais religiosos e as escalas de valor não são mais objeto de consenso. Por outro lado, o direito implica valores dominantes na sociedade, por isso a lei sempre é invocada para organizar a conduta humana, no respeito e promoção dos valores que servem como base para a civilização.

Por isso, o direito deve intervir no campo das técnicas biomédicas, para estimular o desenvolvimento da ciência dentro de suas fronteiras humanas e desestimulá-la quando passa a avançar os limites desumanos.²¹

Portanto, cindir o desenvolvimento do ser humano para estabelecer que o início da vida não se dá a partir da concepção, de modo a justificar a utilização de seres humanos e embriões como coisa, sem esbarrar no aspecto ético que envolve o tema, não tem respaldo num ordenamento jurídico que foi construído sobre o princípio da dignidade humana, que é a base do Estado Democrático de Direito.

²⁰ Olinto A Pegoraro. *O que é ser humano? A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz, 1999, p. 29.

²¹ Volnei Garrafa. *Clonagem, ciência e ética*. Folha de São Paulo, 1997, p. 55.

“A inviolabilidade do corpo humano e sua definição são ameaçadas pelas excepcionais manipulações técnicas geradas pelo desenvolvimento da pesquisa científica e favorecidas pelas lógicas que Marie-Thérèse Meulders-Klein arrolou em quatro grandes categorias: a) a lógica do conhecimento e do poder; b) a lógica do proveito; c) a lógica da busca da felicidade; e d) a lógica da utilidade.”²²

A lógica do conhecimento e do poder é privilégio do mundo racional ocidental que se expressa na vontade de saber o como e o porquê das coisas para melhor dominar a natureza e o destino. A lógica do proveito provoca um outro instinto humano: o do ganho e do proveito. A lógica da busca da felicidade surge como a vontade de combater o sofrimento e a morte. A lógica da utilidade é a lógica do Estado diante da demanda dos homens.

Cumprir lembrar que a humanidade possui o instrumento jurídico apto a fornecer os parâmetros essenciais de natureza axiológica para a divulgação do conhecimento científico, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, a qual proclama que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz.²³

²² Eduardo de Oliveira Leite. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito*, cit., p. 98-119.

²³ É oportuno lembrar as palavras de Einstein (Antonio Marchionni. In: Maria Luiza Marcilio e Ernesto Lopes Ramos (coords.). *Ética na virada do milênio*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 25): “devemos ter o cuidado de não fazer do intelecto o nosso deus, ele sem dúvida, tem músculos fortes, mas nenhuma personalidade. Não é capaz de conduzir. Pode apenas servir. O intelecto tem um olho aguçado para os métodos e ferramentas, mas é cego quanto aos fins e valores.”

É certo que o apelo ao utilitarismo imediatista gerou o drama da era científica: o esquecimento do ser, de sua dignidade, transformando-o em coisa passível de ser comercializada, como ocorre com o embrião, que tem sido transformado em coisa ao ser utilizado em experiências científicas para retirada de células-tronco. É por isso que o biodireito assume importante papel na solução dos problemas e das ofensas geradas à dignidade da pessoa humana, em razão do avanço das técnicas científicas relacionadas à utilização de seres humanos em pesquisas científicas, e à utilização de embriões para produção de células-tronco.

Não deve pretender o direito frear a evolução da ciência, que visa a melhoria das condições de vida da humanidade e a amenização do sofrimento das pessoas. Todavia, a evolução da ciência deve caminhar juntamente com o respeito à dignidade humana e a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, único e irrepetível.

Nesse sentido, a bioética assume grau de relevância, pois pode delinear, diante da ética e do valor da pessoa humana, a elaboração de leis que possam conduzir e delimitar o comportamento do cidadão, face aos avanços das experimentações e técnicas científicas.

Destarte, os princípios da bioética e a coercitividade do direito devem ser observados na utilização das técnicas científicas no

embrião, a fim de que sua condição de pessoa e sua dignidade sejam respeitadas.

Por isso, é lícito passar pelo estudo dos princípios norteadores da bioética.

1.2. Princípios norteadores da bioética

Os princípios norteadores da bioética são: a beneficência, não-maleficência, autonomia, justiça e alteridade.²⁴

Devem ser observados pelos cientistas na prática da ciência e da medicina, principalmente no que diz respeito ao direito à vida do embrião, a fim de que a sua dignidade seja resguardada para que não seja utilizado como meio, mas considerado como um fim em si mesmo.

O princípio da beneficência pode ser colocado no vértice, compreendendo o fim da medicina, que é o de promover o bem, evitando o mal, por enfatizar a busca do bem-estar do paciente, não o prejudicando, conforme preconiza o juramento hipocrático.

A instrumentalização do ser humano e, precisamente do embrião, e seu uso como mero meio, é avesso ao que reza o principialismo personalista. Trata-se de uma visão antropológica

²⁴ Olinto A. Pergoraro. *Ética e bioética. Da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 98 e s.

considerar o homem um fim absoluto.²⁵ Logo, o embrião, sob a visão antropológica, é um fim absoluto e não deve ser coisificado, não deve ser tratado como meio.

Os princípios da beneficência e da não-maleficência são desdobramentos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do embrião no âmbito biomédico.²⁶

O princípio da autonomia diz respeito à liberdade individual de a pessoa poder escolher o que é melhor para si, desde que haja a troca de informações entre o médico e o paciente sobre os tratamentos disponíveis. Refere-se ao respeito que se impõe à autodeterminação humana e ao livre consentimento, fundamentando a aliança médico-paciente e o conhecimento aos diversos tipos de tratamento colocados a seu serviço, o que é assegurado pelo artigo 5º, XIV da Constituição Federal.²⁷

O embrião não tem consciência para decidir qual o melhor tratamento ou a forma de terapia gênica adequada, logo, seu responsável legal deve decidir o melhor. Outra solução seria uma ação judicial na qual o juiz decidiria o que é melhor para a pessoa incapaz de manifestar sua autonomia e autodeterminação.

²⁵ Mario Bigotte Chorão. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista brasileira de direito comparado*, 17: 274-7.

²⁶ Reinaldo Pereira e Silva. *Introdução ao biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 174.

²⁷ O art. 5º, inciso XIV da Constituição Federal de 1988 prevê: "... – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

O princípio da beneficência insere-se na atividade médica, assim como o princípio da não-maleficência. O médico deve sempre fazer uma avaliação do procedimento a ser usado com o paciente, para que este não sofra desnecessariamente sem obter resultados. Deve informar ao paciente acerca dos riscos e benefícios, dando sua opinião, a fim de que este e seu responsável legal possam dar a sua decisão final em atenção ao princípio da autonomia.

O médico deve comprometer-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos ao paciente. Mas não está obrigado a fazer o que o paciente ou seu responsável legal quer, ele pode se negar a realizar o tratamento se contrário às suas convicções e aos valores pessoais.

O princípio da não-maleficência significa que jamais se deve praticar algum mal ao paciente. É a garantia de que danos previsíveis serão evitados ao embrião. O princípio da segurança previsto nos artigos 5º, III, da Constituição Federal garante o direito à integridade física e moral, porque ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante; não se pode praticar experimentos científicos que rebaixem a dignidade do homem ou terapias que o submetam a sofrimentos injustos.²⁸

Assim, toda e qualquer intervenção no embrião deve ser pautada pelo princípio da beneficência e da não-maleficência. Um

²⁸ O artigo 5º, inciso III da Constituição Federal de 1988 dispõe: "...ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante."

exame pré-natal deve ser realizado com a devida diligência no sentido de evitar algum mal ao embrião.

Em razão destes princípios, não se pode negar que a utilização de embriões para pesquisas com finalidade terapêutica e como fonte de células-tronco agride sua dignidade humana.

O princípio da justiça rege que ela deve ser distributiva, ou seja, todos devem ter acesso aos procedimentos médicos necessários, independentemente de sua situação econômica e condição social, porque todas as pessoas devem ser tratadas de maneira igualitária.

Por oportuno, cumpre adiantar que, no Brasil, existe apenas a igualdade formal, pois a realidade é outra: quanto mais avança a ciência, mais seletivo o seu acesso. Em que pese o fato de o Estado ter o dever de dar acesso a todos dos avanços da medicina e da biotecnologia, na prática, isto não ocorre. No Brasil, quanto mais cara a técnica, mais restrito fica o seu acesso às pessoas com maior poder aquisitivo, porque o Estado não oferece os mesmos serviços na rede pública de forma ampla.

O princípio da justiça, também é chamado de equidade, aborda a relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa. O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 preceitua que o Estado deve promover o bem para todos sem distinção, preconceito ou discriminação, guarda relação com o princípio bioético da justiça, pois todas as pessoas,

independentemente de condição social, cultural e econômica devem ter ampla liberdade de optar entre os tratamentos que lhe são oferecidos, e todas devem ser tratadas igualmente pela lei, inclusive o embrião.²⁹

No imperativo categórico Kantiano extrai-se a seguinte afirmação: age apenas seguindo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal. A pessoa humana constitui um fim em si mesmo, nunca um meio.³⁰

Kant afirma que o agente moral deixa de ser exclusivamente a fonte dos valores morais e adquire um valor em si mesmo. Identifica a autonomia pessoal com a autonomia moral e, com isto, eleva a escolha autônoma como moralmente boa. Para Kant, a liberdade de escolher e a autonomia são intrinsecamente boas, pois pertencem à pessoa e devem ser respeitadas.³¹ A decisão individual, de se submeter a uma experiência científica ou a um tratamento, só não será respeitada se gerar reflexos negativos para a sociedade.

O princípio da alteridade significa respeito pela outra pessoa, de modo que o homem deve agir em relação aos outros como quer que os outros se comportem em relação a ele mesmo. Logo, o respeito

²⁹ O artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988 estabelece: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

³⁰ Emmanuel Kant. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. portuguesa, Lisboa: Edições 70, p. 59.

³¹ Emmanuel Kant. *Fundamentos*, cit., p. 59 e s.

à dignidade da pessoa humana é dever de todos em relação a todos: é um princípio que tem aplicabilidade *erga omnes*.³²

Se houver conflito entre a livre expressão da atividade científica e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, este deverá prevalecer, pois é o fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal,³³ porque o embrião deve ser considerado, no exercício da biomedicina, com alteridade, ou seja, deve ser respeitado como pessoa que tem incorporada em si a dignidade humana. Como a vida tem início desde a concepção, a utilização de embriões humanos como fonte de células-tronco e para pesquisas, conflita com o princípio da dignidade humana e, neste caso, deve prevalecer o respeito à dignidade da pessoa humana.

A construção dos princípios fundadores da bioética resultou de um processo de conscientização na comunidade científica e na sociedade em geral, provocado pelas experiências biológicas realizadas pelo nazismo, pelo surgimento de fantásticas técnicas científicas médicas na metade do século XX.

³² Aline Mignon (*Bioética*, cit., p. 11) afirma: Alguns autores ainda acrescentam o princípio da qualidade de vida (PQV) que informa que viver só tem sentido se a pessoa possuir capacidade de viver autonomamente e com dignidade. Logo, é lícito que alguém decida por não continuar vivendo ou decida interromper os meios artificiais de prolongamento da vida. Referido princípio é um verdadeiro absurdo diante do princípio da dignidade humana e de todos os princípios da bioética.

³³ O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 prevê: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

“Os princípios são referenciais de três campos de atuação distintos, ainda que referidos ao mesmo objeto, qual seja, a pessoa humana. Os princípios servem para privilegiar um dos aspectos da relação médico-paciente (...). Vemos, então, como os princípios da bioética exigem uma necessária complementariedade, que possa cobrir o vácuo normativo em que se encontra a normatividade social relativa às ciências da vida e suas tecnologias.”³⁴

Por isso, tais princípios são vistos de acordo com uma conexão hierárquica que lhes dá sentido e validade.³⁵

O Relatório Belmont de 1978 constitui-se num dos maiores cânones da bioética nos Estados Unidos da América. O Código de Nuremberg foi o primeiro indicador de cunho universal da necessidade de aliar a pesquisa científica ao respeito pelo ser humano. Por isso, é considerado como documento *mater* da bioética. Foi revisto em 1964 pela Organização Mundial da Saúde reunida em Helsinque (Finlândia). A revisão deu origem à Declaração de Helsinque, que incorporou vários elementos do Código de Nuremberg.

Assim, o Código de Nuremberg foi o documento inaugural que enfatizou a preocupação da aplicação da bioética à ciência da vida, tendo sido confirmado, posteriormente, pelo Relatório Belmont que consagrou os princípios ora tratados.

³⁴ Vicente de Paulo Barretto. As relações da bioética com o direito. *In: Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p. 41-75.

³⁵ Elio Sgreccia. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 167, vol 1.

As leis existentes atualmente em matéria de biodireito são esparsas e vagas. Algumas, como a Lei nº 11.105/2005, ferem a cláusula geral de respeito à dignidade humana prevista pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), pela duvidosa constitucionalidade de seu artigo 5º. Assim, ainda persiste a necessidade de normatização do tema, e os princípios norteadores da bioética devem ser usados como parâmetro.³⁶

1.3. A necessidade de normatização do tema

Para que o direito à vida do embrião e sua dignidade humana sejam respeitados desde a concepção, é necessário que a lei regule a matéria de maneira específica, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da personalidade do embrião, tema que será analisado oportunamente.

A função de “normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral” é do direito.³⁷ Ao direito cabe a análise e a resposta final às múltiplas indagações produzidas pelas atividades biomédicas.

A bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação científica em seres humanos, com a finalidade de ver protegidas a

³⁶ É o teor do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005: “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 (...)” O inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 tem a seguinte redação: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

³⁷ Regina Sauwen e Severo Hryniewicz. *O direito in vitro*, cit., p. 56.

dignidade e a vida da pessoa humana como prioridade sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do dever ser, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não somente éticas, pois somente seu caráter coercitivo impedirá ao cientista sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos.³⁸

Como visto, o biodireito tem a finalidade de fixar normas coercitivas que delimitem as atuações dos cientistas no que tange às experimentações científicas, no sentido de ver respeitada a dignidade do ser humano, sua identidade e sua vida. Tem a função de “normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral.”³⁹

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, alude ao respeito ao ser humano como fundamento ético próprio de um Estado Democrático de Direito. Desta forma, todas as normas no plano constitucional ou infraconstitucional devem se conformar com os ditames da Carta Magna, cujos princípios constituem o suporte axiológico a harmonizar todo o sistema.⁴⁰

³⁸ Maria Dolores Vila-Coro. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Serviceo de publicaciones facultad derecho universidad complutense Madrid, 1995, p. 21-22.

³⁹ Regina Sauwen e Severo Hryniewicz. *O direito in vitro*, cit., p. 56.

⁴⁰ Gustavo Tepedino. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. *In: Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 67.

O respeito à dignidade da pessoa humana é elemento fundante do Estado Democrático de Direito, por isso importa reconhecer que “a interpretação das normas jurídicas, ainda que importe sempre na sua recriação pelo juiz, não resta submetida ao livre-arbítrio do magistrado ou dependente de sua exclusiva bagagem ético-cultural, encontrando-se definitivamente vinculada aos valores primordiais do ordenamento jurídico.”⁴¹

Resta indagar para que e a quem as normas disciplinadoras da biotecnologia servem. “Isso tudo para que no corpo do direito não ingresse tão simplesmente um novo estatuto do corpo humano a título de artefatos de mercantilização, objetos de mercancia suscetível de trânsito na arena jurídica.”⁴²

O objeto do biodireito é a fundamentação e pertinência das normas jurídicas, de maneira a adequá-las aos princípios e aos valores relativos à vida e à dignidade humanas trazidos pela ética. É um novo ramo do conhecimento e deve ser adequado à bioética.⁴³

Em função das perguntas surgidas na pesquisa biológica e nas aplicações técnicas da medicina, é que se faz necessária a construção de dois tipos de ordens normativas: a primeira, expressa

⁴¹ Maria Celina B. M. Tepedino. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil imobiliário agrário e empresarial*, 65: 29.

⁴² Luiz Edson Fachin. Bioética e tecnologia. In: *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 232.

⁴³ O termo biodireito tem sido alvo de várias críticas em virtude de poder ensejar significado ambíguo, por, talvez, trazer em si a noção limitada de direito voltado à vida, como se houvesse direito que não fosse voltado à vida, o que não é verdade, porque a razão de ser do direito é o homem. Talvez o vocábulo jusbiologia fosse o mais apropriado, mas o termo biodireito consagrou-se.

nos princípios da bioética, de caráter moral; e a segunda, nas normas jurídicas do biodireito.⁴⁴

É certo que a Lei de Introdução ao Código Civil é apta a fazer a integração do ordenamento jurídico, suprindo lacuna de lei de acordo com o artigo 4º, bem como fornecendo instrumental para o operador do direito ao interpretar a lei de acordo com o artigo 5º. Assim, o jurista será sempre capaz de encontrar uma solução para o litígio, de maneira justa, atual e com equidade.⁴⁵

Embora o próprio ordenamento jurídico tenha a capacidade de suprir lacunas da lei, fazendo a integração do direito, existe a necessidade de se criar normas gerais específicas para regulamentar a realização de pesquisas científicas em seres humanos e toda manipulação científica que envolva a vida.⁴⁶

⁴⁴ Dominique Thouvenin (*De l'éthique biomédicale aux lois "bioéthiques."* Paris :Dalloz, 1987. *Apud*: Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz. *O direito in vitro*, cit., p. 41-2) noticia: As palavras do Presidente francês François Mitterrand, por ocasião da inauguração do Comitê National d'Ethique (1983) representam a dificuldade de se estabelecer caminhos para a orientação da pesquisa no âmbito da biomedicina: "Não cabe ao Estado editar regras segundo as quais todos os homens de ciência deveriam se conformar, mas também não cabe aos pesquisadores decidirem sozinhos, assim como a sociedade não pode se desobrigar de uma responsabilidade que é de todos."

⁴⁵ A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), art. 4º estabelece: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." ; e o artigo 5º dispõe: "Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

⁴⁶ Michel Foucault apresenta a idéia da 'criação do biopoder', como um dos fenômenos desse século. "(...) Uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico." (aula transcrita na Folha de São Paulo, Caderno Mais, a propósito da edição do livre "Em defesa da sociedade." São Paulo: Martins Fontes, 1999. *In*: Maria Garcia. *Os limites da ciência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84).

Surge, então, uma indagação: “deve o Direito limitar o conhecimento humano?”⁴⁷

Maria Helena Diniz ressalta “A necessidade de um padrão moral que possa ser compartilhado por pessoas de moralidades diferentes, pois há constatação mundial de uma inversão de valores morais, de apatia e fragmentação moral, em razão do caráter pluralista da sociedade moderna. Por isso Engelhardt considera ser um grande desafio à moral contemporânea o estabelecimento de princípios comuns que possam solucionar questões oriundas do progresso das ciências biomédicas e da tecnologia científica aplicada à saúde.”⁴⁸

A mesma autora assevera ainda que: “Faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito. Assim a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa, de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságüe numa crescente e temível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico.”⁴⁹

⁴⁷ Maria Garcia. *Os limites*, cit., p. 85. Na mesma obra, Maria Garcia (*Os limites*, cit., p. 86) ensina: “Sendo o Direito a ciência da regulação das condutas humanas regula, igualmente, as relações de poder, dos indivíduos entre si, horizontalmente considerados e dos indivíduos em relação ao Estado – deste com referência aos indivíduos e à sociedade, verticalmente, numa relação de autoridade, portanto, Poder legalmente exercido.”

⁴⁸ Joaquin Clotet. Por que bioética? *Bioética*, 1:13, *apud*: Maria Helena Diniz. *O estado atual*, cit, p. 6.

⁴⁹ Maria Helena Diniz. *O estado atual*, cit., p. 10.

Muitos países têm criado comitês de ética para solucionar as questões advindas da ciência, até para opinar se uma técnica deve ou não ser empregada num paciente, como foi o caso do transplante de face feito na França no primeiro semestre de 2006.

A ação pragmática dos comitês de ética é regida por quatro princípios: o respeito à pessoa, o respeito ao conhecimento, a recusa ao lucro, e a responsabilidade do pesquisador.

Todavia, a maioria dos países recorre às regulamentações alternativas que hoje são de quatro naturezas: os códigos de deontologia profissional, os regulamentos que se impõem certas associações; as regras de conduta baixadas por certas instituições particulares; as orientações dos comitês de ética, e, em alguns países, leis esparsas que tratam do tema de maneira não sistematizada.

No Brasil, o principal instrumento de trabalho foi a Resolução 196/96 do Ministério da Saúde até o advento da Lei de biossegurança nº 11.105/2005. A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina prevê normas éticas para utilização de técnicas de reprodução humana assistida que vinculam todos os membros (corpo médico) da profissão, sem exceção.

Na França, por exemplo, há regras bem delimitadas por lei para que o médico possa realizar inseminações artificiais, e só poderá fazê-las nas hipóteses enumeradas em lei.⁵⁰

Francisco Amaral levanta a questão: “tudo que é tecnicamente possível também o será ética e juridicamente?”⁵¹

A resposta é negativa, pois a prática de técnicas científicas pelo homem deve ser controlada, sob pena de se praticarem atos ajurídicos e antiéticos com inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos Estados Unidos, ao contrário da França, vigora o sistema do *right of privacy* pelo qual toda pessoa tem o direito de assumir só as

⁵⁰ Brigitte Feuillet Le Mintier. *L'assistance médicale à la procréation. Les lois bioéthiques à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*. Paris: PUF, 1999, p. 194-201. A lei de 29 de julho de 1994 define as condições de acesso à assistência médica quanto à procriação, afastando a pretensão de certos usuários movidos por questões pessoais e egoístas. O médico só poderá realizar a procriação assistida quando a proposta for do casal e atender a um projeto parental, para remediar a infertilidade ou para evitar doença grave à criança ao nascer. A necessidade de limitação das hipóteses para realizar a procriação assistida na lei francesa visa proteger os direitos da criança e sua dignidade. No entanto, tal restrição no Brasil seria inconstitucional, pois a nossa Carta Magna protege, inclusive, a família monoparental formada por um dos genitores e sua prole. Entretanto, o interesse da criança está acima do interesse individual de uma pessoa solteira vir a se utilizar das técnicas de procriação assistida, mas até isto justificar a ingerência do Estado na intimidade do ser humano, é algo que necessita ser discutido. Talvez fosse o caso de o Estado implantar campanhas mais eficazes de auxílio ao planejamento familiar, procurando, através da educação, melhorar a vida do cidadão e auxiliá-lo na busca ou não de processos tecnológicos que influenciarão na vida da futura criança. O artigo 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança dispõe que em toda decisão concernente à criança seu interesse é primordial, o que autoriza o Estado a tomar medidas protetoras, regulando o acesso às procriações artificiais, como ocorre na França. A lei, na França, “quis seguir o curso natural dos fatos: dois pais heterossexuais ainda é o que há de melhor para a criança.” A identificação paterna e materna é fundamental ao desenvolvimento normal dos seres humanos. Segundo Françoise Dolto (*Quando lês parents se séparent*. Paris: Seuil, p. 75 e 100.): “Mais vale a criança dizer: ‘Eu tenho três papais’, do que ‘Mãe vive sozinha, eu não tenho pai’, e mais adiante: “local onde ela aprende a ficar em segurança na sociedade, na presença dos pais, que são os garantes de sua identidade.”

⁵¹ Francisco Amaral. *O poder das ciências biomédicas*, cit., p. 36.

decisões na esfera de sua vida privada, princípio este considerado constitucional pela Corte Suprema dos Estados Unidos em 1965.

Sérgio Ferraz afirma que: “ o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social: ele significa, pois, que a cada um é reconhecido o direito de viver livremente, em harmonia com o todo social, com a certeza de que suas virtualidades poderão expandir-se e concretizar-se, num concerto coletivo a todos benéfico.”⁵²

Apesar de a Constituição Federal de 1988 garantir a liberdade de investigação científica, no artigo 5º, IX, combinado com o artigo 218, impõe um limite a esse avanço, estabelecendo que este deve se dar em benefício do interesse geral, ou seja, a investigação científica pode ser freada se ferir o interesse geral, em razão da consagração dos direitos humanos fundamentais.⁵³

Deve existir, portanto, uma norma sobre a qual se possa praticar o exercício da liberdade científica, sempre tendo em conta o ser humano e o respeito à sua dignidade como o aspecto central do exercício da liberdade científica, pois, toda pessoa deve ser respeitada desde a concepção até a morte. A pesquisa não deve ter como fim o

⁵² Sérgio Ferraz. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20.

⁵³ Prevê o artigo 5º, IX da Constituição Federal de 1988: “...é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

lucro, mas sim os resultados benéficos que pode proporcionar à sociedade.

Como foi dito no início deste tópico, para que o direito à vida do embrião seja respeitado, é necessário que sua personalidade seja reconhecida por lei. É por essa razão que o tema do direito à vida do embrião, sob o enfoque da biomedicina, necessita de uma normatização mais específica.⁵⁴

Ademais, o direito do embrião à vida deve ser respeitado, inclusive eticamente, conforme será visto a seguir.

1.4. O direito do embrião à vida e a ética

Tendo em vista o que foi explanado até então a respeito da ética e da bioética, é lícito aduzir que o embrião deve ser considerado como pessoa, inclusive eticamente, para que o seu direito à vida seja respeitado, face aos avanços da ciência, porque a ciência e a ética concebem de maneiras diferentes o ser humano.

Nesse ponto, é oportuno salientar que a ciência biológica assegura apenas a compreensão de uma individualidade humana

⁵⁴ A propósito, são as considerações de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. *Revista brasileira de direito de família* 16:40-55): “Deve-se buscar com urgência uma regulamentação legal sobre o tema, uma vez que a preocupação não é exagerada e nem nova. Até aqui, apenas o que se assistiu foi apenas este imenso descompasso entre o avanço tecnológico e a normatização jurídica, descompasso este que precisa ser, com urgência, redimensionado.”

coisificada, e isto não é suficiente para a compreensão ética da qualidade de pessoa.

Segundo Antonio Caso há três graus do ser: a coisa, o indivíduo e a pessoa. Coisa é o ser sem unidade. Caso se rompa uma coisa, nada parece com ela. Coisas rompidas são outras coisas. Já o ser dotado de vida se chama indivíduo; isto é, uma unidade orgânica. O homem é um organismo animal e, portanto, um indivíduo, porém, também é uma pessoa. Somente o homem concebe o ideal, somente ele é capaz de dedicar as suas faculdades espirituais ao serviço das idéias.⁵⁵

Max Scheler entende que: “Não existindo um conceito biológico do ser do homem, o principal modo de identificar os seres terráqueos que manifestam vida em si mesmos reside na distinção entre ‘pessoa’ e ‘organismo’, entre o ser espiritual e o ser vivo.”⁵⁶

Na esfera da ética a aspiração transcendente do homem é a unidade original entre a individualidade biológica e a sua qualidade de pessoa humana.⁵⁷

⁵⁵ Antonio Caso, *apud* Luis Recasens Siches. *Filosofia del derecho*. México: Editorial Porruã, 1995, p. 253-254.

⁵⁶ Max Scheler. [Der formalismus em der ethik und die materiale wertethik] *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Trad. De Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948, p. 66, t. II.

⁵⁷ A pessoa humana não se confunde com indivíduo humano. A pessoa humana é a que melhor expressa o homem como ser em relação; indivíduo humano é o que garante a delimitação sujeito a sujeito dos requisitos intrinsecamente humanos, ou seja, a análise biológica da natureza humana.

Portanto, tais diferenças não podem prosperar, pois indivíduo e pessoa se acham reunidos no mesmo homem.

Pierre Teilhard de Chardin ensina que: “Para sermos plenamente nós mesmos é em direção ao outro que temos de avançar. O termo nós próprios, o cúmulo da nossa originalidade, não é a nossa individualidade, é a nossa pessoa; e esta, em razão da estrutura evolutiva do mundo, não a podemos encontrar senão unindo-nos.”⁵⁸

Erich Fromm entende que ‘o homem é ‘ele’ e é ‘todos’; é um indivíduo com suas peculiaridades e, nesse sentido, único e, ao mesmo tempo é representante de todas as características da espécie humana.”⁵⁹

A socialização é, portanto, constitutiva do ser humano. É por isso que o princípio da alteridade considera o homem sempre em relação aos outros. Não se pode considerar o ser humano e o embrião como uma coisa capaz de ser cindida e comercializada em pedaços, pois admitir isso seria concordar e contribuir com a coisificação do ser humano.

Kant reconhece que “o homem (e com ele todo o ser racional) é um fim em si mesmo, isto é, nunca pode ser utilizado somente como meio por alguém (nem mesmo por Deus), sem ao mesmo tempo ser

⁵⁸ Pierre Teilhard de Chardin. *Lê phenomene humain. [O fenômeno humano]*. Trad. de Leon Bourdon e José Terra. Porto: Tavares Martins, 1970, p. 289.

⁵⁹ Erich Fromm. *Man for himself. [Ética e psicoanálisis]*. Trad. de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 51.

um fim, e que a humanidade na pessoa de cada homem, deve ser sagrada, porque o homem é o sujeito da ética e também do que é em si santo.” O objeto da razão pura prática está fundamentado na dignidade da pessoa humana e pressupõe três postulados: a imortalidade da alma, a liberdade humana e a existência de Deus. O pensamento de Kant remete a um conteúdo: “sê pessoa e respeita os outros como pessoas.”⁶⁰

O que tem ocorrido com a aplicação das técnicas científicas na inseminação artificial, experimentação científica em embriões, descarte de embriões excedentes e clonagem é a aplicação da máxima “os fins justificam os meios”, pressuposto da ética material (relativismo ético) ou o chamado consequencialismo. Nela a qualidade moral das ações depende exclusivamente da sua aptidão como meio para se alcançar a otimização como fim. Não se pode definir se um meio é moral ou imoral antes que se conheça a sua serventia. O que interessa ao juízo não é o valor ético em si, como o valor da vida humana, mas o objetivo a que a ação humana se propõe. Trata-se de uma verdadeira ‘ética justificativa’ que se dá conta do que existe no contexto das transformações, inclusive biomédicas, tornando tudo o que é real não apenas racional, mas igualmente moral.⁶¹

O consequencialismo arroga-se no direito de considerar moralmente justificável, por exemplo, o uso de tecidos embrionários e

⁶⁰ Emmanuel Kant. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d], p.87.

⁶¹ Sobre a ética justificativa. Giovanni Berlinguer. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Revista de estudos avançados*, 19:180.

fetais com 'objetivos terapêuticos', assim como a sujeição de portadores de doenças ou deficiências mentais e de adultos senis a experimentos para o avanço do conhecimento científico, sem seu consentimento ou de seus responsáveis legais.

O embrião tem direito do *status* de pessoa por ser humano, e esse *status* deve ser atribuído a toda pessoa durante a sua existência enquanto tal. Isso se aplica até mesmo ao ser humano ainda não nascido, que leva consigo todo o potencial para desenvolver o modo de vida que é característico dos indivíduos da espécie natural ser humano.⁶²

A tese de que o concebido só é pessoa potencialmente não pode prosperar. Um ser humano é pessoa desde o primeiro instante da concepção, e desde então, sua vida e sua dignidade merecem ser respeitadas.

Sejam quais forem as diferenças físicas ou intelectuais entre os homens, todos têm o mesmo valor e são iguais em dignidade. Isto também se aplica ao embrião que, desde a concepção, é pessoa, mesmo estando num dos estágios iniciais da vida, pois essa diferença física do embrião em relação à criança já nascida não retira o seu valor, a sua dignidade e a sua condição de pessoa.

⁶² Ludger Honnenfelder. Naturaleza y status del embrión. Aspectos filosóficos. *Cuadernos de bioética*, 31: 1034-7.

Nesse sentido, Santo Agostinho ensina que cada homem singular e concreto é uma pessoa.⁶³

Por um lado, “a tecnociência tem fortes bases ideológicas, já que está fundada sobre um modo de pensar – a razão instrumental – que não é neutro ao valor ético. Ao contrário, tem seus próprios valores: eficácia, utilidade, domínio; seus próprios pressupostos filosóficos: materialismo, empirismo positivista, evolucionismo; e suas próprias atitudes frente à vida: hedonismo, economicismo, secularismo.”⁶⁴ Por outro lado, tais valores são insuficientes para abranger a qualidade de pessoa do embrião.

Assim, não é possível manter uma sociedade solidária sem reconhecer e tutelar o direito à vida, sobre o qual se fundamentam e se desenvolvem todos os demais direitos inalienáveis da pessoa humana. Não pode haver democracia se não for reconhecida a dignidade da pessoa humana e se os seus direitos fundamentais não forem respeitados.⁶⁵

⁶³ Santo Agostinho, *apud* Tomás Melendo Granados. Sobre el hombre y su dignidad. *Persona y bioética*, 6:62.

⁶⁴ Carlos F. Massini-Correas. *Tecnociencia, eticidad y fecundación in vitro*. Sapientia: Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 55

⁶⁵ Olinto A. Pergoraro (*Ética e bioética*, cit., p. 35) ensina: “Uma ética para a tecnociência busca encontrar um meio-termo quanto ao uso de resultados científicos; não se trata de proibir a pesquisa ou impor-lhe limites, mas de discutir o uso de seus resultados nos dias de hoje. Por exemplo, a intervenção clínica nos genes humanos, graças à pesquisa livre, já é possível. Entretanto, a sociedade ainda não se sente segura para praticá-la, lembrando a triste história nazista da eugenia. Em um momento posterior, este feito científico poderá vir a ser seguro e benéfico para a comunidade. Isto é, ética e tecnociência, longe de se excluírem, se complementam: a ética sozinha torna-se dogmática e intolerante; a tecnociência sozinha pode repetir as catástrofes das experiências nazistas. É dialogando e fazendo concessões que se cria a convergência entre ciência e ética.”

Para esse propósito, a bioética personalista usa critérios de discernimento entre o que é tecnicamente possível e o que é eticamente lícito. Tais critérios de discernimento organizam-se a partir de uma antropologia ontologicamente fundada (o reconhecimento da substancialidade do ser da pessoa humana) e de uma metafísica finalística (o reconhecimento de uma lei natural com ordem da realidade).⁶⁶

Para Enrique Dussel a pessoa humana é o sujeito do seu próprio ser, ser da vida entregue a si mesma a partir da responsabilidade intersubjetiva com um dever ser, e isto de maneira necessária e simultânea, já que do ser vivente do homem pode-se fundamentar a exigência do dever ser da própria vida.⁶⁷

Deve-se a Emmanuel Kant o reconhecimento de que o homem, mesmo tomado como a simples possibilidade de realizar-se na sociedade e no Estado, já possui um valor infinito, sendo condição de toda a vida ética, e da vida jurídica, inclusive.

“Tudo o que existe na criação e sobre a parte que se tenha suficiente poder pode ser empregado como simples meio; unicamente o homem, e com ele toda a criatura racional, é fim em si mesmo. É ele,

⁶⁶ Elio Sgreccia. *Il dibattito attuale in bioética*. In: Maria Luisa di Pietro e Elio Sgreccia (org.). *Bioética ed educazione*. Milano: Editrice la Scuola, 1997, p. 30.

⁶⁷ Enrique Dussel. *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión. Ética da libertação. Na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et al. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 141.

efetivamente, o sujeito da lei ética, que resulta santa graças à autonomia da sua liberdade.”⁶⁸

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana assinala que todo ser humano é um microcosmo, um universo em miniatura, com destino individualizado e distinto da sociedade, de que é embora partícipe.⁶⁹

O personalismo ético atribui ao homem, precisamente porque é pessoa, um valor em si mesmo e uma dignidade, não o considera como meio para alcançar outros fins. Logo, todo homem tem direito em relação ao outro de ser respeitado como pessoa, e não ser prejudicado em sua existência, encontrando-se obrigado frente aos demais de modo análogo. Nesse sentido, a relação jurídica fundamental é a relação de respeito mútuo que cada homem deve a qualquer outro homem e que pode deste exigir.⁷⁰

Respeitar o outro com alteridade significa entendê-lo como diverso, como outro e, portanto, reconhecê-lo como livre. Assim, há uma correspondência entre entender o outro como alteridade e ter a sua alteridade reconhecida.

⁶⁸ Emmanuel Kant. *Crítica da razão pura*. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d, p. 86.

⁶⁹ José Ortega Gasset (*El hombre y la gente*, t. I. Madrid: Revista de Occidente, 1972, p. 43 e 68) adverte: Diferentemente do tigre, que não pode deixar de ser tigre, “o homem vive em risco permanente de se desumanizar.”

⁷⁰ Karl Larenz. *Derecho civil. Parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Marcías Picabea. Madrid: Edersa, 1978, p. 45-6.

O ser humano, e, no caso deste trabalho, o embrião, detendo a qualidade de pessoa, é portador da dignidade ética e titular de direitos inatos, inalienáveis e imprescritíveis, em relação aos quais o Estado deve respeito, por serem os meios naturais para o reto cumprimento do fim estatal.

Ensina Paulo Bonavides que “ toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham substanciados.”⁷¹

Assim, a dignidade da pessoa humana não é uma criação do direito, público ou privado, pois é um dado preexistente a toda experiência especulativa, como a própria pessoa humana.⁷²

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), confirmada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, coroou o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷³

⁷¹ Paulo Bonavides. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233.

⁷² José Afonso da Silva. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, 212:91.

⁷³ Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento

A filósofa Hannah Arendt entende que: “Alteridade é o motivo pelo qual não podemos dizer que uma pessoa é, sem distingui-la de outra.”⁷⁴

Ainda prossegue: “A história política recente está repleta de exemplos indicativos de que a expressão ‘material humano’ não é uma simples metáfora inofensiva. O mesmo se pode dizer das inúmeras experiências científicas modernas no campo da engenharia social, da bioquímica, da cirurgia cerebral etc. Todas visando a manipular e a modificar o material humano como se tratasse de qualquer outro material. Essa atitude mecanicista é típica da era moderna”⁷⁵

A questão da liberdade científica preconizada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, IX, esbarra no ‘outro’, conforme registra Hannah Arendt: o homem deve ser capaz de “pensar no lugar de todas as demais pessoas.”⁷⁶

Por ser o embrião pessoa e, como tal, deva ser considerado eticamente, enquanto ser racional e espiritual, único e irrepetível, não pode ser utilizado em experimentações científicas como meio e como coisa, pois deve ter sua dignidade humana respeitada.

da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” In: Flávia Piovesan. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 341.

⁷⁴ Hannah Arendt. *A condição humana*, Trad. Roberto Raposo. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 329.

⁷⁵ Hannah Arendt, *A condição*, cit., p. 329.

⁷⁶ Hannah Arendt. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 274 e s.

1.5. Direitos da personalidade do embrião

1.5.1. Evolução histórica

A proteção dos direitos da personalidade remonta a antiguidade que punia a ofensa física e a moral. Na Grécia, havia o *dike kakegorias*, mas não se tinha a idéia de que os direitos da personalidade eram um tipo de direito subjetivo, mas foi na Grécia que houve o verdadeiro surgimento da personalidade.⁷⁷

No mundo antigo greco-romano a consciência ôntica e ética do homem, como personalidade, era conhecida. A Antigüidade e, sobretudo os gregos, via a essência do homem como *humanitas*, vale dizer, como ser político.⁷⁸

Entretanto, o homem antigo desconhecia o sentido de homem no que diz respeito à sua personalidade, seu valor moral, sua

⁷⁷ Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplante de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 7-8. *Antígona*, obra clássica de Sófocles, a filha incestuosa de Édipo e Jocasta enfrenta a tirania com firmeza ao se opor às ordens do Estado e à lei política ao cuidar dos despojos do irmão, em nome de sua consciência, contra as ordens do rei Polinices que proibiu que aquele tivesse sepultura. O trecho relata o direito natural com profundidade e revela a defesa do cadáver e seu direito a sepultamento: "...Além disso, eu não acreditava que os éditos humanos tivessem força suficiente para conferirem a um mortal a faculdade de violar as leis divinas, que nunca foram escritas mas são imutáveis. Não é de hoje nem de ontem que elas vivem: são eternas e ninguém sabe determinar o tempo que foram promulgadas. Em face destas leis que, não cedem, timoratas, à vontade humana, não sou realmente culpada de coisa nenhuma." (Tradução de Fernando Melro. Lisboa: Editorial Inquérito, p. 35).

⁷⁸ Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplantes de órgãos*, cit., p. 8.

consciência ocidental acerca de seu próprio ser como um fim em si mesmo, como centro autônomo de intimidade de vida.⁷⁹

Em Roma, também havia o *actio injuriarum* para a defesa das ofensas aos direitos da personalidade. O povo romano já se preocupava com a teoria dos direitos da personalidade, tanto que a expressão personalidade estava ligada a indivíduos com três *status*: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. A pessoa precisava ser livre, e não escrava, ser cidadã romana e ser patriarca da família (*pater familias*) para adquirir a capacidade. A consideração social da pessoa surgiu em Roma com a doutrina dos três *status*, mas não da forma como entendemos atualmente os direitos da personalidade.⁸⁰

A ação cabível contra a injúria, em Roma, era a *actio injuriarum*, para reparar lesões pessoais físicas. A *lex cornelia* promulgada em 81 a. C. tinha o escopo de proteger o domicílio, a *lex aquilia* previa ação para proteção da integridade física, a *lex fabia* era o meio processual para a defesa de direitos inerentes à personalidade.⁸¹

Com o Cristianismo surgiu a idéia de fraternidade universal e começou a se formar a idéia de que o homem é o fim do direito. O Cristianismo representa a mais solene proclamação dos direitos da

⁷⁹ Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplantes de órgãos*, cit., p. 8.

⁸⁰ Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplantes de órgãos*, cit., p. 8.

⁸¹ Maria de Fátima Freire de Sá. *Biodireito e direito ao proprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 22.

personalidade humana, mediante a idéia da fraternidade universal e a inviolabilidade da pessoa com todas as suas prerrogativas. Os direitos da personalidade têm sua base indestrutível no Cristianismo, que solidificou, também a idéia da dignidade do homem.⁸²

Conforme ensina Luño Peña: “(...) o Cristianismo representa a mais solene proclamação dos direitos da personalidade humana, mediante a idéia de uma verdadeira fraternidade universal que implica na igualdade de direitos e na inviolabilidade da pessoa com todas as suas prerrogativas individuais e sociais.”⁸³

Baltasar Gómez de Amescúa defendeu a tese de que todo homem, pela lei da natureza e pelos preceitos de direito civil, canônico ou real, tem uma *potestas in se ipsum*, nos limites estabelecidos por tais leis, em um livro do século XVII.⁸⁴

A evolução da teoria dos direitos da personalidade coincide com a obra de Santo Tomás de Aquino, *La Summa Theologia*, que determina a difusão da doutrina. Segundo São Tomás de Aquino: “*persona significat it quod est perfectissimum in tota natura.*”⁸⁵

O pensamento medieval reconhecia que o homem era o fim do direito, mas diante da concepção jurídica da Idade Média, fundada

⁸² Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplantes de órgãos*, cit., p. 8.

⁸³ Luño Peña. *Direito natural*. Barcelona, 1947, p. 342. In: Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplante de órgãos*, cit., p. 8.

⁸⁴ Baltasar Gómez de Amescua. *Tractatus de potestate in se ipsum*, Mediolani, 1609. In: Joaquin Diez Diaz. *Los derechos fisicos de la personalidad*. Madrid: Santillana, [s.d], p. 35.

⁸⁵ S. Th. I, q. 20 a. 23. In: Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplante de órgãos*, cit., p. 8.

por uma ordenação de classes e grupos da sociedade, não sentia a necessidade de conceder relevo aos direitos da personalidade, embora reconhecesse que no homem recaía o fim do direito e não no Estado ou em qualquer outra entidade.

José Cantan Tobeñas afirma que já em épocas antigas encontramos manifestações isoladas, diretas e indiretas, da proteção da personalidade individual, apesar de inexistir, entretanto, uma sistematização acerca dos direitos da personalidade.⁸⁶

No século XIII, a Carta Magna da Inglaterra, no âmbito público, continha o reconhecimento de direitos próprios do ente humano frente aos detentores do poder, mas não houve mais ênfase aos direitos naturais da pessoa.⁸⁷

Foi no Renascimento que foram concretizadas as construções jurídicas sobre os direitos da personalidade, com a afirmação da independência da pessoa e a intangibilidade dos direitos humanos.

Uma das construções jurídicas foi a *potestas in se ipsum* ou do *ius in corpus*, outra é a dos direitos naturais, com a escola do direito natural, no século XVII, que considerava os direitos da personalidade naturais ao homem, pois nascem com ele, estão unidos à pessoa e são preexistentes ao seu reconhecimento pelo Estado.

⁸⁶ Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplante de órgãos*, cit., p. 7-8.

⁸⁷ Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplante de órgãos*, cit., p. 9.

A teoria dos direitos inatos deu ensejo à propagação da doutrina dos direitos do homem e do cidadão. A Declaração dos Direitos adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 1789, fez surgir a idéia da existência dos direitos naturais, preexistentes ao Estado, apenas reconhecidos pelo Estado. Assim, os direitos da personalidade passam a ser definidos, de maneira decisiva, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁸⁸

Fabio Maria de Mattia adverte que a escola jusnaturalista e a Revolução Francesa consagraram os direitos fundamentais e essências do indivíduo, sendo certo que o reconhecimento daqueles decorria do fato de sua condição de indivíduo. A Revolução Francesa, através da Declaração dos Direitos do Indivíduo e do Cidadão, de 1789, reduziu tais direitos a: igualdade, liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão. O objetivo era liquidar o velho sistema feudal e abrir uma nova era para a humanidade.⁸⁹

O positivismo jurídico do século XIX rejeitou a idéia dos direitos inatos ou originais, que nascem com a pessoa e que pertencem a ela enquanto tal. Acreditavam que os direitos da personalidade estariam vinculados ao ordenamento positivo.

⁸⁸ Joaquin Diez Diaz. *Los derechos físicos de la personalidad*. Santillana: Madrid, s/d, p. 35.

⁸⁹ Fábio Maria de Mattia. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista Forense* 262:79.

Adriano de Cupis compartilha dessa opinião. Para ele os direitos essenciais só assumem valor jurídico integral quando adquirem uma determinada figura positiva.⁹⁰

De início, foi primeiro no âmbito público que os direitos da personalidade receberam contemplação legislativa com a Declaração norte-americana que refletia a tradição puritana das antigas colônias, de liberdade de consciência frente ao Estado e o acentuado liberalismo do povo inglês. Na Declaração de Direito do Bom Povo da Virgínia, firmada em 12 de junho de 1776, assentou-se que os homens são livres e independentes por natureza e deveriam ter garantidas a vida e a liberdade própria, na busca da felicidade e da segurança, colocando-se o direito como base e fundamento do governo.⁹¹

A preocupação em defender a pessoa humana das agressões aos direitos da personalidade deu-se com muita lentidão para o legislador. Foi a jurisprudência que se encarregou de proteger a intimidade do ser humano, sua imagem, seu corpo, etc.

Acresce notar, que a jurisprudência francesa teve papel importante de destaque na tentativa de afirmar os direitos da personalidade. Raymond Lindon adverte que a criação dos direitos da personalidade resultou de um esforço dos tribunais franceses preocupados em amparar aquilo que estava latente nas aspirações comuns e não legislado. Surgiu dos tribunais, principalmente o francês,

⁹⁰ De Cupis. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 1ª ed. Campinas: Romana, 2004, p. 19.

⁹¹ Rita de Cassia Curvo Leite. *Transplante de órgãos*, cit., p. 10.

o amparo às situações que reclamavam a proteção aos atentados contra determinados bens pessoais que gravitavam na órbita puramente moral.⁹²

O primeiro diploma legal que tratou especificamente de um direito da personalidade privado foi a lei romena sobre o direito ao nome de 1895, traduzida por Minoresco em francês na obra *Lê nom des personnes em droit compare*, Apêndice, Paris, 1933.

Após isso, o ordenamento jurídico alemão passou a tratar do tema em 1900 que previa, no artigo 12 do Código Civil, o direito ao nome.⁹³

O Código Suíço de 1907, em seus artigos 29 e 30, previa a designação personativa.⁹⁴

O Código Italiano de 1939/1942 avançou na matéria, pois no Livro I *Delle Persone e della Famiglia*, em seus artigos 5º ao 10, regula o direito ao nome (artigo 7º), e outros institutos de direitos da

⁹² Raymond Lindon. *Une creation pretotiene; les droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1974, p. 1.

⁹³ § 12 do Código Civil Alemão: “Se o direito ao uso de um nome for contestado ao titular por um outro, ou seja lesado o interesse do titular pela circunstância de um outro, indevidamente, lesar o mesmo nome, poderá o titular exigir a cessação das perturbações. Se forem temidas outras perturbações, poderá ele propor ação cominatória. (Trad. direta do alemão por Souza Diniz. Editora Rio de Janeiro: Record, 1960).

⁹⁴ Artigo 29 do Código Suíço: “Se a alguém o uso de seu nome for contestado, poderá ele porpor ação para a confirmação de seu direito. Quem for prejudicado pela circunstância de que um outro usurpa o seu nome, poderá propor ação para que cesse esta usurpação assim como, no caso de culpa, para indenização do dano e, quando a natureza do prejuízo o justificar, para uma prestação em dinheiro como reparação moral. Artigo 30 do Código Suíço: “A alteração do nome pode ser concedida a uma pessoa pelo governo do seu Cantão de origem se existirem motivos poderosos para isso. A alteração do nome deve ser inscrita no Registro do Estado Civil e publicada; não opera, porém, nenhuma mudança na condição da pessoa. Quem, pela alteração do nome, for lesado, poderá impugná-la judicialmente, dentro do prazo de um ano depois que obteve conhecimento dela.” (*Código Civil Suíço*, Tradução original do texto alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961).

personalidade como o direito sobre o próprio corpo (artigo 6º), a tutela do direito ao nome (artigo 8º), o direito ao pseudônimo (artigo 9º) e o direito à imagem (artigo 10).⁹⁵

A Segunda Guerra Mundial provocou expressivas violações aos direitos da personalidade – genocídio, campos de concentração para utilização de judeus como cobaias em experiências científicas, de clonagem e de manipulação genética. Além do nazismo, os regimes totalitários daquele período (o facismo italiano, o franquismo na Espanha e o comunismo soviético) desprezavam a vida humana e a personalidade. Com isso, o povo alemão despertou para a nova realidade de proteger sobre todos os aspectos os valores da personalidade.

Por meio dos acordos internacionais surge o restabelecimento dos direitos da personalidade com a Convenção Européia e a Assembléia da Organização das Nações Unidas (1948).

⁹⁵ É o teor dos artigos 5º ao 10 do Código Civil Italiano de 1942. Artigo 5º. “Os atos de disposição do próprio corpo são proibidos quando ocasionarem diminuição permanente da integridade física ou quando forem, de outro lado, contrários às leis, à ordem pública ou aos bons costumes.”; Artigo 6º. “Toda pessoa tem direito ao nome que lhe é atribuído pela lei. No nome se compreendem o prenome e o sobrenome. Não são admissíveis modificações ou retificações do nome, ou acréscimos a ele, a não ser nos casos e com as formalidades indicadas pela lei.”; Artigo 7º. “A pessoa a qual se conteste o direito ao próprio nome ou que possa sofrer prejuízo pelo uso que outrem, indevidamente, faça dele, pode pedir judicialmente a cessação do fato lesivo, sem prejuízo da indenização por danos. A autoridade local pode determinar que a sentença seja publicada em um ou vários jornais.”; Artigo 8º. “No caso previsto no artigo anterior, a ação pode ser promovida mesmo por aquele que, embora não usando o nome contestado ou indevidamente usado, tenha, pela tutela ao nome, um interesse fundado em razões familiares dignas de ser protegidas.”; Artigo 9º. “O pseudônimo, usado por uma pessoa de modo que tenha adquirido a importância de nome, pode ser tutelado no sentido do art. 7º.”; Artigo 10. “Toda vez que o retrato de uma pessoa, dos pais, do cônjuge, ou dos filhos seja exposto ou publicado fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida por lei, ou então com prejuízo do decoro ou da reputação da mesma pessoa ou dos parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da indenização por danos.”

Foi a razão da Lei Fundamental de Bonn que em seu artigo 1º declara a intangibilidade da dignidade do homem, e, em seu artigo 2º, reconhece o livre desdobramento da personalidade.⁹⁶

Surge, então, a teoria monista que entende superada a dicotomia entre direitos da personalidade públicos e privados, pois a noção de Estado Social não comporta esta divisão, uma vez que a lei protege o indivíduo contra o Estado e nas relações com os particulares. É a teoria alemã do Direito Geral da Personalidade.

Da mesma forma, a Suíça adota essa teoria geral da personalidade, no artigo 28 do Código Civil, assim como a Itália, com Gianpiccolo e Perlingieri inspirados na concepção alemã.⁹⁷

A teoria pluralista, tipificadora, define a existência de vários direitos da personalidade de modo que cada um corresponda a uma necessidade ou exigência específica. Mas, diverge da teoria monista, pois entende que se faz necessária a positivação de cada necessidade da pessoa.

⁹⁶ Conforme Artigos 1º e 2º da Lei Fundamental de Bonn: Art. 1º. “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la. Com isso, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, com fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (...)” Art. 2º. “Toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não violar os direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral. Toda pessoa terá direito à vida ou à integridade física. A liberdade da pessoa será inviolável. (...)”

⁹⁷ Gianpiccolo. *La tutela giuridica della persona umana*, apud Elimar Szaniawski. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 66 e s.

No direito moderno, a carta de São Francisco de 1948 é a consagração dos direitos da personalidade pelo direito internacional.⁹⁸

Maria Helena Diniz ensina que: “O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém, sua tutela jurídica já existia na Antigüidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma e da *dike kakegorias*, na Grécia. Com o advento do Cristianismo houve um despertar para o reconhecimento daqueles direitos, tendo por parâmetro a idéia de fraternidade universal. Na era medieval entendeu-se, embora implicitamente, que o homem constituía o fim do direito, pois a Carta Magna (séc. XIII), na Inglaterra, passou a admitir direitos próprios do ser humano. Mas foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão. Após a segunda Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando-os na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Européia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas.”⁹⁹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 procurou minudenciar os direitos da personalidade em cláusulas pétreas, no artigo 5º, *caput* e incisos III, IV, V, VI, X, etc., e no artigo 60, § 4º,

⁹⁸ Rita de Cassia Curvo Leite. *Transplante de órgãos*, cit., p. 10.

⁹⁹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120, vol 1.

inciso IV, ressaltando, inclusive, a indenização pelo dano moral puro, antes tratado como dano moral com reflexo patrimonial. Trouxe também outros remédios como o mandado de injunção, o *habeas data*, o mandado de segurança e o *habeas corpus* como meio de defesa dos direitos da personalidade, expressos no artigo 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXXI, LXXII.¹⁰⁰

O Código Civil brasileiro de 1916, tratou a matéria de forma fragmentária e dispersiva. Apenas se referia ao direito à imagem (art. 666, X), sobre o segredo de correspondência (art. 671, parágrafo único) e reconhecia o direito moral do autor (arts. 649, 650, parágrafo único, 651, parágrafo único e 658, revogados pela Lei nº 9.610/98).

O novo Código Civil (Lei nº 10.406 de 10.01.02) disciplina os direitos da personalidade na Parte Geral, Livro I – Das Pessoas, Título I – Das pessoas físicas, Capítulo II – Dos direitos da personalidade, dando um passo avante em relação ao Código Civil de 1916, tratando

¹⁰⁰ É o teor dos dispositivos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: inciso III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”; inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”; inciso V: “é assegurado o direito de respostas, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”; inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.”; inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”; inciso LXVIII – “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”; inciso LXIX – “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”; inciso LXXI – “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”; inciso LXXII – “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.” Dispõe o artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... IV – os direitos e garantias individuais.”

a matéria de maneira mais sistematizada nos artigos 11 a 21 do Código Civil.¹⁰¹

Cabe, então, ressaltar outros aspectos dos direitos da personalidade, como conceito, natureza jurídica, objeto, caracteres.

1.5.2. Conceito

O significado etimológico do termo personalidade remonta ao latim *personalitas*, de *persona*, relativo a pessoal. Ligam-se à personalidade os caracteres exclusivos de uma pessoa, tudo o que lhe é próprio e essencial, distinguindo-a de uma outra pessoa, morfológica, fisiológica e psicologicamente.

O termo personalidade traz consigo o sentido de individualidade, particularidade, singularidade e está intimamente ligado à figura humana. Juridicamente, a personalidade é tida como

¹⁰¹ O artigo 11 do novo Código Civil consagra a essencialidade dos direitos da personalidade prevendo uma de suas características primordiais que é a intransmissibilidade e irrenunciabilidade. O artigo 12 confere a mais ampla abrangência à tutela dos direitos personalíssimos em face de todo tipo de ameaça ou constrangimento, inclusive abrangendo os direitos do *de cuius* conforme artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 que prevê o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário em face de toda e qualquer lesão efetiva ou de ameaça a direito. No artigo 13 o legislador começa a prever a categoria dos direitos físicos da personalidade (à vida, ao corpo, à partes do corpo etc), considerando-se válida a disposição gratuita do corpo com objetivo científico ou altruístico para depois da morte, evitando o comércio ilícito do corpo. Mais precisamente sobre o biodireito, o artigo 15 dispõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. O artigo 16 estabelece o direito à identificação da personalidade humana com o direito ao nome, que é o elo entre o indivíduo e a sociedade. O artigo 17 protege a pessoa humana dos ataques contra a honra objetiva e subjetiva por meio do uso do nome em publicações ou exposições, mesmo sem intenção difamatória. Abrange toda forma de manifestação pública, escrita ou oral. O artigo 20 também protege a honra na medida em que exige-se autorização do titular para uso de sua imagem. O artigo 21 protege a vida privada, a privacidade, a reserva, o direito de estar só, a intimidade e o recato (direito psíquico da personalidade). Tal dispositivo foi inspirado no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988 que assegura, inclusive o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação.

elemento caracterizador ou individualizando a pessoa ou a entidade física ou jurídica, com aptidão para ser sujeito ativo ou passivo de direitos.

Segundo Goffredo Telles a personalidade consiste no “conjunto de caracteres próprios do indivíduo.”¹⁰² E, ainda, acrescenta que os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. São direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.¹⁰³

Para Roberto Senise Lisboa: “Personalidade, na acepção clássica, é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento, em razão de direitos que são inerentes à natureza humana e sua projeção para o mundo exterior.”¹⁰⁴

No conceito tradicional, os direitos da personalidade são direitos fundamentais que o indivíduo tem sobre si mesmo, existentes a partir do nascimento com vida, extinguindo-se após a sua morte. Acresce notar que alguns deles são protegidos até após a morte, como é o caso do direito moral do autor e de partes separadas do corpo.

¹⁰² Goffredo Telles. Direito subjetivo, I. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 28: 315.

¹⁰³ Goffredo da Silva Telles, *Enciclopédia*, cit., p. 316.

¹⁰⁴ Roberto Senise Lisboa. *Manual de direito civil. Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 245, vol. I.

Para Limongi França, os direitos da personalidade são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as emanações e prolongamentos.”¹⁰⁵

Maria Helena Diniz entende que “para a doutrina nacional pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.”¹⁰⁶

A mesma autora prossegue, ensinando que “liga-se à pessoa a idéia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.”¹⁰⁷ Toda pessoa é dotada de personalidade.¹⁰⁸

O conceito tradicional de direitos da personalidade, como existentes a partir do nascimento com vida da pessoa, sofreu alteração, tendo em vista que várias legislações, incluindo a brasileira, passaram a resguardar os direitos do nascituro (aquele que está por

¹⁰⁵ Limongi França. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 403.

¹⁰⁶ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 117-118, vol. I.

¹⁰⁷ Maria Helena Diniz citando Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. 1, p. 198. In: Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p.117-118, vol. I.

¹⁰⁸ Para Hans Kelsen (*Teoria pura do direito*. 2ª ed. 1962, vol. 1, p. 320 e s.): a pessoa é uma construção da ciência do direito, o que afasta o dualismo direito objetivo e subjetivo, pois a pessoa é a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõe deveres e lhe confere direitos..

nascer, que tem a expectativa de vir a nascer). Nesse sentido, os direitos da personalidade passam a existir a partir do momento em que se dá o início da vida, o que ocorre com a fecundação.¹⁰⁹

Orlando Gomes afirma que “sob a denominação de direitos da personalidade compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais à pessoa humana.”¹¹⁰

Daisy Gogliano afirma que “os direitos da personalidade são os direitos subjetivos particulares, que consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e assegurada pelos meios de direito, para fruir e dispor, como senhor, dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanações e prolongamentos, como fundamento natural da existência e liberdade, pela necessidade de preservação e resguardo da integridade física, psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento.”¹¹¹

Os direitos da personalidade são estendidos ao embrião porque a vida tem início com a concepção, com a fecundação, e até mesmo a lei resguarda os direitos do nascituro, desde a concepção.

¹⁰⁹ Cleber Francisco Alves (*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 109-110) afirma: “Por sua vez, é por demais conhecida a origem etimológica da palavra PESSOA: veio da expressão latina *per-sonare*, que se referia à máscara teatral utilizada para amplificar a voz dos atores, passando depois a servir para designar a própria personagem representada. Essa Palavra acabou sendo incorporada à linguagem jurídica, filosófica e teológica, servindo para designar cada um dos seres da espécie humana.”

¹¹⁰ Orlando Gomes. Direitos da personalidade. *Revista Forense* 216:5.

¹¹¹ Daisy Gogliano. *Direitos privados da personalidade*. Dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1982, p. 363-4.

Constatado o início da vida, os direitos do embrião devem ser resguardados em todo o seu desenvolvimento até que chegue ao nascimento, respeitando-se a sua integridade física e a sua dignidade, evitando qualquer ofensa à sua vida, aspecto que será desenvolvido mais adiante.

Entretanto, não tem sido tarefa fácil para a doutrina, posicionar-se a respeito do tema.¹¹² É que os direitos da personalidade envolvem o respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 5º e inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988), e a ética é o parâmetro para se tratar os direitos da personalidade.

O debate em torno dos direitos da personalidade do embrião é um dos desafios para o século XXI, ante as técnicas de manipulação genética do ser humano e dos problemas que engendram a fertilização assistida e o perigo de clonagem de seres humanos.¹¹³

¹¹² Há autores, como Carlos Alberto Bittar (*Os direitos da personalidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 1), que entendem que os direitos da personalidade destinam-se a proteger valores inatos ao homem como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros, de acordo com o que se deduz da teoria jusnaturalista. Carlos Alberto Bittar entende que “Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade.” A divergência doutrinária já pode ser constatada quanto à denominação dos direitos da personalidade. Tobeñas, por exemplo, os enuncia como “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais.” Ravà, Gangi e De Cupis os tratam como “direitos da personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa.” (Carlos Alberto Bittar. *Os direitos*, cit, p. 2). No entanto, a preferência entre os doutrinadores é para denominá-los de “direitos da personalidade”, como, por exemplo, De Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antonio Chaves, Orozimbo Nonato. (Carlos Alberto Bittar. *Os direitos*, cit, p. 2)

¹¹³ Há o perigo constante da coisificação do ser humano, com a colocação de código de barras em crianças, implantação de *chips* em adolescentes, o que faz lembrar a permanência de judeus em campos de concentração e aproxima o ser humano da condição de gado. (“Aprovado o *chip* subcutâneo que pode salvar vidas ao informar sobre o prontuário do paciente” (http://veja.abril.com.br/201004/p_111.htm1 - acesso em 30.10.05). Victor Muños Barroso Lima (06.04.2005, acesso em 30.10.2005, <http://www.ibdi.org.br>) afirma: “Vida de gado: o uso de implantes eletrônicos de identificação e o direito à privacidade. A *internet* também contribui para a coisificação do ser humano, com o fornecimento de cadastros de pessoas, publicação de fotos e imagens que ferem o direito à imagem protegido pela Constituição Federal. A perigosa inversão de valores acarreta conseqüências na cultura mundial fazendo

É oportuno acrescentar que o conceito dos direitos da personalidade é pautado por duas correntes: a positivista e a naturalista.

Para os jusnaturalistas como direitos da personalidade correspondem às faculdades exercidas normalmente pelo homem, por serem inerentes à condição da pessoa humana. Constituem consequência do pressuposto da personalidade natural.

Na visão juspositivista, os direitos da personalidade formam a medula da personalidade. Também são inatos, mas não se reduzem somente a essa noção. Vale dizer, é figura que acresce à existência da personalidade ou apresenta continuação da personalidade. Mas, para esta corrente, só devem ser considerados como direitos da personalidade os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica, pois todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo.

Entende-se que a posição mais adequada é a dos jusnaturalistas, pois não se pode restringir os direitos da personalidade somente aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, porque são inerentes ao homem.¹¹⁴

com que o homem não tenha a sagacidade de prever as consequências de suas pesquisas e descobertas.

¹¹⁴ Maria Helena Diniz (*Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37) ensina: “A lei natural é imutável em seus primeiros princípios. O direito natural, imanente à natureza humana, independe do legislador humano. As demais normas, construídas pelos legisladores, são aplicações dos primeiros princípios naturais às contingências da vida, mas não são naturais, embora

Para Adriano de Cupis a personalidade é a capacidade jurídica, é a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Nesse sentido, ensina que: “Uma tal qualidade jurídica é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e que se limite a registrar tal como a encontra.”¹¹⁵ Vislumbra-se uma posição positivista de De Cupis ao ensinar que a personalidade jurídica, enquanto ordem pública, está subtraída da disposição dos particulares.

Releva discutir se só é direito aquilo que está na lei, ou se, mesmo não previsto o direito, ele se torna sancionável em virtude de estar definido em outra forma de expressão em direito, como previsto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Assim, há outros direitos da personalidade além daqueles previstos em lei, que são definidos pelos costumes, com fundamento no direito natural. Logo, a lei não apresenta um rol taxativo dos direitos da personalidade, o que induz ao entendimento de que existem outros não previstos ou não positivados.

derivem do direito natural. P. ex., do princípio de direito natural de que o homem deve conservar a si próprio decorre que não é permitido matar, são proibidos a eutanásia e o aborto etc.”

¹¹⁵ Adriano De Cupis. *Os direitos*, cit, p. 19 e 20.

E a visão da posição jusnaturalista é a que mais se aproxima da posição filosófica tridimensionalista, desenvolvida neste trabalho, de que o direito é fato, valor e norma.¹¹⁶

Assim, os direitos da personalidade são aqueles ligados diretamente à condição de ser humano, inerentes à pessoa enquanto sujeito de direitos e deveres, pois revelam toda a condição de dignidade da pessoa humana, e, por isso, ligam-se ao embrião, pois são inerentes à pessoa desde a concepção.¹¹⁷

1.5.3. Natureza jurídica

É recente o entendimento de que sua natureza seja de direito subjetivo *sui generis excludendi alios*, como defende Maria Helena Diniz.¹¹⁸

Goffredo Telles Jr. ainda ensina que “os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são os direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de

¹¹⁶ Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64-8.

¹¹⁷ Gierke define os direitos da personalidade como os direitos que asseguram ao sujeito o domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade e os denomina de direitos da personalidade. (Orlando Gomes. *Direitos da personalidade*, cit., p. 5) Os autores italianos também os denominam de direitos da personalidade. Limongi França também os chama de direitos da personalidade. (*Manual*, cit., p. 325, vol. I). De Castro define-os como os direitos que concedem um poder às pessoas para protegerem a essência de sua personalidade e suas qualidades mais importantes. (*In*: Castan Tobeñas. *Derecho civil español, comum y foral*. [s.e.], 1956, p. 735, t. I, vol. 2).

¹¹⁸ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civi*, cit., p. 122, vol. I.

defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.”¹¹⁹

Savigny afirma que os direitos da personalidade não teriam a natureza jurídica de direito subjetivo, pois não poderia haver o direito do homem sobre o próprio corpo, o que justificaria o suicídio (Ennecerus, Unger etc).¹²⁰

É importante ressaltar que o trabalho filia-se à posição jusnaturalista ao conceituar os direitos da personalidade, pois há direitos que surgem na esteira do patrimônio do ser humano, inerentes à sua condição, logo que surge a vida, com a fecundação. Assim, os direitos da personalidade visam proteger valores inatos ao homem, e também ao embrião, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana.¹²¹

Todavia, Silvio Rodrigues preconiza que “... os direitos do homem se situam no campo do direito público, pois o que se almeja, no caso, é defendê-lo contra a arbitrariedade do Estado. Poder-se-ia

¹¹⁹ Goffredo Telles Jr, *Enciclopédia*, cit., p. 315 e 316.

¹²⁰ F. Karl Savigny. *Sistema del Derecho Romano Actual*. 2ª ed. Tradução de Mesia y Poley. Madri: C.E. de Góngora, p. 260, vol. I, [s.d.]. Carlos Alberto Bittar (*Os direitos*, cit., p.1 e s.) afirma que alguns autores o consideram como poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa (Puchta, Campogrande, Ravà etc). Outros, como Ferrara, os definem como direitos sem sujeito, não devendo ser buscados nas pessoas, mas nos indivíduos. Esta passagem também pode ser encontrada em Orlando Gomes. *Direitos*, cit., p. 5-10.

¹²¹ Díez Díaz. *Los derechos físicos*, cit., p. 56 entende que os direitos da personalidade têm conteúdo especial que consiste em regular as diversas projeções, físicas ou psíquicas da própria pessoa. Carlos Alberto Bittar (*Os direitos*, cit., p. 22-23) defende a posição de que os direitos da personalidade são os direitos fundamentais vistos sob a ótica do direito privado.

dar a esses direitos a denominação de Direitos dos Homens.” A maioria dos escritores que escreve sobre o tema reconhece a existência desses direitos que estão fora do comércio, são inalienáveis, intransmissíveis, que merecem proteção contra agressões das autoridades e de terceiros particulares.¹²²

Autores alemães, como Gierke, aceitam a teoria de que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, advertindo de que esses direitos devem ser reconhecidos diante da necessidade de se proteger a personalidade no direito privado.¹²³

Orlando Gomes sustenta que os direitos da personalidade são os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, ou seja, direitos absolutos desprovidos da faculdade de disposição. Têm o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que possa sofrer por parte de outros indivíduos.¹²⁴

Para o escritor italiano De Cupis, os direitos da personalidade existem e são direitos subjetivos. Para esse autor são direitos essenciais por constituírem a ‘medula’ da personalidade humana¹²⁵, mas adverte que a essencialidade só existe se houver o reconhecimento pela ordem jurídica dos direitos da personalidade,

¹²² Silvio Rodrigues. Direitos da personalidade. *Revista do advogado* 19:54-60.

¹²³ Planiol, Mazeaudd, Fadda, Ferrara, De Cupis, Diez Diaz. *In: Orlando Gomes. Direitos*, cit., p. 5-10.

¹²⁴ Orlando Gomes. *Os direitos*, cit., p. 5-10.

¹²⁵ Adriano De Cupis. *Os direitos*, cit., p. 24.

expressando uma posição juspositivista, que não é a posição defendida neste trabalho.¹²⁶

Corroborando o entendimento jusnaturalista, Limongi França entende que a lei é insuficiente para definir as várias formas de expressão do direito, e que, além dos direitos da personalidade previstos em lei, há outros reconhecidos pelo costume e que não são encontrados no ordenamento positivo.¹²⁷

Tércio Sampaio Ferraz Junior assevera que a dicotomia direito positivo-direito natural está enfraquecida, e que, quando houve a constitucionalização dos direitos fundamentais, houve a institucionalização do direito natural.¹²⁸

Castan Tobeñas qualifica os direitos da personalidade como direitos subjetivos, mas somente quando o ordenamento jurídico determina a atribuição de um poder jurídico a um titular frente a outras pessoas, colocado à sua livre disposição e tutelado por uma ação judicial.¹²⁹

¹²⁶ Joaquín Díez Díaz (*In: Castan Tobeñas. Los derechos*, cit., p. 17) entende que: “la necesidad de una reglamentación sobre estos apasionantes temas viene impulsada por las legislaciones extranjeras, por la vida misma y por la doctrina moderna. Darle entrada en el Derecho positivo y fijar sus límites sería tan sólo el lógico reflejo que cumplimentaría el deber que corresponde al Estado de afrontar las aspiraciones de sus ciudadanos” Castán Vázquez (*Discurso de apertura de Tribunales*, 1960, p. 54. *In: Joaquín Díez Díaz. Los derechos*, cit., p. 22) ensina que “la progresiva intervención estatal, la difusión de doctrinas políticas y sociales que asignan prioridad al Estado sobre la persona, la reacción exagerada contra el individualismo, la creciente limitación de los derechos subjetivos, parecen conducir a una grave disminución de la tutela de la persona. De hecho, en algunos medios, como en las comunas de la China comunista, se ha llegado a la desaparición de la personalidad.”

¹²⁷ Limongi França. *Instituições de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1035.

¹²⁸ Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 160 - 162.

¹²⁹ Castan Tobeñas. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952, p. 22. Ferrara (Francesco Ferrara. *Tratado di diritto civile italiano*, Parte I. Roma: Athenaeum, 1921, v. I, p. 397) também se posiciona no sentido de que os direitos da personalidade são subjetivos, como o direito à vida, à

Campogrande, mencionado por Elimar Szaniawski,¹³⁰ trata os direitos da personalidade como direitos sobre a própria pessoa ao afirmar que todo homem é considerado como unidade física e moral, sendo certo que o objeto dos direitos sobre a própria pessoa diz respeito a uma manifestação determinada da personalidade humana, física ou moral.¹³¹

Maria de Fátima Freire de Sá adota a concepção de que os direitos da personalidade são direitos absolutos e diretamente proporcionais às qualidades essenciais e fundamentais da natureza humana, tendo o homem, direito sobre si mesmo como consequência precípua de ser pessoa, do que decorre a sua dignidade moral.¹³²

Não é correto afirmar que o ser humano tem direito à personalidade, pois ela não é um direito; a personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto do direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como utilidade, para que ela possa

integridade física, à honra, ao nome etc. Mas também entende que há direitos da personalidade públicos, já que se mantém em estado difuso de proteção jurídica, como, por exemplo, a liberdade de pensamento, de reunião etc, constituindo direitos reflexos do direito objetivo.

¹³⁰ Elimar Szaniawski. *Direitos da personalidade*, cit., p. 45.

¹³¹ Campogrande citado por José Castan Tobeñas. *Los derechos*, cit., p. 17. Há outros autores que entendem que referidos direitos dizem respeito a apenas uma parte da pessoa ou a algumas de suas partes, como Francesco Messineo. (Francesco Messineo. *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Europa-América, 1954, t. III, p. 5). Outros, como Ferrara, entendem que são direitos que estão fora da própria pessoa, e toda a sociedade está obrigada a respeitá-los. (Francesco Ferrara. *Trattado de diritto*, cit., p. 397). Há quem entenda que os direitos da personalidade são atributos ou manifestações essenciais da personalidade. Estes autores criticam a idéia de que os direitos da personalidade são direitos sobre a própria pessoa, pois não seria possível uma pessoa ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito. (Messineo citado por Elimar Szaniawski. *Direitos da personalidade*, cit., p. 45). Messineo explica que a idéia de direitos sobre a própria pessoa surgiu na antiga concepção romana que admitia os direitos da escravatura, quando a pessoa poderia ser comercializada, sendo objeto de direito. (Francesco Messineo. Apud: Elimar Szaniawski. *Direitos da personalidade*, cit., p. 45).

¹³² Maria de Fátima Freire de Sá. *Biodireito*, cit., p. 27.

ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.¹³³

Para Joaquin Diez Diaz “... el Derecho subjetivo presupone siempre un deber jurídico que haga posible el respeto a una determinada pretensión, entonces hay que reconocer que los derechos a la vida, a la integridad física, al honor etc., penetran en el círculo del deber jurídico que pesa sobre todos en el sentido de que no pueden ser ilegítimamente atacados y vulnerados”¹³⁴

É o próprio entendimento de que os direitos da personalidade são direitos oponíveis *erga omnes*, ou seja, que devem ser respeitados por toda a coletividade.¹³⁵

Aceita-se a construção jurídica dos direitos da personalidade em que o sujeito é a própria pessoa, e o objeto, os bens, atributos, interesses, qualidades, manifestações ou faculdades da pessoa. Talvez a expressão projeções fosse a mais precisa, pois onde houver

¹³³ Goffredo Telles Jr. *Enciclopédia, cit.*, p. 315.

¹³⁴ Joaquin Diez Diaz. *Los derechos*, cit., p. 32. Tradução própria: O direito subjetivo pressupõe sempre um dever jurídico que torne possível o respeito a uma determinada pretensão. Então, há que se reconhecer que os direitos à vida, à integridade física, à honra etc., penetram no círculo do dever jurídico que pesa sobre todos nós no sentido de que não podem ser ilegítimamente atacados e vulnerados.

¹³⁵ Castán Tobeñas (Los derechos de la personalidad. *Revista General de legislación y jurisprudencia*, julio-agosto, 1952, p. 60) advierte: “Pero, a la vez, la vida moderna, con su complejidad y su progresos técnicos, ha aumentado la ocasiones y los procedimientos de lesión de los atributos de la personalidad. Por otra parte, el ambiente de positivismo, de pugnas formidables, de dureza, que los acontecimientos de nuestra época han creado... constituyen una perenne amenaza para la debida y respetuosa estimación de la personalidad humana. De donde – deduce – estamos obligados a reforzar la protección jurídica concedida a los derechos esenciales. Tenemos que procurar, ante todo, que el sentimiento de dignidad individual no muera asfixiado por la indiferencia, la tolerancia, la laxitud de criterio de una sociedad materializada.”

uma projeção pessoal definida, seja física, seja moral ou o suficiente para constituir um direito subjetivo, surgirá um direito da personalidade correspondente.¹³⁶

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos privados, pois visam assegurar o desenvolvimento e a expansão da individualidade física e espiritual da pessoa humana.¹³⁷

Assim, não se deve confundi-los com os direitos do homem e do cidadão, que são direitos subjetivos públicos, cuja proteção se organiza constitucionalmente para preservar o indivíduo do arbítrio do Estado. Os direitos da personalidade se reconhecem e se protegem para resguardá-lo de atentados por parte de outros indivíduos.¹³⁸ A lei os protege contra ofensas partidas de outros particulares, qualificando-os como ilícito civil, ou proibindo sua disposição ou limitação voluntária, quando contrárias à ordem pública ou aos bons costumes.

¹³⁶ Joaquin Diez Diaz (*Los derechos*, cit., p. 55) define os direitos da personalidade da seguinte forma: “ Se les ha conceptuado como aquellos particulares derechos que miran a garantizar al sujeto ou señorío sobre alguna parte esencial de la propia personalidad. Se há dicho de ellos que tienen como fin tutelar la posibilidad de ejercicio de algunas de las cualidades humanas. Su orientación, en fin, responde a proteger las manifestaciones diversas en que puede plasmarse el contenido del propio hombre. Concepciones todas, que reflejan la idea de una diversificación entre el sujeto de derechos, como un todo integral, y alguna de sus particulares concreciones o formas de actuar, que se consideran como sus objetos respectivos. En último término, no son sino facultades específicas sobre partes diferentes de nuestra esfera personal.

¹³⁷ Adriano De Cupis (*Os direitos*, cit., p. 34-8) ainda ensina que os direitos da personalidade constituem direitos não-patrimoniais absolutos e essa relação jurídica tem como sujeito ativo um direito da personalidade com a generalidade, ou melhor, que os direitos da personalidade apresentam-se como direitos na medida em que se inserem numa relação jurídica com outros sujeitos e qualificam-se pela identificação destes outros sujeitos com a generalidade. Todos os sujeitos compreendidos na generalidade são destinatários das normas de direito objetivo das quais derivam os direitos da personalidade; e todos estão vinculados à obrigação jurídica de não lesar os direitos da personalidade de que o mesmo sujeito é titular. Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjetivos, que deriva tanto do caráter de essencialidade, como da configuração particular do objeto.

¹³⁸ Henri Mazeaud. *Leçons de droit civil*. Paris: Editions Montchistein, 1955, p. 629, vol. 1.

Por isso, ao direito privado, interessam as regras que definam os limites do poder de disposição do titular dos direitos de personalidade, e configurem as ofensas à personalidade que importem responsabilidade civil.

Por sua singularidade, constituem os direitos da personalidade categoria insuscetível de enquadramento em qualquer das partes especiais em que se divide o Direito Civil. No entanto, o mais salutar é incluí-lo na Parte Geral, após o estudo das pessoas e deve ser o ponto de referência central de todo o direito privado.

Portanto, para nosso entendimento, a natureza jurídica dos direitos da personalidade é de direito subjetivo *sui generis*, inerentes à condição humana e, conseqüentemente ao embrião, e, por isso, são absolutos, pois ligados às qualidades essenciais e fundamentais da pessoa humana, consagrando a sua própria dignidade.

1.5.4. Objeto

O objeto dos direitos da personalidade, segundo Orlando Gomes, são os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção.¹³⁹

Limongi França considera os direitos da personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da

¹³⁹ Orlando Gomes. *Direitos*, cit., p. 5-10.

própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.”¹⁴⁰

Os direitos da personalidade não são pessoais. Constituem categoria própria de direitos segundo o qual a pessoa é considerada em si mesma, e não somente nas suas relações com a família (estado familiar), com a sociedade (estado civil), com a profissão (estado profissional), com o Estado (estado político), mas sim como pessoa humana.

Castán Tobeñas estima como mais acertada e expressiva a locução “direitos da personalidade”, postura com a qual Díez Díaz concorda, por dar uma idéia bastante exata de que seu conteúdo consiste em alguma das manifestações que da personalidade emana.¹⁴¹

“Por otra parte, la personalidad no puede ser en sí misma derecho, siendo, como es, el presupuesto de todos los derechos. De ahí que, por todos los autores que empleamos el término, previamente deberíamos hacer la adverten de que, en rigor, la personalidad no es un derecho, sino que los derechos consisten en las diversas manifestaciones de esa personalidad. Estamos ante un complejo de

¹⁴⁰ Limongi França. Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, 38:5-13.

¹⁴¹ Castan Tobeñas. *Diritto civil español, comum y foral*, cit., p. 735.

facultades. La personalidad, el ser y el estar del hombre las posee y las puede exigir.”¹⁴²

O mesmo autor prossegue “por último, conviene dejar suficientemente aclarado que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona como tal ni en las restantes personas como vinculadas por una obligación pasiva de reconocimiento, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades del hombre, y que el ordenamiento jurídico ha considerado oportuno tener en cuenta e individualizar.”¹⁴³

Por consequência, o direito à vida do embrião é objeto dos direitos da personalidade, assim como a sua dignidade, e para que se tenha noção maior de como o direito à vida do embrião é objeto dos direitos da personalidade, faz-se necessária a explanação sobre as características destes direitos, como será exposto a seguir.

1.5.5. Caracteres

Os direitos da personalidade são intransmissíveis e indispensáveis, pois restringem-se à pessoa do titular e manifestam-se desde o nascimento.

¹⁴² Joaquin Diez Diaz. *Los derechos*, cit., p. 56. Tradução própria: Por outro lado, a personalidade não pode ser em si mesma direito, sendo, como é, o pressuposto de todos os direitos. A personalidade não é um direito, mas os direitos constituem as diversas manifestações dessa personalidade.

¹⁴³ Joaquin Diez Diaz. *Los derechos*, cit., p. 56-7. Tradução: O objeto dos direitos da personalidade não se encontra nas pessoas, mas nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades do homem, e o ordenamento jurídico considera oportuno individualizar.

São direitos que transcendem ao ordenamento jurídico positivo, porquanto ínsitos à própria natureza do homem, que é dotado de personalidade.

São intransmissíveis, pois não admitem que o seu titular deles se despoje a que título seja. A esse respeito, Orozimbo Nonato, ressalta que: “qualquer valor concreto seria subtraído à personalidade jurídica, se fosse consentido à pessoa pôr fim a tais direitos por ato de vontade.”¹⁴⁴

Alguns direitos são transmissíveis, por instrumento próprio, como os direitos autorais (licença ou cessão de direitos). Outros são transmissíveis *causa mortis*, cabendo ao cônjuge ou aos herdeiros sobreviventes promover a sua defesa contra terceiros. É o caso do direito ao corpo, à imagem, moral do autor etc. e os herdeiros agem por direito próprio.¹⁴⁵

Excepcionalmente, e com autorização expressa do titular, pode ser admitida a disposição temporária do exercício de alguns desses direitos a terceiros, como por exemplo, a cessão do uso do

¹⁴⁴ Orozimbo Nonato. Personalidade. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, 37:70.

¹⁴⁵ A propósito, oportuno é o conhecimento do seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem permanentemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. (...). (STJ – REsp nº 521.697-RJ, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006.)

nome, licença do uso de imagem etc., que só poderão deles fruir dentro dos limites permitidos.

De Cupis também considera os direitos da personalidade intransmissíveis, pois esta intransmissibilidade reside na natureza do objeto que se identifica com os bens mais elevados da pessoa, e é inseparável da pessoa (vida, integridade física, honra, liberdade etc).

O mesmo autor prossegue tratando da indisponibilidade dos direitos da personalidade; eles estão subtraídos à disposição individual, tanto quanto a própria personalidade. Seguindo nas características, o autor os enuncia como irrenunciáveis, não podendo ser eliminados por vontade de seu titular, devido ao seu caráter de essencialidade, devendo permanecer na esfera do próprio titular.¹⁴⁶

São absolutos, pois oponíveis *erga omnes*, implicando o dever geral de abstenção de toda a sociedade em não atingi-los.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Adriano De Cupis. *Os direitos*, cit., p. 51-8.

¹⁴⁷ Roberto Senise Lisboa (Manual de direito civil, cit., p. 255) afirma que: Como os direitos da personalidade caracterizam-se por um dever de abstenção geral que todos devem respeitar para não violar os direitos de outrem, sua defesa pode ser feita pelo seu próprio titular em face daquele que o violou. Roberto Senise Lisboa entende que “A defesa dos direitos da personalidade pode se dar a título preventivo ou repressivo.” Preventivamente, para que a ofensa não se concretize, desde que a vítima demonstre estar na iminência de sofrer violação em algum direito violado, como por exemplo, a circulação de sua obra sem a sua autorização. Repressivamente, para que o agente que violou um direito da personalidade de outrem, seja condenado a repará-lo, como, por exemplo, pelo uso indevido da imagem de outrem. Neste sentido são os seguintes julgados: “Dano moral. Direito à imagem, à privacidade e à intimidade. Publicação de fato em jornal sem o consentimento da retratada. Valor da indenização. Apelação desprovida.” (Ap. Cível nº 70006814974-RS, 9ª Câm. Cível, Rel. Marilene Baonzanini Bernardi, j. 25.08.2004.). “Responsabilidade civil. Direito à preservação da imagem. Divulgação não autorizada. Situação em que restou configurada a violação à imagem e à honra da autora, porquanto divulgadas partes íntimas de seu corpo, sem qualquer autorização para tanto. A ofensa alcançou o complexo de suas relações sociais vindo a atingir os chamados direitos da personalidade, especialmente sua integridade moral, componentes de sua esfera íntima, os quais se encontram protegidos pelo art. 5º, incisos V e X, da constituição Federal. Apelo improvido.” (Ap. Cível nº 70012798542 – RS – Porto Alegre, Rel. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 11.05.2006). O Colendo Superior

No âmbito deste trabalho, cumpre notar que o direito à vida do embrião é objeto de direito da personalidade absoluto, oponível *erga omnes*. Dessa forma, nem mesmo os pais podem dispor sobre a vida do filho que está sendo gerado, em razão de seu caráter absoluto, sob pena de coisificação do ser humano, que é um indivíduo com características próprias e singulares.

Ademais, o embrião também não pode ser utilizado em pesquisas e como fonte de células-tronco, sendo tratado como meio para atingir determinados fins, pois, sendo pessoa, tem personalidade, e é sujeito de direitos e deveres que devem ser respeitados por todos os cientistas e pela sociedade em geral.

Não há *numerus clausus* no elenco dos direitos da personalidade, pois a lei apresenta um rol meramente exemplificativo, podendo existir outros além daqueles previstos em lei.

São inatos ou originários. Para os positivistas são inatos, porque o ordenamento jurídico os confere aos respectivos titulares pelo simples fato de possuírem personalidade. A corrente jusnaturalista entende que o caráter originário de referidos direitos repousa no fato de que são adquiridos com a personalidade jurídica,

Tribunal de Justiça também consolidou o entendimento de que o uso da imagem de outrem, sem sua autorização, implica no dever de reparar o dano causado. A propósito: “Direito à imagem. Modelo profissional. Utilização sem autorização. Dano moral. Cabimento. Prova. Desnecessidade. Quantum. Fixação nesta instância. Possibilidade. Embargos providos. (...) O direito da personalidade qualifica-se como direito da personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. (...)” (STJ-REsp nº 23268-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 4.8.2003, p. 216)

independentemente de estarem contemplados na lei, o que se dá com o início da vida.

São extrapatrimoniais porque transcendem ao patrimônio e não são passíveis de apropriação, inerentes à própria condição da pessoa e indissociáveis desta. Contudo, isso não impede que possa ser objeto de cunho econômico e que produzam efeito patrimonial.

São imprescritíveis, vez que o tempo não produz qualquer efeito extintivo sobre os direitos da personalidade, ainda que com o consentimento expresso do titular. Não são passíveis de aquisição por usucapião e não se sujeitam à decadência.

São impenhoráveis como consequência lógica de seu caráter extrapatrimonial. Todavia, caso produzam rendimentos, a marca da impenhorabilidade a esses não se estende.

São vitalícios, pois terminam com a morte ou o fim da personalidade jurídica. Alguns produzem efeitos *post mortem* como os direitos ao corpo, partes separadas do corpo, imagem; ou *ad eternum* como os direitos morais do autor, mesmo quando a obra tenha caído em domínio público.

São necessários, pois indissociáveis da personalidade, e como elementos essenciais a esta, não podem faltar.

A propósito, a lição de Orozimbo Nonato é salutar: “os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo único e simples fato da sua qualidade de pessoa adquirida com o nascimento, sendo-lhe inerente durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.”¹⁴⁸

Entretanto, tal observação restringe os direitos da personalidade ao momento do nascimento com vida, o que não se justifica, tendo em vista que o início da vida se dá com a fecundação.

Pontes de Miranda ensina que os direitos da personalidade não são impostos por fato sobrenatural, mas sim são efeitos de fatos jurídicos que se produzem nos sistemas jurídicos, que antes ficavam fora do sistema jurídico, na dimensão moral ou religiosa.¹⁴⁹

Afirma, ainda, o mesmo autor, que só há bem da vida relevante para o direito se o direito objetivo o tutela, o que corrobora a posição juspositivista de Adriano De Cupis.

Na esteira desse pensamento, prossegue o autor ensinando que o elemento subjetivo do direito da personalidade, que resulta de um fato jurídico, é o ser humano, que a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico, que o direito da

¹⁴⁸ Orozimbo Nonato. *Repertório enciclopédico*, cit. p. 70.

¹⁴⁹ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsóí, 1955, p. 5-139.

personalidade é ubíquo, nasce simultaneamente em todos os ramos do sistema jurídico e que a vontade não tem o poder de diminuir ou aumentar a personalidade.

A personalidade jurídica resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico, o que se dá com o início da vida, desde a concepção. O embrião, a partir do momento da fecundação, está inserido no mundo jurídico e adquire a personalidade jurídica. Logo, o início da vida é o fato jurídico relevante para o direito, que faz com que o embrião passe a ser sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica, tendo a prerrogativa de ver respeitados seus direitos da personalidade subjetivos e absolutos.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Alguns doutrinadores nacionais e estrangeiros procuraram classificar os direitos da personalidade para facilitar a sua compreensão. Dentre as classificações mais importantes pode-se citar a de Adriano De Cupis (*Os direitos*, cit., p. 34-8) que assim dividiu o tema: I – DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA: Direito à vida, Direito à integridade física e Direito sobre as partes separadas do corpo e sobre o cadáver; II – DIREITO À LIBERDADE; III – DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE: Direito à honra, Direito à intimidade (compreendendo o direito à imagem), Direito ao sossego; IV – DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL: Direito ao nome (sobrenome, pseudônimo), Direito ao título, Direito ao signo figurativo; V – DIREITO MORAL DO AUTOR. Limongi França também estudou o tema e procurou estabelecer uma classificação, em sua obra *Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais* (cit., p. 5-13), qual seja: Direito à integridade física: Direito à vida: à concepção e à descendência, ao nascimento, leite materno, planejamento familiar, proteção do menor, alimentação, habitação, educação, trabalho, transporte adequado, segurança física, aspecto físico da estética humana, proteção médica e hospitalar, meio ambiente ecológico, sossego, lazer, desenvolvimento vocacional profissional, desenvolvimento vocacional artístico, liberdade, prolongamento artificial da vida, reanimação; velhice digna; eutanásia. Direito ao corpo vivo: ao espermatozóide e ao óvulo; ao uso do útero para procriação alheia; ao exame médico; à transfusão de sangue; à alienação de sangue; experiência científica; ao transexualismo; mudança artificial do sexo; ao débito conjugal; à liberdade física; ao passe esportivo. Direito ao corpo morto: ao sepulcro; à cremação; à utilização científica; relativos ao transplante; ao culto religioso. Direito à integridade intelectual: à liberdade de pensamento; de autor; de inventor; de esportista; de espetáculo público. Direito à integridade moral: à liberdade Civil, política e religiosa; à segurança moral; à honra; à honorificência; ao recato; à intimidade; à imagem; ao aspecto moral da estética humana; ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; à identidade pessoal, familiar e social; à identidade sexual, ao nome; ao título; ao pseudônimo; à alcunha. Seguramente, Limongi França procurou abordar todos os aspectos dos direitos da personalidade, com exceção do direito à integridade psíquica que não se encontra na sua classificação. Ademais, cumpre salientar que esta classificação não é estanque, podendo abarcar novas modalidades de direitos da personalidade, de acordo com a necessidade da sociedade.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA DO EMBRIÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

2.1. Evolução histórica dos direitos humanos fundamentais

2.1.1. Precedentes históricos

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia. No 3º milênio a. C. onde já se previam mecanismos para proteção individual em relação ao Estado,¹⁵¹ como igualdade de todos perante o direito, igualdade entre filhos e filhas, liberdade de testar, livre disposição de bens móveis e imóveis, apesar de um direito público centralizador.¹⁵²

O Código de Hamurabi (cerca de 1.694 a. C.)¹⁵³ talvez tenha sido a primeira codificação a consagrar um rol de direitos humanos a todos os homens tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo a supremacia das leis em relação aos governantes, colocando fim a um sistema jurídico até então pautado na crueldade e desproporção entre conduta e sanção.

Base de toda a civilização ocidental, a religião hebraica irá evoluir até a formação das diversas vertentes monoteístas que dela se

¹⁵¹ Alexandre de Moraes. *Direitos humanos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24-31.

¹⁵² John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 54-6.

¹⁵³ John Gilissen. *Introdução*, cit., p. 65-6.

originaram, como o cristianismo (católico, protestante e ortodoxo) e o islamismo, lançando as bases do humanismo e influenciando outros povos e períodos, como o romano e o medieval. Muda o eixo sócio-cultural do Ocidente, preconizando a existência de um único Deus, pregando o teocentrismo e muitos dos princípios que são precedidos pela dignidade da pessoa humana, como o da igualdade e da universalidade.¹⁵⁴

“O principal fim do Código Deuteronômico era infundir na sociedade judaica, um caráter mais democrático e igualitário... O rei não estava acima da lei, mas muito claramente submetido a ela.”¹⁵⁵

Na Grécia surge a preocupação sobre a necessidade de igualdade e liberdade do homem, destacando-se a participação política dos cidadãos (democracia de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (Ex.: Antígona – 441 a.C. – obra na qual Sófocles defendeu a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem).¹⁵⁶

Mas foi no direito romano que ficou estabelecido um complexo de mecanismos para a tutela dos direitos individuais em relação aos arbítrios estatais, em razão da eclosão de importante revolta plebéia, que permitiu a participação de plebeus na vida política.

¹⁵⁴ John Gilissen. *Introdução*, cit., p. 66-72.

¹⁵⁵ Edward McNall Burns. *História da civilização ocidental*. 24ª ed. Trad. de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro, Porto Alegre: Editora Globo, 1981, p. 121-2, vol. I.

¹⁵⁶ John Gilissen. *Introdução*, cit., p. 73-5 e Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*, cit., p. 24-31.

Nesse contexto, a Lei das Doze Tábuas (cerca de 450 a. C.) foi o texto que consagrou os princípios de liberdade, propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.¹⁵⁷

Na Idade Média houve diversos documentos, como pactos, forais e franquias, que reconheceram a existência de direitos humanos sempre com a preocupação de limitação do poder estatal.¹⁵⁸

Uma das declarações de direitos humanos fundamentais mais importantes encontra-se na Inglaterra, a Carta Magna de 1215, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, que previa a liberdade da Igreja, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal, o livre acesso à justiça, a liberdade de locomoção e a livre entrada e saída do país.¹⁵⁹

Seguiu-se a esta Carta a *Petition of Right*, de 1628 que previa que nenhum homem livre ficasse sobre prisão ou detido ilegalmente. Depois vieram o *habeas corpus Act*, de 1679 (que tratava da ordem de soltura), a *Bill of rights* de 1689 (que negava a igualdade e liberdade religiosa) e o *Act os Settlement* de 1707. Na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, já havia previsão do direito à vida, à liberdade e à propriedade. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da

¹⁵⁷ John Gilissen. *Introdução*, cit., p. 86-87; Edward McNall Burns. *História*, cit., p. 216-217 e Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*, cit., p. 24-31.

¹⁵⁸ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 153-5; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 11.

¹⁵⁹ José Afonso da Silva. *Curso*, cit., p. 155-6; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos*, cit., p. 11-2; e Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*, cit., p. 24-31.

América, de 1776, teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal.¹⁶⁰

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e suas dez emendas aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791 já previa a separação dos poderes, a liberdade religiosa entre outras coisas.¹⁶¹

A França foi a responsável pela consagração dos direitos humanos fundamentais quando, em 1789, promulgou, pela Assembléia Nacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com 17 artigos que previa, entre outros, os seguintes direitos: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, legalidade, liberdade religiosa etc.¹⁶²

A Constituição Francesa de 1793 regulamentou melhor os direitos humanos fundamentais, como a igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade etc.

O século XX trouxe diplomas constitucionais marcados pelas preocupações sociais como a Constituição Mexicana, a de Weimar de 1919 e outros.

¹⁶⁰ José Afonso da Silva. *Curso*, cit., p. 156-9.

¹⁶¹ José Afonso da Silva. *Curso*, cit., p. 159-161.

¹⁶² José Afonso da Silva. *Curso*, cit., p. 161-2 e Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*, cit., p. 24-31.

2.1.2. Fontes doutrinárias

Os direitos humanos fundamentais tiveram diversas fontes, mas principalmente idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.¹⁶³

Referidas idéias tinham como ponto fundamental a necessidade de se limitar a controlar os abusos de poder do Estado e de suas autoridades constituídas e a necessidade de se consagrar os princípios básicos da igualdade e da legalidade que regem o Estado moderno contemporâneo.^{164 165}

O Cristianismo trouxe a forte concepção religiosa de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, e foi o que influenciou diretamente os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.¹⁶⁶ Não só pregava a salvação individual como a do próximo, despertando os sentimentos de solidariedade e piedade para com o próximo, que estão na base

¹⁶³ José Afonso da Silva (*Curso de direito*, cit., p. 182) define direitos fundamentais do homem como aquele que “constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

¹⁶⁴ J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 365) entende que direitos, liberdades e garantias “são os direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado, e que têm como objeto a obrigação de abstenção do mesmo, relativamente à esfera jurídico-subjetiva por eles definida e protegida.”

¹⁶⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291) ensina que: As garantias têm caráter assecuratório ou instrumental consistente nas prescrições que vedam determinadas condutas do Poder Público. “São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados”, que buscam prevenir e não corrigir os direitos violados.

¹⁶⁶ Hannah Arendt. (*A condição*, cit., p. 329) assevera: “A vida na terra pode ser apenas o primeiro e mais lastimoso estágio da vida eterna: ainda assim, é a vida e, sem essa vida que termina com a morte, não pode haver vida eterna. Talvez resida aí o motivo para o fato indubitável de que somente quando a imortalidade da vida individual passou a ser credo básico da humanidade ocidental, isto é, somente com o surgimento do cristianismo, a vida na Terra passou também a ser o bem supremo do homem.”

das considerações acerca dos direitos sociais e do direito a condições mínimas de existência (mínimo existencial).¹⁶⁷

Foi na escola do direito natural e das gentes que se formulou a doutrina adotada pelo pensamento iluminista, com a laicização do direito, com o entendimento de que alguns direitos decorrem da natureza humana, e não são criados nem outorgados pelo legislador.

168

Após muitos séculos, o movimento iluminista foi o responsável por retirar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-o pelo próprio homem, pela crença fervorosa na razão humana. Desenvolveu-se uma preocupação maior com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder.¹⁶⁹

Nesse sentido, o pensamento de Emmanuel Kant apresentou a formulação mais consistente da natureza do homem e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e as da natureza. Para Kant o homem é um fim em si mesmo e não uma função do Estado. Ademais, sustenta a necessidade da separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade.¹⁷⁰

O último momento marcante para a formação do princípio da dignidade da pessoa humana foi a revelação dos horrores da Segunda

¹⁶⁷ Ana Paula de Barcelos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104-6; e José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 176-9.

¹⁶⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos*, cit., p. 10.

¹⁶⁹ José Afonso da Silva. *Direito constitucional*, cit., p. 176-9.

¹⁷⁰ Emmanuel Kant. *Crítica*, cit., p. 86.

Guerra Mundial. Todo esse contexto, no pós guerra, levou à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais.

2.1.3. A evolução dos direitos humanos fundamentais nas constituições brasileiras

A Constituição do Império de 1824 continha um extenso rol de direitos humanos fundamentais tais como a igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, liberdade religiosa, liberdade de locomoção entre outros. O rol de direitos humanos foi repetido pela Constituição Republicana de 1891 com uma certa ampliação, prevendo a gratuidade do casamento civil, ampla defesa etc.

Mas, ambas as Constituições citadas, tinham como embasamento a concepção individualista dos direitos fundamentais.¹⁷¹

A Constituição de 1934 manteve a tradição de prever um capítulo sobre direitos e garantias e repetiu o rol da anterior acrescentando ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A Constituição de 1937 também consagrou o rol de direitos e garantias individuais acrescentando a impossibilidade de aplicação de pena perpétua e a de morte. A Constituição de 1946 previa, além do rol dos direitos humanos fundamentais, vários direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados. A Constituição de 1967 previa um

¹⁷¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito*, cit., p. 291.

capítulo de direitos e garantias individuais e um artigo dispendo sobre direitos sociais aos trabalhadores. E a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não trouxe alteração substancial na enumeração dos direitos humanos fundamentais.¹⁷²

A Constituição de 1988 prevê no Título II os direitos e garantias fundamentais divididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Os direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como a vida, dignidade, honra, liberdade (CF/88, art. 5º).

Os demais passam ao largo deste trabalho, logo não serão abordados por uma questão de posição metodológica.

2.2. Os direitos humanos fundamentais: conceito e aplicabilidade

A doutrina dos direitos do homem nasceu com a doutrina do direito natural que surgiu na Antigüidade, mas já estava conformada no século XVII. Na Antigüidade, havia referência a um direito superior não estabelecido pelos homens mas dado a estes pelos deuses. No século

¹⁷² Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito*, cit., p. 291.

XVII a doutrina do direito natural se expandiu e se tornou o elemento básico da reformulação das instituições políticas.¹⁷³

No cerne dos direitos humanos está o jusnaturalismo e, do século das luzes em diante, tornou-se um dos princípios sagrados do liberalismo.¹⁷⁴

Antigamente, os direitos humanos eram denominados de direitos do homem, hoje, a nomenclatura mais adequada é direitos

¹⁷³ Pio XII (*Encíclica Sumí Pontificatus*, de 20 octubre 1939. In: Joaquin Diez Diaz. *Los derechos*, cit., p. 24). “encontraba la raíz profunda y ultima de los males que aquejan a la sociedade moderna em “la negación y el repudio de una norma de moralidad universal”, o, lo que es igual, em “el desconocimiento y el olvido de la propia lei natural.” Tradução própria: Encontrava a raiz profunda e última dos males que afetam a sociedade moderna na negação e no repúdio de uma norma de moralidade universal, o que equivale ao desconhecimento e ao esquecimento da própria lei natural.

¹⁷⁴ Os direitos humanos fundamentais podem ser explicados diante da visão da teoria jusnaturalista, positivista e moralista. A teoria jusnaturalista entende que os direitos fundamentais estão em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Os direitos fundamentais não são uma criação do legislador e, por isso, não podem desaparecer da consciência dos homens. Os direitos humanos são prerrogativas cuja vinculatividade independe de estarem ou não positivadas, assemelhando-se em sua fundamentação, aos direitos naturais. Os direitos fundamentais são prerrogativas positivadas nas Constituições nacionais. Anacleto de Oliveira Faria (*Democracia humana*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958, p. 51) esclarece que é “da personalidade humana e de sua eminente dignidade que decorrem os direitos do homem, direitos naturais, inalienáveis e que não podem ser negados ou restringidos por ninguém.” Mário Emilio Bigotte Chorão (*Temas fundamentais de direito*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 105) ensina: O direito natural é critério de legitimidade, serve de base à crítica e à reforma e intervém na interpretação, integração e aplicação das normas. O ordenamento jurídico somente é justo quando contempla e promove os direitos do homem (fundamento jusnatural do direito positivo) e não o é quando os ignora ou violenta. Mauricio Beuchot (*El fundamento de los derechos humanos*. In: *Revista portuguesa de filosofía*. Braga, t. II, fascs 1-4, jan/dez., 1996, p. 87-95.) afirma: O direito natural, fundamento do discurso dos direitos humanos, existe e tem valor porque existe e tem valor o homem. Para Santo Tomás de Aquino, expressão maior do jusnaturalismo clássico, o direito natural é aquilo a que a natureza inclina o homem. O direito natural diz respeito ao homem enquanto homem ou aos homens sem qualquer consideração concernente a atributos acidentais. São nesse sentido as palavras de São Paulo: “não há judeu ou grego; não há servo, nem livre; não há homem, nem mulher. Porque todos vós sois um só Jesus Cristo.” (In: Anacleto de Oliveira Faria. *Democracia*, cit., p. 51.). A teoria positivista fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa e só aceita como direitos humanos fundamentais aqueles previstos no ordenamento jurídico positivado. A teoria moralista encontra a fundamentação dos direitos humanos fundamentais na própria experiência moral de um determinado povo. Nenhuma teoria é correta, devem, aliás, coexistir. Somente na consciência social (teoria moralista) baseada em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais encontram substrato para reconhecerem a existência de direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista). (Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*, cit., p. 34-5).

humanos fundamentais, de que direitos fundamentais é uma abreviação.¹⁷⁵

A Declaração de 1789 dos Direitos do Homem e do Cidadão está em vigor na França e é a mais famosa das declarações. Foi por um século e meio o modelo por excelência das declarações e ainda hoje merece o respeito dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do homem. Foi considerada como modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí sua influência nas demais declarações editadas até a Primeira Guerra Mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução da Organização das Nações Unidas nº 217 A, em 1948, e assinada pelo Brasil reconhece a dignidade como

¹⁷⁵ José Castan Tobeñas (Discurso de apertura de Tribunales, 1961, p. 71. *In*: Joaquin Diez Diaz. *Los derechos*, cit., p. 26-7) enumera como postulados del humanismo jurídico: “a) valor humano – La primeira afirmación del humanismo, que constituye la propia esencia de su doctrina, es el imperativo de respeto a la persona humana. Pdrá decir así Del Vecchio que “el respeto y protección de la personalidad humana es el elemento constante en la evolución del Derecho, lo que está implícito en la noción lógica del mismo.” b) Dignidad humana – Las modernas escuelas sociales, y entre ellas la doctrina social católica, coinciden en reconocer que todos los hombres tienen derecho a vivir una vida digna de seres humanos. c) Justicia, bien común y seguridad jurídica – En definitiva, humanismo, justicia y bien común con ideas equivalentes. Hay, sobre todo, que mantener una vinculación estrechísima entre el humanismo, la justicia social y la seguridad social. d) Reconocimiento de los derechos humanos – Es lo cierto que las grandes declaraciones proclamadoras de los derechos fundamentales de la persona (Constitución norteamericana de 1776; Declaración de los derechos del hombre francesa de 1789) tienen su tronco en movimientos humanistas. Advirtiéndose, sin embargo: 1º Que se impone una distinción entre los derechos fundamentales de la persona y las libertades cívicas. 2º Que las declaraciones de Derecho no pasan, por lo general, de constituir meros programas, con escasa eficacia práctica. 3º Que el humanismo jurídico no agota su misión col el reconocimiento de los derechos humanos.” El humanismo em la historia de las ideas y en sus horizontes jurídicos actuales. Flávia Piovesan (*Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 43) resalta: “O Direito Internacional dos Direitos Humanos visa a garantir o exercício dos direitos da pessoa humana.” José Castán Tobeñas (*Los derechos del hombre*. Madrid: Réus, 1976, p. 13) define direitos humanos como aqueles direitos fundamentais da pessoa humana - considerada em seu aspecto individual como comunitário – que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante às exigências do bem comum.

inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.¹⁷⁶

A finalidade e o objetivo da declaração é a renovação do pacto social, de proteger os direitos do homem contra atos do governo e instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais. Tem natureza de declaração, por meio da qual os direitos não são instituídos ou criados, mas apenas declarados para serem recordados.

Os direitos declarados são: a) naturais, pois derivam da natureza humana; b) abstratos; c) pertencentes ao homem; d) imprescritíveis, pois não se perdem com o passar do tempo por se prenderem à natureza imutável do ser humano; e) inalienáveis, pois ninguém pode abrir mão da própria natureza; f) individuais porque cada ser humano é um ente perfeito e completo; e g) universais porque pertencem a todos os homens.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Em nível internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris, em 1948, constitui a mais importante conquista. Afirmou o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. O desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e o surgimento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade da palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade tem sido a mais alta inspiração do homem comum. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, reafirmou a crença dos povos das Nações Unidas nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos à promoção do progresso social e à melhoria das condições de vida de uma ampla liberdade. Os seus 30 artigos consagraram basicamente: os princípios de igualdade e dignidade humanas, o direito à vida, a vedação absoluta da discriminação de qualquer espécie, entre outros. O Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos na própria data de sua adoção e proclamação em 10.12.1948. Em 1966 foi adotado pela Resolução nº 2.200 A da Assembléia Geral das Nações Unidas importante documento garantidor dos Direitos Humanos fundamentais, O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que prevê a autodeterminação dos povos, o direito à vida, a proibição da tortura, entre outras previsões.

¹⁷⁷ Juan XXIII ao longo da Magna Encíclica *Mater et Magistra* de 15 de maio de 1961 procura assentar as bases de uma organização econômico-social ideal sobre a pessoa humana. Na parte III (novos aspectos da questão social), na parte sobre o “Incremento demográfico e desenvolvimento econômico” consta claramente que “la verdadera solución em orden al desarrollo econômico y progreso social se encuentra

Os direitos enunciados na declaração são classificados em duas categorias: as garantias e os direitos do cidadão.¹⁷⁸

J. J. Gomes Canotilho entende que os direitos fundamentais têm: “a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem num plano jurídico-objetivo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”¹⁷⁹

A noção de direitos fundamentais é mais antiga que a idéia de constitucionalismo. A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer cidadão

únicamente em que se respeten y promuevan los auténticos valores humanos; esto es, desarrollo económico y progreso social, encuadradas em el ámbito de la moral y siempre em conformidad con la dignidad del hombre y com el inestimable valor que encierra la vida de cada ser humano.” Na parte IV (Reconstrução das relações sociais na verdade, na justiça e no amor) a própria Encíclica *Mater et Magistra* define que: el respeto a la dignidad de la persona humana se erige em principio fundamental de la doctrina social de la Iglesia” Em el texto reproducido por Ecclesia, num. 1.045, 22 de Julio 1961, p. 19. (In: Joaquin Diez Diaz. *Los derechos*, cit., p. 30-1).

¹⁷⁸ Alexandre de Moraes (*Direitos humanos*, cit., p. 81) “A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.”

¹⁷⁹ Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, cit., p. 373.

poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia.¹⁸⁰

Os direitos humanos fundamentais são complementares, pois devem ser considerados em sua relatividade uns com os outros, evitando que se sacrifique um em detrimento do outro. Por isso, não se justifica criar um embrião para retirada de células-tronco, que irão salvar a vida de outrem, destruindo a vida de alguém, pois a finalidade nobre de salvar uma vida, não justifica a atrocidade de acabar com outra.

Acresce notar a possibilidade de haver conflitos entre os bens e direitos protegidos constitucionalmente. Portanto, existem regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.¹⁸¹

Canotilho enumera alguns princípios interpretativos: o da unidade da constituição, ou seja, a interpretação constitucional deve ser feita de modo a evitar contradições entre as suas normas; do efeito integrador, de modo que deve se dar maior importância aos critérios favorecedores da integração política e social; da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o

¹⁸⁰ Pérez Luño (Cascajo J. L. Castro e Pérez Luño. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979, p. 43) define direitos fundamentais do homem como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.”

¹⁸¹ Havendo conflito entre os direitos humanos fundamentais, utiliza-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação ao outro, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.

sentido que maior eficácia lhe conceda; da justeza e da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da Constituição Federal não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário; o da concordância prática ou da harmonização, exige-se a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de um em relação aos outros, e o da força normativa da Constituição, porque dentre as interpretações possíveis deve-se adotar aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.¹⁸²

A Constituição Federal de 1988 protege e assegura os direitos e deveres fundamentais localizando-os em capítulo destacado e, por força do inciso IV do § 4º do artigo 60, incluiu e consolidou dita proteção entre as chamadas cláusulas pétreas, elidindo qualquer deliberação sobre proposta de emenda tendente à sua abolição.¹⁸³

Desta forma, para o pleno exercício dos direitos fundamentais faz-se necessário compreender a Constituição como norma fundamental, reconhecida como lei superior do Estado e que a todos os órgãos vincula.¹⁸⁴

¹⁸² J.J.Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 227.

¹⁸³ José Cabral Pereira Fagundes Júnior. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 267-282. É o teor do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal brasileira de 1988: “Não será objeto de deliberação ou proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

¹⁸⁴ J. J. Gomes Canotilho. *Direito*, cit., p. 43.

2.3. Os direitos de quarta geração

Atualmente a doutrina classifica os direitos e garantias individuais como direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira gerações, surgindo até o entendimento de que há os direitos humanos fundamentais de quarta geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.

Na primeira era dos direitos, o direito que se segue à Revolução Francesa é de cunho individualista, pois analisa-se o indivíduo como tal, independente de todos os outros, apesar de conviver com os outros, consagrando-se os princípios de liberdade e propriedade. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 assentou-se sobre uma concepção individualista, pois coloca o homem como indivíduo acima do Estado.

“Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.”¹⁸⁵ “Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos os direitos à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. São direitos que representavam uma ideologia de afastamento do

¹⁸⁵ Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*, cit., p. 24-31.

Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria apenas ser o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.”¹⁸⁶

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos econômicos sociais e culturais, surgidos no início do século, reclamados como direitos a serem conferidos pelo Estado e, por isso, são denominados de direitos positivos, pois reclamam a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais, relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc. ¹⁸⁷

A segunda era dos direitos é marcada por vários movimentos de cunho ideológico e de ação política, com o objetivo de combater as injustiças sociais geradas pelo capitalismo europeu do século XIX, que levou a classe trabalhadora à condições de vida degradantes; representa a era do capitalismo avassalador e a consagração de direitos sociais. É a era da socialização do direito. ¹⁸⁸ O novo liberalismo pregava o direito universal ao voto, inclusive das mulheres e a melhoria das condições para os trabalhadores, de onde surgiu o

¹⁸⁶ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102.

¹⁸⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos*, cit., p. 41-53.

¹⁸⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos*, cit., p. 41-3.

direito do trabalho. Está relacionada ao emprego da energia elétrica na indústria, o que ocasionou o aumento da produtividade.¹⁸⁹

São de terceira geração os chamados direitos de solidariedade e fraternidade que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos (art. 225, CF/88).¹⁹⁰ A terceira era notabilizou-se por tentar tornar o direito um instrumento de fato a serviço do bem estar social do homem. Surge a preocupação em proteger os direitos e interesses metaindividuais, ou seja, os direitos individuais tratados numa dimensão coletiva.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui: “ A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, fraternidade.”¹⁹¹

Celso Lafer admite e classifica os direitos em quatro gerações, afirmando que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular, e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.¹⁹²

Norberto Bobbio também entende que há a quarta geração dos direitos humanos fundamentais do homem, que se reflete na

¹⁸⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos*, cit., p. 43.

¹⁹⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos*, cit., p. 58.

¹⁹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos*, cit., p. 57.

¹⁹² Celso Lafer. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 124 e s.

grande preocupação atual da humanidade, alegando que vive-se, hoje, os direitos de quarta geração, cujas exigências estão concentradas nos “efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.”¹⁹³

A esse respeito, Miguel Reale assevera que “o pior é que, quando se julga estar fazendo uma opção fundamental, o que na realidade ocorre é a repetição de antigos equívocos, como, por exemplo, o dos que pretendem subordinar as atividades da mente ou do espírito a supostas predeterminações reveladas pela nova biologia. Deposita-se na engenharia biológica a esperança de construção de uma nova humanidade...”¹⁹⁴

Destarte, o biodireito está localizado na quarta era dos direitos fundamentais, em que há a preocupação em normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral.

A esse propósito, Norberto Bobbio ressalta a crescente preocupação nos debates internacionais com os direitos do homem, observando que desde o jusnaturalismo nunca se debateu tanto sobre o assunto.¹⁹⁵

Inspirado pela afirmação Kantiana de que o único direito transmitido ao homem pela natureza é a liberdade, defende a tese de

¹⁹³ Norberto Bobbio. *A era*, cit., p. 6.

¹⁹⁴ Miguel Reale. *A civilização do orgasmo, paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 132.

¹⁹⁵ Norberto Bobbio. *A era*, cit., p. 6.

que “ do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem – cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais – pode ser interpretado como um sinal premonitório do progresso moral da humanidade.”¹⁹⁶

No debate a respeito dos direitos de quarta geração, volta-se a uma discussão praticamente esquecida que é o de felicidade.

Norberto Bobbio se posiciona a respeito do tema felicidade entendendo que:“(…) O que era ‘felicidade’, e qual a relação entre felicidade e o bem público, fora um dos temas debatidos pelo *philosophes*; mas, à medida que tomou corpo a figura do Estado liberal e de direito, foi completamente abandonada a idéia de que fosse tarefa do Estado assegurar a felicidade dos súditos.”¹⁹⁷

O mesmo autor assevera: “Em virtude das recentes descobertas científicas, verificou-se que todo o tecido normativo deveria ser reestruturado, objetivando encontrar soluções para os conflitos e interesses presentes. Há necessidade de compatibilização entre as descobertas científicas e o Direito, que só é possível por meio da discussão interdisciplinar. A 4ª era do Direito está marcada pela

¹⁹⁶ Norberto Bobbio. *A era*, cit., p. 6.

¹⁹⁷ Norberto Bobbio, *A era*, cit., p. 6.

retomada da discussão em torno dos direitos fundamentais do ser humano sob a ótica internacional e interdisciplinar.”¹⁹⁸

Nesse sentido, ressalta-se que, originariamente, o emprego das técnicas de procriação assistida visava suprir a dificuldade de um casal em ter um filho; feita a procriação assistida com sucesso, satisfazia-se as expectativas dos pais pela realização do sonho de ter um filho. No entanto, essa felicidade se desvirtuou, pois a sofisticação das técnicas de procriação, combinada com avanços da engenharia genética podem gerar um novo ideal de felicidade: ter filhos geneticamente alterados para serem gênios, escolher a cor dos olhos e do cabelo do filho, não ter um filho que possui uma deficiência física descoberta com a terapia gênica etc.

Para entender o conceito de dignidade humana e sua abrangência, é necessário interpretá-lo à luz da Constituição Federal brasileira de 1988, como será feito a seguir.

2.4. Interpretação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade humana hoje é axioma jusfilosófico, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica, pois trata-se de um direito natural e inato, construído pela cultura resultante da progressiva luta e conquista dos povos. Corrobora o entendimento de que as pessoas devem ter condições dignas de desenvolverem-se como indivíduos

¹⁹⁸ Norberto Bobbio. *A era*, cit., p. 4.

porque a Constituição Federal, norma superior e fundamental, assim o determina.

José Afonso da Silva refere-se à dignidade da pessoa humana como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”¹⁹⁹

Maria Garcia adverte a respeito do conceito de dignidade da pessoa humana que esta “corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente.”²⁰⁰

“É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais.(...). Coloque-se, então, desde já que, após a soberania, aparece no Texto Constitucional a dignidade como fundamento da República brasileira”,²⁰¹ no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

É princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988 e apresenta-se em dupla acepção: prevê um direito individual protetivo seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos

¹⁹⁹ José Afonso da Silva. *Curso de direito*, cit., p. 109.

²⁰⁰ Maria Garcia. *Limites da ciência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 211.

²⁰¹ Rizzatto Nunes. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

demais indivíduos, e estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.²⁰²

J.J. Gomes Canotilho afirma que “os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.”²⁰³

Este princípio configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante, tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria, o que decorre de três princípios de direito romano: viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu.²⁰⁴

A Constituição Federal não se limitou a criar normas materialmente constitucionais que se destinam a criar o Estado, à estruturação dos órgãos públicos, mas procurou veicular, como fundamento do Estado, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

²⁰² Cleber Francisco Alves (*O princípio constitucional*, cit., p. 109-110) afirma: “A palavra dignidade tem sua origem etimológica no termo latino *dignitas*, que significa ‘respeitabilidade’, ‘prestígio’, ‘consideração’, ‘estima’, ‘nobreza’, ‘excelência’, enfim, indica ‘qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência’. (...). Importante observar que ao lado desse substantivo abstrato – DIGNIDADE – que expressa, pois, uma qualidade ou atributo de um determinado sujeito, deve-se considerar também o termo DIGNIFICAÇÃO – derivado do verbo dignificar, ou seja, tornar digno – que expressa um processo de busca ou de aprimoramento da dignidade desse mesmo sujeito. Esse processo de dignificação terá, necessariamente, como pressuposto as concepções do sujeito acerca do que considera como uma ‘vida digna’, conceito que, nas sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas, com sua multiplicidade de valores culturais, de visões religiosas de mundo e de posicionamentos morais não se apresentará certamente de maneira unívoca.”

²⁰³ Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 82.

²⁰⁴ Rizzatto Nunes (*O princípio*, cit., p. 50-51) afirma: “Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o princípio da dignidade da pessoa humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.”

Em relação à eficácia, as normas que traduzem direitos e garantias fundamentais têm eficácia e aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º) e, além disso, a Constituição brasileira prevê outros instrumentos para imprimir a necessária eficácia a estes direitos, tais como o mandado de injunção, o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o *habeas data*.²⁰⁵

“Não são simples normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais; aplicam-se independentemente de intervenção legislativa e valem diretamente contra a lei quando esta estabelecer restrições em desconformidade com a Constituição.”²⁰⁶

A Constituição Federal juridicizou, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que decorrem de tais valores. Do ponto de vista existencial, tais princípios são protegidos por cláusula pétrea (CF/88, artigo 60, § 4º), o que proíbe ao legislador ordinário e ao poder constituinte derivado ou reformador, a possibilidade de deliberar sobre a matéria, tendo sua ação subordinada a esses princípios. Do ponto de vista operacional, a juridicização constitucional atribui eficácia jurídica aos efeitos práticos desses princípios.

²⁰⁵ O § 1º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²⁰⁶ Flávia Piovesan. *Direitos humanos*, cit., p. 82-127.

Assim, o constituinte fixou a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinando, ao mesmo tempo, a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras que procuram explicar os efeitos que dele devem ser extraídos.

A dignidade é característica inerente ao homem, que a norma não concede, mas apenas reconhece. Kant baseava-se na idéia clássica de que cada homem é um fim em si mesmo, o valor humanista era ou deveria ser o fundamento compartilhado e indiscutível do Estado.²⁰⁷

Fernando Ferreira dos Santos adverte acerca do princípio da dignidade da pessoa humana: "(...) a moderna teoria constitucional preleciona do princípio da dignidade humana como juízo concreto de dever ser (razão para decisões) e não apenas critério hermenêutico; historicamente a dignidade da pessoa humana foi entendida, basicamente, sob o enfoque de três concepções: individualismo (cada homem realiza, indiretamente, os interesses coletivos; característica do liberalismo burguês; os direitos fundamentais serão, antes de tudo, inatos e anteriores ao Estado; são direitos de autonomia e de defesa, nas palavras de Canotilho); transpersonalismo (a dignidade humana realiza-se no coletivo; linhagem marxista; o homem reconhecido como dotado de uma essência social que deve prevalecer; interpretação do direito que limita a liberdade em favor da igualdade); personalismo

²⁰⁷ Norberto Bobbio. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. 4ª ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UNB 1997, p. 31 e s.

(distingue indivíduo de pessoa, que não é apenas parte do todo, dotado de uma natureza que jamais a unidade coletiva pode ter; a primazia pelo valor coletivo, ou o Estado não pode, nunca, sacrificar ou ferir o valor da pessoa); “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas, são, como observa Canotilho e Vital Moreira, núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”; a dignidade humana se encontra mencionada nas Constituições dos seguintes países: Alemanha, Portugal, Espanha, Irlanda, Bulgária, Grécia, Índia, China, Namíbia, Cabo Verde, Venezuela, Peru e Colômbia; esclarece que há preceito da Constituição de Portugal que estabelece que a interpretação constitucional daquele país deve coadunar com a Declaração Universal dos Direitos do Homem; cita Paulo Bonavides sobre os direitos fundamentais de terceira geração, voltados para o gênero humano e não para grupos, indivíduos ou Estado; enfatiza: a dignidade da pessoa humana é princípio absoluto, possuindo uma dimensão negativa (a pessoa não pode ser objeto de humilhações, ofensas, garantia à identidade e condições de existência mínima), assim como uma dimensão positiva (garante o pleno desenvolvimento da pessoa), sob sua ótica, a eutanásia e o aborto (mesmo decorrente de estupro, pela não recepção do artigo 128 do Código Penal pela CF de 1988) violariam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.”²⁰⁸

²⁰⁸ Marcos Roberto Pereira. A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito*, cit., p. 210-211.

A Constituição portuguesa em seu artigo 2º também prevê a dignidade da pessoa humana. J.J. Gomes Canotilho ensina que: “Outra esfera constitutiva da República Portuguesa é a dignidade da pessoa humana (artigo 2º). (...) Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.”²⁰⁹

Sobre a Constituição Espanhola Francisco Fernández Segado ensina que: “El artículo 10 da la Constitución – al que nos referimos con anterioridad – supone la consagración de la persona y de su dignidad no sólo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, y por ello mismo, también como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico.”²¹⁰

²⁰⁹ Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, cit., p. 219. É o teor do artigo 2º da Constituição da República Portuguesa: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

²¹⁰ Francisco Fernández Segado. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional, *RILSF 121*: 73. Confirma o artigo 10 da Constituição Espanhola com tradução própria: A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e os direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social. As normas relativas aos direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição reconhece, se interpretam de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha.

A Constituição Alemã estabelece: “(...) o artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal de respeitá-la e protegê-la.”²¹¹

Vê-se assim, que o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana se relaciona com os direitos humanos fundamentais. Está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

Nesse contexto, lícito aduzir que todo processo ligado à tecnologia genética, ao biodireito, deve ser pautado pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor-base que se irradia por todo o ordenamento jurídico, fazendo com que a interpretação de toda norma deva estar pautada neste valor da Carta de 1988, fundamento do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos fundamentais.

²¹¹ Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 109-110.

2.5. Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e sua aplicabilidade constitucional.

Os tratados internacionais são acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*Pacta sunt servanda*) e constituem a principal fonte de obrigação do direito internacional.

O termo tratado é usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de direito internacional. São também utilizados os termos Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como Tratado e Acordo Internacional.

A Convenção de Viena, concluída em 1969 teve como finalidade servir como a lei dos tratados. Os tratados internacionais só se aplicam aos Estados partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com a sua adoção, porque criam obrigações legais aos Estados soberanos que os aceitam (preâmbulo e artigo 1º da Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados).²¹²

A Constituição Federal brasileira de 1988 atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, a de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, integram o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

²¹² É o teor do preâmbulo da Convenção de Viena de 1969: "Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos (...). E o artigo 1º estabelece: "A presente Convenção aplica-se aos tratados entre Estados."

Se assim é, o Brasil deve respeitar os tratados internacionais assinados e ratificados como norma constitucional que tratam do respeito à dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Os direitos constantes nos tratados internacionais integram e completam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Vigora o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, asseguradas pelo artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, não necessitando da intermediação legislativa, ou seja, de ato com força de lei para outorgar vigência interna imediata aos acordos internacionais que tratam dos direitos humanos fundamentais.²¹³

Em reforço a essa tese, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o § 3º ao artigo 5º, que confere aos tratados internacionais que tratam de direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, a equivalência às emendas constitucionais.²¹⁴

²¹³ Flávia Piovesan. *Direitos humanos*, cit., p. 82-127. É o que dispõe o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²¹⁴ É o teor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Assim, a legislação infraconstitucional também deve estar de acordo com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que defendem o direito à dignidade da pessoa humana. Entretanto, não foi o que ocorreu com a nova lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005) que permite a manipulação de embriões vivos para pesquisas.

Desta forma, toda legislação infraconstitucional deve respeitar o direito à vida do embrião e seu direito à dignidade humana, como decorrência de sua condição de pessoa, sob pena de ser inconstitucional. A nova lei de biossegurança, que permite a pesquisa em embriões vivos, afronta a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais que resguardam o direito à vida deste, desde a concepção.

O direito à vida do embrião é expressão maior do princípio da dignidade humana e deve ser resguardado desde a concepção, conforme será visto a seguir.

2.6. O direito à vida do embrião como expressão maior do princípio da dignidade humana

2.6.1. Conceito de vida

Fazendo-se uma abordagem filosófica do conceito de vida, Santo Tomás de Aquino afirmava que vida significa “a substância à qual convém por sua natureza mover a si mesma ou conduzir a si

mesma, de qualquer modo à operação.”²¹⁵ Aristóteles entendia por vida “a nutrição, o crescimento e a destruição que se originam por si mesmo”²¹⁶ Platão entendia a vida como alma porque considerava a própria alma a capacidade de mover-se por si.

Emmanuel Kant afirmava que “a vida é a capacidade de atuar segundo a faculdade de desejar”, entendendo a mesma como “a faculdade de ser causa, por meio das próprias representações dos objetos destas representações.”²¹⁷

Friederich Hegel identificava a vida como o todo em movimento que se desenvolve, que resolve o seu desenvolvimento e que se mantém simples neste movimento.”²¹⁸

José Afonso da Silva afirma que “A riqueza significativa da vida é de difícil apreensão porque é algo dinâmico que se transforma incessantemente. É mais um processo que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.”²¹⁹

²¹⁵ Tomás de Aquino. *Summa Teológica* I, q. 18, a. 20. In: Rita Maria Paulina dos Santos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 13.

²¹⁶ Aristóteles. *De anima*, II, I 413 a 27.

²¹⁷ Emmanuel Kant. *Crítica da razão prática*. In: Rita Maria Paulina dos Santos. *Dos transplantes, cit.*, p. 13.

²¹⁸ Friederich Hegel. *Textos escolhidos*. Seleção Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1981, p. 250.

²¹⁹ José Afonso da Silva. *Curso de direito*, cit., p. 200.

2.6.2 – O direito à vida

O primeiro de todos os direitos naturais do homem é o direito à vida, ao qual se vinculam o direito de nascer e, ao longo de toda a existência, o de viver com dignidade. A vida constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos, por isso, a Constituição brasileira erigiu a vida como fonte primária dos direitos fundamentais e, no seu contexto, insere-se o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

A vida física constitui o valor fundamental, exatamente porque sobre a vida física fundam-se e desenvolvem-se os demais valores da pessoa humana.²²⁰ Assim, o direito sobre o próprio corpo é um direito de vulto na defesa da personalidade humana, pois é o instrumento pelo qual a pessoa realiza sua missão no mundo fático.²²¹

Se a vida é o fundamento da realização da pessoa humana, sua avaliação por parte de terceiros, como digna de ser vivida ou como não digna de ser vivida, deve ser considerada uma infração da própria dignidade humana.²²²

²²⁰ Joseph Ratzinger. *Congregação para a doutrina da fé. Instrução sobre o direito à vida nascente e a dignidade de procriação*. Tradução não identificada. São Paulo: Paulinas, 1987, p. 15.

²²¹ Rita Maria Paulina dos Santos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10.

²²² André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 62-3.

Privar o homem da vida, em qualquer momento de sua existência, e destruir sua própria humanidade são a mesma coisa, o que significa reconhecer o homem como essencialmente vivente, já que a vida participa da natureza humana.²²³

Disso resulta que: “(...) qualquer projeto de lei tendente a abolir a inviolabilidade do direito à vida seria inconstitucional. (...) Esbarram na garantia que a Carta Magna atribui à vida humana sem distinguir idade e condição do indivíduo.”²²⁴

Para Emmanuel Kant também “uma natureza cuja lei fosse destruir a própria vida, pela mesma sensação cuja determinação é animar o fomento da vida, seria contraditória e não poderia subsistir como natureza.”²²⁵

A Constituição Federal assegura o direito à vida em dupla acepção, o direito de continuar vivo e o direito de ter vida digna quanto à subsistência.

Alexandre de Moraes afirma que “o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, o direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a

²²³ Battista Mondin. *L'uomo: chi è? Elementi di antropologia filosofica. [O homem, quem é ele? Elementos de antropologia filosofica]*. Tradução de R. Leal Ferreira et al. São Paulo: Paulus, 1980, p. 59.

²²⁴ Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplantes*, cit., p. 58-59.

²²⁵ Kant. *Fundamentos*, cit., p. 71.

condição humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e religiosas.”²²⁶

2.6.3 – Início da vida

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. “Biologicamente, a vida tem início no momento da concepção. Invoque-se, por todas, a lição da Dra. Márcia Mattos Gonçalves Pimentel, PhD em Genética Humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em trabalho reproduzido pelo jurista Hélio Bicudo em sua recente obra sobre a proteção dos Direitos Humanos: Embora, ao final do século XX, muitos processos biológicos ainda se apresentam como um enigma para os cientistas, a Biologia como Ciência possui leis e princípios que não podem ser modificados. No que diz respeito ao momento em que tem início a vida humana, alguns fatos biológicos são incontestáveis. São eles: Primeiro: O indivíduo humano começa a existir biologicamente a partir do momento em que

²²⁶ Alexandre de Moraes. *Direitos humanos*, cit., p. 87. A esse respeito, esclarecedor é o entendimento jurisprudencial: “Apelação cível. Fornecimento de próteses indispensáveis à saúde do autor. Responsabilidade do Estado e do Município. Verba honorária. (...) O direito à saúde, pela nova ordem constitucional, foi elevado ao nível dos direitos e garantias fundamentais, sendo direito de todos e dever do Estado. Aplicabilidade imediata dos princípios e normas que regem a matéria.” (TJRS- Ap. Cível nº 70014512842- Santa Maria, 1ª Câmara Cível, Rel. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 26.04.2006.)

ele tem um corpo, e a formação do corpo, de qualquer pessoa inicia-se no momento da fecundação. Ou seja, o primeiro passo para a formação de um novo indivíduo é a fusão de duas células altamente especializadas, denominadas gametas. Desta forma, todo ser vivo começa sua existência a partir de uma única célula quando, então, tem início um processo contínuo de multiplicação e diferenciação celular, até que, ao tornar-se adulto, o indivíduo terá cerca de 100 milhões de células. Segundo: Uma consequência da fusão do óvulo com o espermatozóide é que estas duas células perdem a capacidade de operar independentemente uma da outra, passando a trabalhar como uma unidade chamada zigoto ou embrião unicelular (...). Terceiro: Os genes começam a expressar suas informações, sintetizando RNA mensageiro a partir do DNA, logo após a fertilização. A ativação dos genes no embrião ocorre antes da primeira divisão celular, que se dá de 15 a 20 horas após a fertilização. O zigoto, portanto, começa a existir e a operar como unidade desde o momento da fecundação (...). Quarto: o zigoto possui um genoma (conjunto gênico) absolutamente único, que lhe confere uma identidade biológica. Cada embrião é uma combinação gênica singular. Nunca ocorreu nem ocorrerá outra genoma igual.”²²⁷

“É a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos de espermatozoides se encontram com os

²²⁷ José Renato Nalini. A evolução protetiva da vida na constituição brasileira. *In: A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 263-283.

23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida.”²²⁸

O Conselho da Europa em sua Recomendação nº 1.110/89 entende que desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, aquela diminuta célula já é uma pessoa e, portanto, intocável.
229

“Aceitar o fato de que, após a fecundação, um novo indivíduo começou a existir já não é questão de gosto ou de opinião. A natureza do ser humano, desde a concepção até a velhice, não é uma hipótese metafísica, mas, sim, uma evidência experimental.”²³⁰

Entretanto, há o entendimento de que até o 14º dia após a fecundação, o embrião não tem vida pessoal e não pode ser considerado uma pessoa. No entanto, este entendimento visa justificar a realização de experiências com seres humanos durante este período, evitando-se, assim, questões éticas a respeito do início da vida.

Ademais, é de se indagar a respeito do início da vida do bebê de proveta, se no ato da fertilização, na proveta, ou no momento da implantação do óvulo no útero, ou no instante em que o feto começa a

²²⁸ Antonio Chaves. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 16.

²²⁹ Teor do Considerando n. 06 da Recomendação nº 1.110/89 do Conselho da Europa: “Considerando que é correto determinar a tutela jurídica a ser assegurada ao embrião humano desde a fecundação do óvulo, como é previsto na Recomendação nº 1.046.”

²³⁰ Geneticista francês Jérôme Léjeune. *In*: Antonio Chaves. *Direito*, cit., p. 16-17.

movimentar-se. Nesse sentido, o que assinala o início legal da vida é a penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, uma vez que o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim, o embrião representa um ser individualizado, com carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou feto está englobada pela vida da mãe.

Em relação à tão instigante questão, há duas leis que regem a ordem social: a lei natural e a lei positiva. Os gregos e os romanos já entendiam que havia duas ordens pertinentes à organização social: uma delas preexistente à sociedade e inerente ao ser humano que nasce com estes direitos, que é o direito natural, e outra criada pelo Estado, que é o direito positivo.

As leis essenciais de todo ordenamento jurídico são de direito natural, como o direito à vida, à segurança, à liberdade etc. As leis acessórias são mutáveis no tempo e não são de direito natural, cabe à cada comunidade ter a lei para reger a sua convivência social, respeitados os direitos fundamentais.

Tendo em vista essas considerações, é oportuno acrescentar que Ives Gandra da Silva Martins entende que “a visão mais correta é aquela que concebe o direito natural como inerente à condição humana. O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber

por mera repetição de fatos históricos que os valorize, mas tal repetição decorre do reconhecimento de sua inerência. Por esta razão, tais direitos são imutáveis e não circunstanciais.”²³¹

A posição demonstrada neste trabalho filia-se à idéia de que os direitos humanos fundamentais são direitos naturais, inerentes ao ser humano que não necessitam nem ao menos serem positivados para serem respeitados, tendo em vista que transcendem ao ordenamento jurídico positivo e são a base deste. Até mesmo porque o próprio ordenamento jurídico positivo prevê meios de integração das lacunas existentes no ordenamento jurídico no artigo 4º, assim como a adequação da lei existente ao fim social e ao bem comum a que alude o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ives Gandra continua a lição acima exposta, afirmando que “Em verdade, tal polêmica esgota-se no rigor de sua conformação, visto que as correntes entendem que os direitos principais, pertinentes a cada ordenamento jurídico, são de direito natural e não criação de direito positivo, que ao não reconhecê-los perde a legitimidade própria de sua força impositiva e reduz sua capacidade de permanência no tempo.”²³²

O direito fundamental do embrião à vida não é lei criada pelo Estado, mas apenas por este reconhecida e que aquele pertence pelo simples fato de estar vivo; é-lhe inerente e não concedida.

²³¹ Ives Gandra da Silva Martins. O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. *In: A vida dos direitos*, cit., p. 127-144.

²³² Ives Gandra da Silva Martins. *O direito constitucional*, cit., p. 127-144.

O artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 é norma de direito natural, uma vez que consagrou e ratificou o direito à vida, que é direito base para o exercício dos demais direitos. O direito à vida implica no exercício de outros direitos como o direito à educação, à liberdade de associação, ao trabalho, à saúde, à dignidade pertinente ao ser humano.

Desse modo, a utilização do embrião como meio, para pesquisas científicas e como fonte de células-tronco, são violações ao direito fundamental e natural à vida, porque restringem o direito que o embrião tem de ter uma vida digna.

O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo artigo 4º declara que é direito da pessoa que se respeite a sua vida, e que esse direito deve ser protegido pela lei desde a concepção.²³³

Seguindo a linha de raciocínio de que a Carta de 1988, artigo 5º, § 3º, conferiu aos pactos, acordos ou tratados ratificados pelo Brasil força de norma auto-aplicável, esse direito deve ser respeitado, pois é considerado norma constitucional.

“Em outros termos, no momento biológico do início da vida – que é esta o bem cuja inviolabilidade vem protegida na Constituição

²³³ É o que dispõe o artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa tem direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

aqui, já, em área do Direito Constitucional, e especificamente da Constituição Brasileira, área em que a divisão doutrinária da teoria civilista deve ficar ao largo, em face dos avanços da Biociência, haverá necessidade de rever o conceito privatista de pessoa humana.”²³⁴

Conseqüência de direito privado, decorrente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, é aquela que considera a pessoa humana sujeito de direitos (artigo VI).²³⁵ É que a capacidade de ser titular de direitos e deveres é adquirida no momento do nascimento, que se constata com a respiração pulmonar, mas a regra do nascimento como marco para considerar o início da vida deve ser revista, tendo em vista a proteção dos direitos do nascituro. Além disso, o conceito de nascituro deve ser reavaliado diante das novas técnicas científicas de manutenção do embrião vivo *in vitro*. Assim, se o embrião tem vida desde a concepção, adquire, portanto, personalidade; se tem personalidade, tem capacidade de direito de ser sujeito de direitos e deveres.

Miguel Reale aponta a pessoa humana como sendo o valor-fonte de que emanam todos os outros valores objetivos, de natureza histórica, e o Direito como dimensão da vida humana, pois o homem é “o único ente que é e deve ser, ou, por outras palavras, como “ente cujo ser é o seu dever-ser.”²³⁶

²³⁴ Maria Garcia. *Limites*, cit., p. 188.

²³⁵ É o teor do artigo VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.”

²³⁶ Miguel Reale. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 95-99.

Cientificamente a fecundação do óvulo pelo espermatozóide é o estágio em que começa uma nova vida humana, dando início a um ciclo que só termina com a morte. A fusão dos gametas determina de maneira absoluta as características do novo ser que, apesar das profundas mudanças que sofre durante o processo de desenvolvimento e permanência intra-uterina, não perde as características que marcam a sua individualidade, já é o ser gerado que há de nascer e ser homem. É um ser irrepetível.²³⁷

A concepção de uma pessoa inicia o ciclo de uma nova vida dentro ou fora do ventre materno. É por isso que novas considerações jurídicas devem ser feitas em relação ao embrião congelado, tendo em vista que a partir do início da vida, que se dá com a concepção, a personalidade deve ser reconhecida e respeitada como capacidade de direito.

A esse respeito, é oportuno acrescentar que: “From the moment when the ovule is fertilized a life begins which is not that of the father or of the mother but of a new human being which develops of its own accord. It can never be human if it is not human that moment... At the moment of fertilization is begun the adventure of human life, and each of the great capacities of this life needs time to find its balance and to prepare itself to act.”²³⁸

²³⁷ Rosa Maria Barreto B. Andrade Nery. A proteção civil da vida humana. In: *A vida*, cit., p. 441-466.

²³⁸ *Donum Vitae*, I, 1. *Evangelium Vitae*, nº 60. Tradução própria: Desde o momento em que o óvulo é fecundado a vida tem início, não como pertencente ao pai ou à mãe, mas uma nova vida humana...No momento da fertilização tem início a aventura da vida humana, e cada grande capacidade dessa vida precisa de tempo para preparar-se a si mesma.

Como visto, com a fertilização, inicia-se a aventura da vida humana, com uma nova vida que é diferente da vida do pai e da mãe. Por isso, qualquer ofensa ao direito à vida do embrião, que lhe acarrete danos irreparáveis ou lhe coloque fim à vida, deve ser objeto de responsabilização civil e, eventualmente, penal.

É preciso ponderar que os óvulos fecundados *in vitro* ou congelados devem ser equiparados ao óvulo fecundado no ventre materno ou fecundados *in vitro* e introduzidos no ventre materno. Estes também possuem carga genética própria, e o fato de não terem sido introduzidos no ventre materno não lhes retira a característica de ser humano irrepetível, de modo a não autorizar o seu descarte ou o seu armazenamento por tempo ilimitado, nem que sejam utilizados para experiências que desrespeitem a sua dignidade, a ponto de serem coisificados e transformados em meio e não em um fim em si mesmo.

Permitir tal situação, seria aceitar a coisificação do ser humano e a transformação do cientista em fabricante de seres humanos descartáveis.

Portanto, os direitos da personalidade do embrião podem ser verificados e devem ser respeitados desde a concepção, pois o ser individualizado que está sendo gerado tem direito a nascer com vida e, para isso, deve ter acesso a uma gestação adequada, ao pré-natal adequado, e o respeito à sua individualidade.

Um exame de pré-natal feito com imperícia por parte do médico pode acarretar um aborto inesperado, fazendo com que a mãe tenha o direito de exigir indenização para si e em nome do embrião, que teve o direito à vida interrompido pela prática de um ato ilícito. Esse direito personalíssimo, comporta ação de terceiros em sua preservação, pois o embrião é incapaz de agir por não ter capacidade de fato.

À guisa de breve conclusão, o direito à vida começa com a própria vida, que se inicia com a concepção. Funda todos os direitos constitutivos da pessoa humana: o direito de ser respeitada em sua própria identidade, o direito de não ser instrumentalizada e o direito de ser considerada como portadora de uma dignidade específica que não se reduz à dignidade de qualquer outra pessoa humana.²³⁹

Maria Helena Diniz ensina que: "(...) a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida

²³⁹ Francesco D'Agostino. *I diritti del nascituro*. In: Elio Sgreccia et al. (org.). *Bioética ed educazione*. Milano:Editrice la Scuola, 1997, p. 153.

da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada.”²⁴⁰

Como será visto no próximo capítulo, a reprodução humana assistida reflete diretamente no direito à vida do embrião e na sua dignidade.

²⁴⁰ Antonio Chaves. *Tratado de direito civil, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1, p. 435. In: Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 23-24.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1. Aspectos históricos

A reprodução humana assistida ou a inseminação artificial é tema de grande relevância para o direito à vida do embrião, principalmente por possibilitar a produção de embriões em quantidade excessiva, que ficam crioconservados.

A técnica pode ser definida como fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula. A palavra deriva do latim, e tem origem no verbo *inseminare* formada pela preposição *in* (em) mais *seminare*, incorporando o termo sêmen que significa semente, e é empregada no sentido de procriar, gerar, propagar. Por sua vez, o adjetivo, artificial, tem origem no latim *artificialis*, e significa feito com arte.²⁴¹

A esse respeito, Mônica Sartori Scarparo afirma que “a fertilização artificial consiste de um conjunto de técnicas que têm como fim provocar a gestação mediante a substituição ou facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo.”²⁴²

Pode ser chamada de concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida, e consiste no processo

²⁴¹ Mônica Sartori Scarparo. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 5.

²⁴² Mônica Sartori Scarparo. *Fertilização assistida*, cit., p. 5.

que leva o óvulo a entrar em contato com o espermatozóide, resultando um ser humano, sem a cópula carnal.

Na história, há registros de que os árabes e babilônios fizeram suas primeiras experiências com palmeiras, depois com peixes e mamíferos.

Na mitologia grega, o nascimento de Perseu se deu quando sua mãe estava enclausurada para evitar a concepção de um filho que viria para usurpar o trono do avô. A mãe foi inseminada por Zeus, o rei dos deuses, que transformou sua semente em chuva de ouro e foi inseminar a moça durante o sono.²⁴³

A Bíblia relata a concepção de Cristo sem a natural união de esposos, Maria e José.

Na Espanha, no século XV, Henrique IV e D. Joana de Portugal haviam tentado a concepção de um herdeiro por meio artificial.

O cientista italiano, Spallanzani, em 1784 fertilizou uma cadela que já tivera várias ninhadas de filhotes, injetando na vagina e no útero da cadela líquido seminal de um cachorro. Em 1799, John Hunter já teria obtido êxito com a técnica em humanos, e, em 1833, na França, Giraud realiza pela primeira vez a inseminação artificial homóloga. No ano seguinte, nos Estados Unidos ocorre a primeira inseminação

²⁴³ Mônica Sartori Sacarparo. *Fertilização assistida*, cit., p. 5.

artificial heteróloga em uma mulher cujo marido sofria de azoospermia.

244

Em 1910 a técnica sofreu uma grande evolução com a descoberta por Ivanov da conservação do líquido seminal, por técnica hoje utilizada para conservação de gametas e embriões humanos.²⁴⁵

Em 1978, pelos estudos realizados por Robert Edwards e Patrick Steptoe nasce o primeiro bebê, Louise, de proveta do mundo e surge a questão da mãe substituta.²⁴⁶

No Brasil há atualmente mais de cinco mil bebês de proveta, mas a primeira experiência ocorreu em 7 de outubro de 1984.²⁴⁷

Como se vê, o combate à infertilidade é tão antigo quanto a busca de métodos contraceptivos: “a obsessão da esterilidade é imemorial.”²⁴⁸

O Brasil utiliza todos os meios de fertilização artificial praticados internacionalmente, mas não é considerada, ainda, como

²⁴⁴ Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz. *O direito in vitro: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 90.

²⁴⁵ Mônica Sartori Sacarparo. *Fertilização assistida*, cit., p. 7.

²⁴⁶ Mônica Sartori Sacarparo. *Fertilização assistida*, cit., p. 7.

²⁴⁷ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 570.

²⁴⁸ Jacqueline Costa-Lascoux (*Procriação e bioética*. In: Georges Duby e Michelle Perrot. *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1991, p. 639, v. 5) assevera: “Ela inspirou numerosas ficções jurídicas nas cidades antigas e nas sociedades arcaicas para que todos os homens pudessem participar na transmissão da vida. Ela incitou os cientistas a descobrirem remédios ou paliativos. Ela permitiu também a charlatães ou, mais quotidianamente, a pessoas interessadas fazerem um lucrativo comércio do sofrimento e do desejo de ter filhos.”

essencial à vida e à saúde do casal infértil, de modo a obrigar o Estado a custear o tratamento²⁴⁹.

A igreja católica considera ilícita a fecundação artificial da mulher, conforme Decreto de 17 de março de 1897 e, em 1956, volta a condenar tal prática, por implicar o recurso à masturbação, por ela considerada a abominação das abominações. Em 1989 o Vaticano exortou as clínicas católicas que praticam a fertilização artificial a colocarem fim a esta atividade, pois, em caso de infertilidade, a única saída que a igreja apresenta é a adoção.²⁵⁰

A prática da inseminação artificial heteróloga também é condenada pela Igreja Anglicana e pelo judaísmo. A Igreja Anglicana não admite sequer a inseminação artificial homóloga.²⁵¹

²⁴⁹ A esse respeito, é oportuno acrescentar os seguintes julgados: “Direito público. Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamentos para tratamento de fertilização artificial. Antecipação de tutela. Requisitos do art. 273 do CPC. Os medicamentos para tratamento de fertilização artificial não se enquadram no art. 1º da Lei Estadual nº 9.908/93, que dispõe o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes. Ausente a verossimilhança da alegação, assim como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I do CPC). Agravo desprovido.” (TJRS – Ag. Inst. nº 70010293233 – Porto Alegre, 21ª Câmara Cível, Rel. Marco Aurélio Heinz, j. 18.05.2005). “Direito público ao especificado. Fornecimento de medicação destinado a propiciar a gravidez. Dever do Estado. Inexistência. O Estado se obrigou a fornecer medicação excepcional a pacientes portadores de graves moléstias e sem recursos para custear sua compra. Inteligência da Lei – RS 9.908/93. Teoria do mínimo existencial perfeitamente aplicável ao caso, pois a pretensão da apelante volta-se ao desejo de engravidar, não tendo relação com doença grave e que recomenda medicação excepcional. Existência de outros procedimentos que podem garantir a satisfação pretendida pela apelante. Apelo improvido.” (TJRS- Ap. Cível nº 70008522393, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco, j. 19.08.2004). “Agravo de instrumento. Antecipação de tutela. Fertilização *in vitro*. Ausência, no caso concreto, dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela impedem a sua concessão. Inocorrência de urgência na realização da fertilização *in vitro* para a qual a agravante está inscrita no ambulatório de reprodução humana do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Recurso desprovido. Decisão mantida.” (TJRS – Ag. Inst. nº 70007207632 – Porto Alegre, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 04.12.2003).

²⁵⁰ Mônica Sartori Sacarparo. *Fertilização assistida*, cit., p. 24-8.

²⁵¹ Mônica Sartori Sacarparo. *Fertilização assistida*, cit., p. 24-8.

3.2. Generalidades

As técnicas de reprodução humana assistida têm a função de suprir o problema da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação e de perpetuação da espécie quando outros métodos tenham sido ineficazes para solucionar a questão (Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, art. 1º, Seção 1).²⁵²

A propósito, a medicina atualmente considera estéril um casal que, por dois anos, tenta conceber um filho sem lograr êxito pelo método natural.

A reprodução humana assistida é o conjunto de operações para unir artificialmente os gametas masculino e feminino dando origem a um ser humano, e pode ser feita por dois métodos o ZIFT e o GIFT.²⁵³

A ectogênese ou fertilização *in vitro* é concretizada pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), consistindo na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, utilizando-se o sêmen do marido ou de outro homem, para depois ser introduzido no seu útero ou no de outra mulher.

²⁵² No Brasil o único diploma existente é de cunho deontológico, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358, de 11 de novembro de 1992, publicada no D.O.U. de 19 de novembro daquele ano, seção I, p. 16.053-4. Marie-Thérèse Meuldres-Klein (*In: Claire Neirinck - coord. De la bioethique au bio-droit*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p 40) prega a necessidade de “une certaine harmonisation des politiques em la matière, tant il est vrai qu’il ne sert pás à grand-chose d’avoir des législations nationales s’il est possible de faire dans lê pays voisin ce qui est prohibé dans l’autre.” (Há a necessidade de uma certa harmonização sobre o tema, pois não é útil possuir legislação nacional, se é possível fazer, no país vizinho, aquilo que é proibido no outro).

²⁵³ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 551.

A inseminação artificial se processa pelo método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) em que se faz a inoculação do sêmen na mulher, sem que haja manipulação externa do óvulo ou do embrião.

Por sua vez, a fertilização *in vitro*, por facilitar a manipulação dos gametas, tem várias implicações tais como: a possibilidade de se transferir o embrião para o útero de outra mulher; a fertilização com sêmen e óvulo de estranhos; a fecundação com óvulo não pertencente à esposa mas implantado em seu útero; a fertilização com esperma de terceiro; a fecundação com material do marido e da mulher na proveta com a introdução do embrião no útero da esposa; a fecundação com óvulo da esposa e sêmen do marido para congelar o embrião e inseri-lo no ventre de outra após o falecimento da esposa.²⁵⁴

A inseminação artificial poderá gerar a inseminação homóloga, praticada na esposa com sêmen do marido vivo ou morto, e a inseminação heteróloga, durante o casamento, feita na esposa, ou durante a convivência, com esperma de terceiro, e é o que será exposto no próximo subitem.

²⁵⁴ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 570 e s.

3.3. Inseminação artificial – conceito, modalidades e conseqüências jurídicas

Como já foi dito, a inseminação artificial se dá quando o casal não tem condições de procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc.

A inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga. Será homóloga quando o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro; e, heteróloga se o material fecundado for de terceiro doador.²⁵⁵

A homóloga, a princípio, não fere princípios jurídicos porque o filho tem os componentes genéticos do marido e da mulher ou companheiro e companheira.

²⁵⁵ Mônica Sartori Scarparo (*Fertilização*, cit., p. 10) pondera: “A técnica de inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou do companheiro, previamente colhido através da masturbação. O líquido seminal é injetado, pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser fertilizado. Entre as indicações para a inseminação artificial homóloga destacam-se: a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia, quando é baixo o número ou reduzida a motilidade dos espermatozóides; e a retroejaculação, quando, embora a taxa de espermatozóides seja normal, eles ficam retidos na bexiga, ao contrário do que ocorre na ejaculação normal.

...

O procedimento médico adotado na inseminação heteróloga é idêntico ao da modalidade anterior, só que em vez do líquido seminal do marido, é utilizado o esperma de um doador fértil, geralmente armazenado em banco de sêmen. Entre os critérios a serem observados durante a seleção do doador, sobressaem o controle periódico do sêmen (teste de AIDS ou síndrome de imunodeficiência adquirida) e o anonimato do doador, bem como suas características morfológicas: o grupo sanguíneo, que deve ser idêntico ao da mãe ou de seu marido; a cor de pele, dos cabelos e dos olhos, e a estatura, que devem ser compatíveis com o casal. Entre as indicações para a inseminação artificial heteróloga são citadas as seguintes: azoospermia ou oligospermia – casos em que há absoluta esterilidade masculina; doenças hereditárias graves do marido; e, ainda, incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal, possibilitando a interrupção da gravidez.”

O Conselho Federal de Medicina brasileiro, na Resolução nº 1.358/92, nº I.3 e II.1, exige que a coleta do material e a destinação de sua utilização tenham anuência expressa dos interessados, ligados pelo matrimônio ou pela união estável.²⁵⁶

Na França, somente casais podem se submeter ao processo de reprodução assistida, pois entende aquele país que o interesse da criança supera o interesse do indivíduo e que ter uma família ainda é o melhor para uma criança.²⁵⁷

No Brasil aguarda-se legislação que defina as pessoas que podem se utilizar da técnica de reprodução humana assistida, e quais são as hipóteses de incidência. Aponta-se o fato de mulheres saudáveis congelarem seus óvulos, para retardar a maternidade, em razão da vida profissional.

Na realidade, a técnica de congelamento de óvulos só deveria ser utilizada para driblar a infertilidade quando, por exemplo, a mulher

²⁵⁶ Resolução nº 1.358/92, nº I.3: “O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.” N. II. 1 “Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora de técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.”

²⁵⁷ A lei de 29 de julho de 1994, na França, definiu que o médico só poder realizar a procriação assistida quando a proposta é do casal e atende a um projeto parental (dos pais) somente para remediar a infertilidade do casal ou para evitar grave doença à criança ao nascer.

se submete a tratamento quimioterápico, em que a infertilidade é uma das conseqüências mais comuns.²⁵⁸

Como no Brasil o único documento que trata do tema é a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que não tem força de lei em sentido estrito, as exigências são menores e, por isso, não há maiores restrições para a realização da procriação assistida.

Ressalte-se que a mulher e o homem têm direito à propriedade das partes destacadas de seu corpo, como sêmen e óvulo, devendo estar vivos por ocasião da inseminação, manifestando a sua vontade após prévio esclarecimento do processo ao qual serão submetidos.²⁵⁹

²⁵⁸O Estado de São Paulo (18.12.2005, p. A30) noticia: “Mais mulheres congelam óvulos. É bastante plausível a mulher que vai se submeter a tratamentos oncológicos congelar seus óvulos, já que essa seria a sua única chance de gravidez no futuro, diz Edson Borges, especialista em reprodução humana da clínica Fertility, em São Paulo. Já o que é discutível é a paciente que quer simplesmente guardar os óvulos para engravidar mais tarde, sem que esses óvulos estejam sob ameaça de destruição.”).

²⁵⁹ O direito ao material fertilizante é direito da personalidade, ou seja, há direito de dispor de partes do corpo gratuitamente para fins terapêuticos. A pessoa tem liberdade de dispor de seu material fertilizante sem que haja vício do consentimento. A pessoa que quiser dispor de seu material fertilizante, terá de abrir mão de qualquer direito relativo à criança gerada com seu material, em caso de inseminação artificial heteróloga. O doador deve abrir mão por escrito dos direitos sobre a criança gerada por fertilização heteróloga. Se for casado, precisa da autorização da esposa, para não dar origem à injúria grave que pode conduzir à separação judicial litigiosa. O doador celebra com a clínica um contrato de depósito, sendo a clínica mera depositária, o que faz com que a clínica deva pedir autorização por escrito do doador com os detalhes para a finalidade que está doando o sêmen, pois ele é titular do direito ao material que está sendo doado. No Brasil só se pode utilizar do material por uma única vez para evitar casamentos entre irmãos. A clínica só pode revelar a identidade genética do doador para que a criança saiba se é portadora de alguma moléstia grave, o que não dá direito a pedir alimentos ou direito à herança, pois identidade genética é diferente de direito à filiação.

Nesse sentido, a clínica pode cogitar da possibilidade de devolver o material fertilizante à viúva ou inseminá-la.²⁶⁰

Na inseminação artificial heteróloga os problemas são maiores, pois há um desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio por atingir o pressuposto biológico da concepção, que advém do ato

²⁶⁰ A hipótese cria a paternidade póstuma o que também está de acordo com o art. 1597, III do novo Código Civil que considera como presunção de paternidade o filho havido por fecundação homóloga mesmo depois do óbito do marido de sua mãe. Por isso, a solução para a polêmica seria exigir a anuência expressa do marido para a inseminação *post mortem*, por instrumento público ou testamento, para que o filho tenha direito à paternidade e à sucessão. No entanto, o novo Código Civil não impõe essa exigência, o que torna complicada a questão de saber se o marido queria a paternidade póstuma. Há que se considerar, também, se o filho gerado por procriação artificial está legitimado a receber direitos sucessórios nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, na inseminação artificial heteróloga *post mortem* e no caso de embrião excedentário, o que propicia a indefinição do partilhamento da legítima, o que o novo Código Civil quer evitar. Eduardo de Oliveira Leite (Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do artigo 1597 do Código Civil. *In: Eduardo de Oliveira Leite (coord.) Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26-27) apresenta três soluções possíveis para o caso: a primeira seria no sentido de os filhos não herdarem por estarem fora do alcance do artigo 1.597, desde que desconsiderados seus incisos; a segunda seria no sentido de que os filhos seriam herdeiros legítimos desde que contemplados em testamento; e a terceira solução seria aplicar uma releitura no artigo 1.798 do Código Civil impondo um limite temporal às pessoas nascidas até dois anos após a abertura da sucessão. Resta considerar se não é um direito da personalidade do filho gerado por meio de reprodução humana assistida, saber quem é seu pai biológico, e se esse direito não se sobrepõe ao anonimato do doador ou aos interesses dos pais envolvidos, por ser um atributo da dignidade humana. A esse respeito, oportuna a citação dos seguintes julgados: “Paternidade. Ação de reconhecimento. O direito à paternidade verdadeira é atributo da dignidade humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e goza de primazia absoluta. Inoponibilidade de restrições ao acesso à ordem jurídica justa da pessoa que, inconformada com o reconhecimento voluntário contrário à verdade, busca adequação dos dados registrários à realidade existencial (artigo 348 do Código Civil e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Recurso provido.” (TJSP – Ap. Cível nº 117.644-4 – Mogi Guaçu, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 23.11.99, m.v.). “Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arts. 27 e 48 do ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (art. 227, § 6º). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigante ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o prosseguimento do processo com abertura da instrução. Apelo parcialmente provido, por maioria.” (TJRS – Ap. Cível nº 70014442743- Tramandaí, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 26.04.2006). O anonimato do doador deve ser respeitado, de acordo com o que prevê a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Entretanto, questiona-se se a resolução pode superar um direito da personalidade inerente ao ser humano que é o de ter uma descendência, seja biológica ou afetiva. De outra feita, não se pode obrigar o doador anônimo a assumir uma paternidade que não desejou. Assim, todo o terceiro que doa o material fertilizante, não deve ser conhecido do casal. Esta afirmação está consagrada no relatório Warnock (na Inglaterra) e tem sido a posição dominante. É o que decorre também da previsão da presunção de paternidade prevista no artigo 1.597 do novo Código Civil.

sexual entre pai e mãe. A carga genética do filho não coincidirá com a carga genética de seus pais, motivo pelo qual seu emprego deve ser desaconselhado, em razão dos inconvenientes de ordem psicológica.²⁶¹

A propósito, a introdução de uma pessoa na família, sem o patrimônio genético do marido, compromete a transcendência genética e pode gerar o arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, que pode sugerir a realização de um aborto, refletindo no direito à vida do embrião.

Nesse aspecto, é oportuno salientar que a vontade de procriar é do marido e não do doador do sêmen, logo, o arrependimento não terá o condão de afastar a paternidade socioafetiva do marido, salvo se provar que a fecundação adveio da infidelidade de sua mulher e de vício de consentimento.

²⁶¹ Bruno Lewicki (*O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida*. In: *Temas*, cit., p. 99-154) afirma: “É bastante provável que este seja o principal motivo que leve alguém a se submeter à verdadeira via crucis que costuma ser um tratamento numa clínica de fertilização: a busca de um mínimo vestígio biológico que o ligue ao filho.” Wanderby Lacerda Panasco (*A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro:Forense, 1979, p. 279) pondera: “Em nome deste mínimo vestígio biológico, era comum, nos primórdios da inseminação artificial, nos casos de insuficiência percentual de espermatozoides na ejaculação, a realização da mistura seminal: diluíam-se os líquidos seminais do marido e de um doador. Assim, restava a esperança de que o espermatozoide responsável pela fecundação havia se originado do marido.” Este tipo de inseminação, ainda, pode propiciar que transexuais ou homossexuais tenham filhos por meio desta técnica, o que, a propósito, é vedado em alguns países. Por isso, o Brasil pretende, com o Projeto de Lei nº 90/99, vedar o direito à reprodução assistida à mulheres solteiras e a casais homossexuais, admitindo-o apenas para casais ou conviventes. No entanto, referido projeto esbarra no texto constitucional que protege e reconhece a família monoparental, formada por um dos genitores e seu filho. Assim, proibir que mulheres solteiras se utilizem desta técnica de reprodução assistida, por serem solteiras, não seria uma justificativa plausível face ao texto constitucional. Quanto aos homossexuais, este trabalho não é próprio para discutir a questão que demanda um estudo separado.

Por isso, a anuência expressa e prévia à inseminação heteróloga, pode ser a saída para enfrentar os problemas relacionados ao arrependimento do marido, que pode levar a um aborto ou ao descarte do embrião, impossibilitando que o embrião nasça com dignidade.²⁶²

Andrew C. Varga, ao referir-se à fertilização com gametas de doadores, expõe e argumenta que: “A inseminação artificial, realizada com espermatozoides do marido, obtido com a participação da esposa e com a finalidade de atender a um desejo de procriação por parte de ambos, o

²⁶² Se a inseminação artificial heteróloga se deu sem a anuência do marido, este poderá impugnar a paternidade. Se com sua autorização, o marido não poderá impugnar a paternidade a que assumiu, conforme previsto também na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. A esse respeito, oportuna a transcrição do seguinte julgado: “Negatória de paternidade. Nulidade de registro de nascimento. Alegação de indução em erro. Inseminação artificial heteróloga. Legitimidade ativa dos herdeiros colaterais. Legitimidade ad causam de quem tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade do registro de nascimento. Ação que tem por base erro em que o pai foi induzido ao registrar o filho que pensava ser fruto de inseminação artificial heteróloga. Necessidade de se permitir o prosseguimento do feito, para eventual produção de prova de vínculo afetivo. Inexistência de prescrição. Sentença cassada. Apelo provido para determinar prosseguimento ao feito. (TJRS – Ap. Cível nº 70011878899 – Gravataí, Relatora Des. Maria Berenice Dias, j. 14.09.2005). Mônica Sartori Scarpato (*Fertilização*, cit., p. 73-82) noticia: Na Suécia, a lei de 1º de março de 1985 protege crianças fruto de inseminação artificial homóloga advindas do casamento ou da união estável. Na inseminação artificial heteróloga, desde que haja autorização expressa do marido, ele será o pai legal da criança, não podendo contestar a paternidade após a fecundação. Assim também está previsto na legislação portuguesa, no artigo 1.839, n. 3, do Código Civil português, não sendo permitida a impugnação da paternidade ao cônjuge que consentiu na inseminação artificial. Em Portugal, o Decreto-Lei nº 319 de 5 de setembro de 1986 regula a atividade referente à procriação artificial humana. Naquele país, os procedimentos devem ser realizados por um médico ligado ao organismo público ou privado, sob a autorização do Ministério da Saúde, sendo dispensada a autorização quando a inseminação for a homóloga. Em junho de 1990, o parlamento português aprovou a criação do Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida, visando analisar os problemas morais advindos do progresso científico, emitir pareceres. A legislação francesa, Lei de 29 de julho de 1994, também dispõe dessa forma. (Eduardo de Oliveira Leite. *Bioética*, cit., p. 30). Heloisa Helena Barbosa. (*Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord). *Grandes temas da atualidade*, cit, p. 155) ensina que tal disposição é corroborada pelo princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º) que gera presunção absoluta conducente à certeza da parentalidade e à impossibilidade jurídica de admitir a impugnação da paternidade por aquele que anuiu na inseminação artificial heteróloga. A mesma autora (*Direito à procriação*, cit., p 155) ensina: “(...) Embora não se tenha regulamentado a autorização do marido para a inseminação heteróloga de sua mulher, forçoso é concluir ser a mesma irrevogável, não se aplicando à hipótese o disposto no artigo 1.601 que confere ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, mediante ação imprescritível, sob pena não só de se contrair o intuito do legislador – assegurar a paternidade, como de se afrontar os citados mandamentos constitucionais.”

qual, não satisfeitos, constitui motivo de frustração e sofrimento, não fere os princípios éticos fundados no próprio direito natural, nem os costumes, legitimamente reconhecidos. Diversa, porém, é a inseminação heteróloga, i. e., realizada com esperma retirado de doador estranho, e por várias razões: 1 – porque contraria a estrutura básica do matrimônio, fonte única e legítima da filiação; 2 – porque introduz, numa família, um ser formado sem o patrimônio genético correspondente ao do marido e do seu tronco genealógico e que, realizado sem o consentimento deste, equipara-se ao adultério; 3 – porque é inconveniente, numa família, um indivíduo sem as características do cônjuge masculino; 4 – porque cria um verdadeiro negócio, compra de esperma ou tráfico de agente criador de vida, que só deveria ser utilizado como doação, complemento de uma união baseada no amor e com a obrigação de criar e educar o filho; 5 – porque estimula a organização de um armazenamento de espermatozoides para o atendimento dos diversos pedidos, i. e. de uma verdadeira espermateca; 6 – porque pode provocar situação grave; quando o doador procura conhecer o filho e explorar o fato; 7 – porque a mãe, também, pode querer conhecer o pai extramatrimonial de seu filho; 8 – porque não elimina, totalmente, a possibilidade de chantagem por parte dos técnicos e funcionários do serviço de inseminação; 9 – porque o arrependimento do marido pode ocorrer depois da realização da fecundação artificial ou do nascimento, acarretando graves problemas; 10 – porque poderá haver repulsa do cônjuge masculino em relação ao filho do doador, e do filho em relação ao suposto pai, se descobrir a inexistência da paternidade alegada.”²⁶³

²⁶³ Andrew Varga. *Problemas de bioética*. São Leopoldo:Unisinos, 1982. In: Mônica Sartori Scarparo.

Todas estas questões merecem uma detida reflexão da sociedade por envolverem questões éticas e relativas à necessidade de procriar e de perpetuar a espécie.

Embora o casal infértil, pela necessidade de perpetuação da espécie, tenha o direito de procriar, os direitos do embrião a ser gerado pela inseminação artificial heteróloga devem ser resguardados.

264

Outro aspecto que influencia no direito à vida do embrião, é o anonimato do doador, conforme previsto no nº IV 3 e 4 da Resolução nº 1.358/92. Assim, para evitar que a mãe queira conhecer o doador do material genético, lícito se faz que, ao assinar o contrato com a clínica, a mãe tenha toda a ficha técnica do doador, com todas as suas características genéticas, apenas sem a revelação de sua identidade, o que se justifica na hipótese de o embrião necessitar de um tratamento para salvar a sua vida. Ademais, a identidade genética é um direito da personalidade, como será visto logo mais.²⁶⁵

Fertilização, cit., p. 18-23.

²⁶⁴ A criança que irá nascer possuirá 50% (cinquenta por cento) da carga genética da mãe. Por isso, a alegada dessemelhança da criança com o pai, levantada por Andrew Varga não é um empecilho para que se realize a técnica da fertilização heteróloga, pois inúmeras crianças geradas com material genético proveniente do pai e da mãe não são parecidas com o pai ou com a mãe. Logo, esta seria uma situação irrelevante. Ademais, o verdadeiro sentido da paternidade é o afetivo. É fato que muitos pais biológicos abandonam seus filhos, ou, por vezes, não querem nem conhecê-los. Então, porque não admitir que um homem possa amar uma criança que não possui o seu patrimônio genético, muitas crianças são criadas por padrastos ou são adotadas?

²⁶⁵ Nº IV.3 da Resolução nº 1.258/92: "Obrigatoriamente, será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade Civil do doador." Nº IV.4 da mesma Resolução: "As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular de doadores."

Por isso, Paulo Luiz Netto Lobo entende que a filiação advém da afetividade entre pais e filhos e que não se relaciona com o direito à identidade genética, enquanto direito da personalidade e ensina que: “o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade ou para contestá-la, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-la.”²⁶⁶

Na seqüência desse raciocínio, Maria Helena Diniz entende que a origem genética é um direito da personalidade da pessoa advinda da inseminação artificial heteróloga, bem como o direito de saber a história da saúde de seus parentes consangüíneos para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental ou de evitar incesto e não gera direito à filiação, nem alimentar e tampouco o sucessório.²⁶⁷

²⁶⁶ Paulo Luiz Netto Lobo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista brasileira de direito de família*, 19:133-56.

²⁶⁷ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 566. Eduardo de Oliveira Leite (*Bioética*, cit., p. 21) ensina que: “(...) A paternidade não se estabelece exclusivamente sobre um suporte biológico, como sempre se entendeu, mas também sobre um suporte psicossocial. Diante do novo quadro que começa a se esboçar os adágios *mater semper certa est* e *pater semper incertus est* tornam-se relativos conduzindo o jurista e os aplicadores da lei a se interrogar sobre a validade de certos princípios tidos como adquiridos.”, e que: “As novas técnicas de reprodução humana assistida revelam a fragilidade da verdade biológica e genética, conquistas decorrentes da consagração dos exames de DNA, e revelam a validade de novos princípios informadores da relação paterno-materno-filial, como é o caso da verdade afetiva.” Por isso, atualmente, o critério biológico revela-se insuficiente para se fazer uma abordagem sobre filiação, pois vigora, em reprodução humana assistida, a paternidade de intenção, baseada na afetividade. Paulo Luiz Netto Lobbo (Princípio jurídico da afetividade na filiação. *In*: Renata Raupp Gomes. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. *In*: Eduardo de Oliveira Leite (coord). *Grandes temas da atualidade*, cit., p. 347) ensina que “O paradigma da afetividade se faz presente na família constitucional, transparecendo como o valor por excelência que deve imperar nas relações familiares, seja em sede de união estável, da própria sociedade conjugal (igualitária e

Este tipo de reprodução humana assistida gera, ainda, a possibilidade de efetivação de negócios lucrativos com a criação de banco de sêmen para compra e venda de esperma, o que deve ser vedado, pois a doação deve conter caráter de liberalidade, sem visar lucro, bem como diante da possibilidade de se criar a indústria de formação do ser humano, o que fere o princípio da dignidade humana e o direito à vida do embrião.

No próximo subitem, far-se-á considerações sobre a fertilização *in vitro* e seus efeitos jurídicos.

3.4. A fertilização *in vitro* e seus efeitos jurídicos

A fertilização *in vitro* propicia a manipulação dos gametas fora do útero materno, e, por isso, deve respeitar os direitos da personalidade e a dignidade do embrião.²⁶⁸

Pode ser homóloga ou heteróloga, assim como a inseminação artificial. Da mesma forma, essa técnica de fecundação, abrange seríssimas questões ético-jurídicas, notadamente na modalidade

democrática) ou de filiação. A igualdade constitucional entre filhos biológicos e adotivos acaba por desmentir a preponderância do vínculo genético sobre o afetivo, assim como a concepção de família reconhecida às organizações monoparentais as equipara à tradicional família bilinear, provando que o que se deseja concretizar em matéria de projeto familiar e social é pautado por um modelo pluralista e, sobretudo, fundado no afeto.”

²⁶⁸ Eduardo Zanoní (*Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Buenos Aires, 1978, p. 19-22.) noticia: Certa vez, um biólogo italiano manteve um embrião vivo na proveta por quase sessenta dias para acompanhar a evolução das células que poderiam originar leucemia e câncer. A experiência só foi interrompida a pedido da igreja católica.

heteróloga, como, por exemplo, o desrespeito ao direito do filho de ser concebido naturalmente, falta de anuência do marido para a utilização de sêmen de doador, a forma de disposição do material fertilizante, a possibilidade de uma criança nascer de genitor morto, riscos à saúde da doadora do óvulo por se submeter às técnicas desgastantes de superovulação, riscos para o embrião com a elevada carga de hormônios ingeridos pela doadora, obtenção imoral do sêmen, arrependimento do casal etc., conforme será analisado em seguida.

No caso de óbito do casal encomendante, antes da introdução do embrião no ventre materno, qual seria a solução a ser dada ao embrião? Seria ele herdeiro dos pais?

Como este trabalho pretende seguir a linha de que o início da vida se dá a partir da concepção, então a resposta seria positiva. O embrião, ainda não implantado no útero da mãe, havendo o falecimento dos pais, porque tem personalidade, e é equiparado ao nascituro, tem direito à herança de seus pais e o direito de vir a nascer.

Por isso, o embrião, neste caso, deve ser implantado num útero substituto, a fim de que nasça e possa adquirir capacidade de direito e, depois, de fato, tão logo complete a maioridade, ou pela representação ou pela assistência.

A esse respeito, Maria Helena Diniz ensina sobre “ A questão da determinação do começo da vida e da personalidade jurídica. Há

quem ache que a vida se inicia com a nidação, logo, embrião não implantado não é pessoa; outros, como Ian Wilmut e Rita Levi Montalcini, entendem que, por ser 'potencialidade de uma vida', sua conversão em pessoa dá-se quando o sistema nervoso é ativado e os órgãos começam a funcionar, o que ocorre pelo menos 14 dias após a concepção. A personalidade jurídica material pela lei inicia-se do nascimento com vida, mas a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção; logo, o fator determinante do momento da existência do ser humano será a concepção, ou seja, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, instante em que se inicia a sua personalidade jurídica formal. O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado de alma intelectiva e de instintos. Os cientistas descobriram que os genes responsáveis pelo crescimento 'hox', atuam, no ser humano, com grande velocidade nos primeiros dias da concepção, cumprindo a fantástica tarefa de estabelecer a estrutura do corpo: a cabeça, os membros e os órgãos. Assim sendo, o embrião, por ter carga genética, é um ser humano *in fieri*, merecendo proteção jurídica, desde a concepção, mesmo quando ainda não implantado no útero ou crioconservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto).²⁶⁹

Esse entendimento se aplica, também, em se tratando de embrião oriundo de fertilização *in vitro* heteróloga, pois há a primazia da paternidade institucional e socioafetiva em detrimento da biológica,

²⁶⁹ Maria Helena Diniz. *O estado atual*, cit., p. 578.

uma vez que o doador faz a doação de maneira impessoal, sem a intenção de ter um filho.

Não se pode negar que a reprodução humana assistida *post mortem* traz diversas complicações ético-jurídicas, pois a criança nasce de um pai morto ou de mãe morta, portanto, há a necessidade de a lei estabelecer, de forma mais precisa, os meios pelos quais se pode praticar tal reprodução e quais seriam os direitos do filho.

Na hipótese de a fertilização *in vitro* ser heteróloga, o doador do sêmem ou a doadora do óvulo podem pretender reconhecer o filho fazendo com que a criança fique com dupla paternidade, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Assim, a solução seria vedar qualquer tipo de reivindicação neste sentido, uma vez que os doadores, ao renunciarem aos direitos sobre a criança, aceitaram que ela não fosse sua institucionalmente.

Nesse sentido, o anonimato do doador, do receptor do material genético e da que cedeu o ventre traz graves problemas, como a violação do direito de identidade da criança e a possibilidade do incesto, e conseqüente degeneração da espécie humana. Por isso, deve-se revelar ao filho os antecedentes genéticos do doador sem, contudo, revelar a sua identidade ante a exigência do sigilo profissional.²⁷⁰

²⁷⁰ O Estado de São Paulo (06.11.2005, p. A27) noticia: “Usando nada mais do que um *swab* (haste para coleta de materiais) com saliva e a internet, um rapaz de 15 anos rasterou seu anônimo pai doador de esperma, segundo detalhes divulgados na revista britânica *New Scientist*. Ao enviar um *swab* com amostra retirada de dentro de sua bochecha para testes genéticos, o adolescente usou sites de pesquisa

A fertilização *in vitro* propicia, ainda, que o embrião fertilizado na proveta seja introduzido num “útero de substituição” ou barriga de aluguel, técnica de medicina reprodutiva que chegou ao Brasil nos anos noventa, e deu às mulheres a possibilidade de gerar filhos em úteros emprestados. De todas as técnicas de reprodução assistida esta é a mais extremada, em razão dos vínculos afetivos que gera.

A princípio, a maternidade é daquela que deu à luz, então, crianças geradas por barriga de aluguel ficariam anos sem registro, até que se provem quem são os pais biológicos, e o problema mais grave verificar-se-ia se a pessoa que emprestou o útero, pleiteiasse a maternidade.²⁷¹

Por isso, o Conselho Federal de Medicina do Brasil, na Resolução nº 1.358/92, VII, permite o método do útero de substituição, desde que a mãe biológica tenha contra-indicações médicas absolutas para engravidar, ou não tenha útero, ou possa morrer ao enfrentar

genealógica para rastrear seu pai ao procurar por um homem com cromossomo Y compatível, pois este é o transmitido pela linhagem masculina. Esse trabalho detetivesco terá implicações importantes para homens que doaram o esperma na condição de anonimato e esperam que sua identidade permaneça secreta. A notícia deve causar um aumento das tentativas de outros filhos de doadores de achar os pais genéticos...”

²⁷¹ O Estado de São Paulo (agosto de 2005, caderno A- Vida) noticia: “O Brasil tem cerca de 100 clínicas de reprodução humana assistida, 50 delas espalhadas pelo estado de São Paulo. Todas oferecem a sorte grande de driblar a infertilidade com tipos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*. Pelos efeitos que provoca nos envolvidos, o útero de substituição é o mais radical. Por R\$ 14 mil, em média, os médicos implantam no ventre de uma mulher o embrião formado com o óvulo de outra. Depois da gestação, a mãe biológica pega o seu bebê e leva para casa. A que gestou sai da maternidade de mãos vazias e feliz por ter ajudado. No entanto, a partir do nascimento, as pessoas que participaram do processo passam a ter vínculos sem volta. O útero de substituição é o mais complexo método de reprodução assistida. Outras técnicas, como a inseminação de mães solteiras envolvem doadores anônimos. Nesse caso, não. A mulher conhece quem está gerando seu filho e isso traz uma relação emocional complicada”, diz o especialista Edson Borges Jr., diretor do Fertility Centro de Fertilização Assistida.”

uma gestação.²⁷² Além disso, é necessário haver parentesco de até segundo grau dos pais biológicos com a pessoa que irá emprestar o útero, caso contrário é preciso requerer autorização para o Conselho Federal de Medicina.

Além disso, o Projeto nº 90/99 pretende regulamentar a fertilização, para que seja feita somente por casal encomendante, que só poderá se utilizar por duas vezes do material fertilizante.

Outra questão polêmica é o desejo de obtenção de lucro com a comercialização de espermatozóides para fertilização *in vitro* heteróloga, com a criação de banco de sêmen formado por espermatozóides doados por modelos, gênios, e doadores que já haviam sido agraciados com o prêmio Nobel.²⁷³

Mas esse seguramente não é o enfoque correto que se deve dar à reprodução humana assistida, vez que esta não pode ser utilizada para propiciar a seleção de raça, o que caracterizaria o “racismo genético.” Ao contrário, a reprodução humana assistida só pode ser utilizada para driblar a infertilidade do casal.

²⁷² Álvaro Petracco e outros. Bioética e reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord.). *Grandes temas*, cit., p. 7.

²⁷³ A este respeito confira Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Brasília: Ed. UnB, 1996, p. 70. Em 1980, Robert K. Graham, um rico homem de negócios da Califórnia, iniciou a coleta de esperma de cientistas ganhadores de prêmio Nobel e ofereceu-o a jovens mulheres com alto Q.I.. William Shockley, que ganhou o prêmio Nobel de física em 1956, admitiu publicamente ter contribuído para este banco de esperma” (Andrew C. Varga. *Problemas*, cit., p. 91, citando reportagem da revista *Time* de 10 de março de 1980, intitulada “*Superkids*”).

Em respeito ao direito à vida do embrião, não se pode tolerar sua comercialização, sua utilização como meio e como objeto para atingir fins lucrativos. Por isso, é necessário um cuidado especial com a problemática dos embriões excedentes.

3.5. Os embriões excedentes, excedentários ou supranumerários

“A prática cotidiana da fecundação *in vitro* conduziu à superovulação (estimulação ovariana tendente ao crescimento de diversos folículos durante um ciclo), à coleta de 4 (quatro) óvulos, 2 em média, por mulher. (...) Para evitar o risco de gravidezes múltiplas as equipes médicas limitam o número de embriões transferidos a 3 ou 4, de forma que sempre restam embriões excedentários.”²⁷⁴

Sendo assim, o número excedente de embriões, que não é destinado a imprimir a gravidez à mulher, fica congelado, resistindo o problema na destinação que lhes é dada, como a utilização para fornecimento de células-tronco, o seu descarte, sua doação ou crioconservação.²⁷⁵

A nova lei de biossegurança, em seu artigo 5º, e incisos I e II, autoriza a utilização de células-tronco dos embriões excedentários, para fins de pesquisa e terapia.²⁷⁶

²⁷⁴ Eduardo de Oliveira Leite. *Bioética*, cit., p. 34. Referida limitação decorre de determinação do Conselho Federal de Medicina, prevista na Resolução nº 1.358/92, nº I.6.

²⁷⁵ Bruno Lewicki. *O homem construtível*, cit., p. 99-154. Álvaro Petracco (*Bioética*, cit., p. 5) informa: “No Brasil, a doação de embriões é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), desde que se mantenha o anonimato e não haja fim lucrativo.”

²⁷⁶ É o que se extrai do artigo 5º, incisos I e II da Lei de biossegurança, nº 11.105/2005: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos

Mas essa previsão legal não pode prosperar, tendo em vista o que afirma Maria Helena Diniz: “Do ponto de vista da ética, o embrião é um ser humano potencial, desde o momento da fecundação. Tem dignidade e merece respeito. Portanto, sua destruição é indefensável e a manipulação a que pode ser submetido deve ser limitada, sendo aceitáveis somente procedimentos que sejam benéficos (terapêuticos), o que é difícil determinar neste momento. A doação deve ser considerada adoção pré-natal. O uso em pesquisa contraria as normas e diretrizes em seres humanos, desde o Código de Nuremberg, que propõe o impedimento de experimentos cujo desfecho possível seja a morte. O congelamento destes embriões, com a finalidade de transferência em outros ciclos e com isto aumentar a chance de gravidez, ou com a finalidade de obter uma segunda gestação, também é passível de objeções. Porém, torna-se eticamente aceitável quando passa a ser a maneira destes embriões chegarem à vida. Esses embriões sejam ou não pessoas humanas atuais ou potenciais, vivem somente graças à ciência e à técnica. E a intenção é que vivam, ainda que se saiba que suas possibilidades certamente são limitadas.”²⁷⁷

A retirada de células-tronco de embriões é uma posição inaceitável, ante o raciocínio de que a vida tem início desde a concepção. Como o embrião já é um ser humano, com carga genética

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, congelados, na data da publicação desta Lei, depois de compeltarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.”

²⁷⁷ Alvaro Petracco. *Bioética*, cit., p. 4.

própria, sua personalidade já está protegida desde a concepção, estando ou não implantado no útero.

O uso de embriões excedentes ou o seu descarte, com todo respeito à comunidade médica, fere frontalmente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental que tem de vir a nascer.

Logo, o ideal seria fertilizar o número necessário de óvulos para obter uma gravidez, e não gerar excedentes. A rápida evolução da ciência é capaz de encontrar esta solução.

A propósito, a Inglaterra, há alguns anos, descartou 5.000 embriões deixados numa clínica de reprodução humana assistida, pois os contratos com as famílias já haviam expirado e ninguém queria os embriões.²⁷⁸ Tal atitude fere e agride frontalmente os direitos da personalidade desses embriões, configurando verdadeira prática do crime de homicídio, e é eticamente inaceitável.

²⁷⁸ Mônica Sartori Scarparo. (*Fertilização assistida*, cit., p. 73-82) afirma: Na Inglaterra o Warnock Report é o relatório que propõe medidas adequadas a respeito de procriação assistida. Dentre elas recomenda a criação de um estatuto que regulamente a atuação dos centros médicos que praticam a fertilização artificial, sendo o seu funcionamento obtido por meio de autorização especial e o controle exercido por um organismo específico com licença de cinco anos renovável; que a doação de óvulos e embriões receba autorização especial; que os embriões só possam ser utilizados para pesquisa com autorização dos doadores; que a clínica mantenha o anonimato do doador; que o limite para congelamento dos embriões não ultrapasse o prazo de dez anos. O Relatório Warnock veda a implantação na mulher de embriões já utilizados em pesquisas; veda a formação de seres híbridos; estabelece que a criança nascida de inseminação artificial seja tida como filha do casal, não cabendo ao doador do esperma nenhum direito sobre ela; sugere que os filhos devem ter o direito de conhecer as características genéticas de seus doadores, sem, contudo, poder identificá-los; que a criança gerada por inseminação artificial post mortem não tenha direito sucessório, mas somente direito a ser contemplada em testamento pelos seus pais.

Mas, no Brasil, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina proíbe a destruição dos embriões, admitindo a sua crioconservação, punindo administrativamente quem a infringir, abrindo processo administrativo junto ao Conselho Regional de Medicina.²⁷⁹

Sobre o destino a ser dado aos embriões, as soluções são das mais variadas, mas inconciliáveis: a igreja católica condena toda e qualquer pesquisa sobre o embrião, por considerar o embrião como pessoa desde o momento da fecundação; a ciência entende que o embrião, até um determinado estágio, não passa de um conjunto de células indiferenciadas, podendo ser utilizado para experiências; eticamente, o embrião é um ser humano em potencial desde o momento da fecundação, tendo direito ao respeito à sua dignidade com limitação das experiências a serem realizadas.²⁸⁰

Contrariando o entendimento de que o início da vida se dá a partir da concepção, o Projeto de Lei nº 90/99 autoriza o descarte de embriões excedentários, nos §§ 3º e 5º do artigo 9º, posição que merece críticas, tendo em vista os direitos da personalidade que devem ser respeitados de acordo com a sua dignidade.

²⁷⁹ Benedita Inêz Lopes Chaves. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000, p. 69 e s. É o teor do nº V – 2 da Resolução nº 1.358/92: “2 – O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.”

²⁸⁰ Eduardo de Oliveira Leite. *Bioética*, cit., p. 35.

3.6. O direito personalíssimo à vida do embrião e o início da vida

Para que a problemática envolvendo os direitos da personalidade do embrião, principalmente o direito à vida, seja solucionada, é necessário que se discutam dois aspectos: sua equiparação ao nascituro e o início da vida desde a concepção.²⁸¹

Para Rubens Limongi França, o nascituro é a pessoa que está por nascer já concebida no ventre materno.²⁸² Pessoa, no sentido de que o nascituro tem personalidade desde a concepção; que está por nascer, para diferenciá-lo das pessoas já nascidas; já concebido no ventre materno. Nesse último aspecto, a expressão – concebido no ventre materno - exclui o embrião pré-implantatório, enquanto *in vitro* ou crioconservado, isto é, ainda não implantado no útero de sua mãe.²⁸³

Para Mario Emilio F. Bigotte Chorão, “as categorias do direito e as formas de tutela jurídica têm de adaptar-se às verdadeiras realidades e circunstâncias da vida humana nascente e do ser embrionário, a lei do *ius* terá de aproximar-se da lei do *bios* e a

²⁸¹ Francisco da Silveira Bueno. (*Grande dicionário etmológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 6) explica que a palavra *nasciturus*, em latim, significa aquele que deverá nascer, que está por nascer. Laudelino Freire (*Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1975, v. 4) conceitua nascituro: Nascituro é adjetivo e substantivo masculino, cujo significado é: “aquele que há de nascer (falando-se dos seres concebidos e ainda não dados à luz).” Por sua vez, *Nascituru*., para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (*Novo dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira), é aquele “que há de nascer.”²⁸¹

²⁸² Rubens Limongi França. *Manual de direito civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 123, v. 1.

²⁸³ Rubens Limongi França. *Manual*, cit., p. 123, v. 1.

personalidade jurídica singular há de corresponder a toda pessoa humana em sentido ontológico.”²⁸⁴

Esse mesmo autor também considera que o personalismo jurídico vê na pessoa natural, tomada na plenitude de sua estrutura ontológica e dignidade axiológica, o alicerce da ordem jurídica.²⁸⁵

Assim, toda pessoa, inclusive o embrião, desde a concepção, está dotada de dignidade intrínseca e é necessariamente pessoa, no sentido jurídico, e sujeito de direito, tendo como direito fundamental, o direito à vida.²⁸⁶

Sobre a condição jurídica do nascituro há três correntes a serem analisadas: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista ou verdadeiramente concepcionista.²⁸⁷

Pela teoria natalista, a personalidade civil começa do nascimento com vida e tem grande número de adeptos, como Eduardo Espínola, Pontes de Miranda, Caio Mario da Silva Pereira e Ferrara. No entanto, esta teoria não explica porque o Código Civil resguarda os direitos do nascituro, não sendo, portanto, apta a explicar o momento em que se adquire a personalidade jurídica.

²⁸⁴ Mário Emílio Bigotte Chorão, O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito, p. 576, *in fine*. In: Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 100.

²⁸⁵ Mario Emilio Bigotte Chorão. Introdução ao direito, p. 63. In: Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Tutela civil*, cit., p. 100.

²⁸⁶ Mario Emilio Bigotte Chorão. *Introdução*, cit., p. 100.

²⁸⁷ Silmara J. A Chinelato e Almeida. Direitos da personalidade do nascituro. *Revista do Advogado* 38:21-30.

Afirmam os natalistas que antes de nascer o nascituro não é homem e não tem personalidade e que, no período entre a concepção e o nascimento, existe uma expectativa de personalidade.

Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda: “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 4º). No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.”²⁸⁸

A teoria da personalidade condicional reconhece a personalidade, desde a concepção, com a condição de nascer com vida. Essa teoria foi adotada por Clovis Bevilacqua, Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho e Planiol, mas não explica que os direitos da personalidade são absolutos, incondicionais, não dependentes do nascimento com vida.²⁸⁹

Essa teoria ampara-se nos seguintes fundamentos: desde a concepção o nascituro é protegido pelo direito como se já tivesse

²⁸⁸ Pontes de Miranda. *Tratado*, cit., p. 162.

²⁸⁹ Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Direitos*, cit., p. 22.

nascido, o direito penal pune o aborto, o direito processual civil autoriza a posse em nome do nascituro, o nascituro pode ser representado por um curador, é admissível o reconhecimento de filhos ainda por nascer, pode o nascituro receber bens por doação ou testamento.

A terceira corrente, preconizada por Silmara J. A Chinelato e Almeida é a concepcionista ou verdadeiramente concepcionista e sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida. Com isso, muitos dos direitos do *status* de nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, à representação.²⁹⁰

A mesma autora ensina também que: “Pelos estudos que temos feito desde 1982, observamos a tendência e proposta da melhor doutrina no sentido de se lhe reconhecer personalidade jurídica, por sua natureza humana inegável.”²⁹¹

Francisco Amaral afirma com propriedade: “Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa.”²⁹²

²⁹⁰ Silmara J. A Chinelatto e Almeida. *Direitos*, cit., p. 22. Sérgio Abdalla Semião. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 205-209.

²⁹¹ Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Tutela*, cit., p. 162. O Estado de São Paulo (13.06.2005, p. A16) noticia: Na Itália, os italianos começaram a votar em 12 de junho de 2005, no plebiscito sobre a lei de fecundação assistida, aprovada pelo Parlamento e considerada a mais restritiva da Europa, por vetar as pesquisas com células-tronco e equiparar os direitos do embrião aos do bebê.

²⁹² Francisco Amaral. *Direito civil. Introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 207-12.

Alguns autores dividem a teoria concepcionista em verdadeiramente concepcionista e concepcionista da personalidade condicional.²⁹³

A primeira, preconizada por Silmara Chinelato e Almeida, sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento, sem qualquer condição, por isso é também chamada de teoria incondicional. Referida teoria reconhece que a personalidade tem início com a concepção e manifesta-se quanto a não taxatividade dos direitos do nascituro, ou seja, podem ser reconhecidos outros direitos ao nascituro que não estão previstos expressamente no Código Civil.²⁹⁴

Maria Helena Diniz ensina que: “Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro, e na vida extra-uterina, tem o embrião personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa; Pacto de São José da Costa Rica, art. 4º, I), passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais (RT 593:258) e

²⁹³ Silmara J. A Chinelatto e Almeida (*Tutela*, cit., p. 63 e 80) ensina: O artigo 70 do Código Civil Argentino estabelece que o início da personalidade se dá desde a concepção. O Código Civil Espanhol, em seu artigo 29, fixa como início da personalidade o nascimento, embora haja várias outras previsões esparsas reconhecendo direitos aos nascituros. Código Civil italiano deu preferência à teoria natalista, em seu artigo 1º, embora haja vários projetos de lei para reconhecimento da personalidade do nascituro. O Código Civil Português em seu artigo 66 também estabelece que a personalidade tem início do nascimento com vida e que os direitos que são reconhecidos por lei aos nascituros dependem do seu nascimento. O Código Civil Alemão dispõe que a capacidade jurídica do homem começa do nascimento, condicionando alguns direitos ao nascituro se nascer com vida.

²⁹⁴ Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Tutela*, cit., p. 144-175.

obrigacionais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1800, § 3º). Já se decidiu que o nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais (RJTJRS, 217 :214). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial e obrigacional terá.”²⁹⁵

A doutrina concepcionista da personalidade condicional, preconizada por Clóvis Bevilacqua, reconhece a personalidade desde a concepção, mas com a condição de o nascituro nascer com vida.²⁹⁶

A personalidade que não se confunde com capacidade; não é condicional, mas apenas alguns direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação dependem do nascimento com vida, pois a segunda parte do art. 2º do Código Civil reconhece direitos e estados ao nascituro não do nascimento com vida, mas desde a concepção.²⁹⁷

O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios, zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto, representa um *continuum* do mesmo ser que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança à adolescente, de adolescente à adulto.²⁹⁸

²⁹⁵ Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

²⁹⁶ Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Direitos*, cit., p. 22.

²⁹⁷ É a íntegra do artigo 2º do Código Civil de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

²⁹⁸ Jérôme Lejeune, especialista em genética fundamental e Professor da Universidade René Descartes de Paris. In: Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Direitos*, cit., p. 26.

O Conselho da Europa, na Recomendação nº 1.046/86, nº 05, consigna: “Fin dalla fecondazione dell óvulo la vita umana si sviluppa in modo continuo, sicché no si possono fare distinzioni durante le prime fasi del suo sviluppo.”²⁹⁹

A partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide surge uma nova vida que se desenvolve sem parar, mantendo a mesma identidade genética, não sendo possível distinguir qual é a primeira fase dessa vida, ou estabelecer um início que não seja o da concepção.³⁰⁰

Ainda que gerado extracorporeamente, o embrião deve ser protegido quanto ao momento de definição de sua personalidade jurídica, quanto à sua significação como ser humano e quanto à sua integridade física.

Para que a questão relativa à coisificação do embrião seja solucionada de acordo com a ética, é necessário que se estabeleça a partir de qual momento se dá o início da vida, de modo que o embrião passe a ser sujeito de direitos.

No entanto, o conceito tradicional de nascituro, deve ser revisto diante das novas técnicas científicas que permitem a

²⁹⁹ Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Direitos*, cit., p. 26. Tradução própria: Finda a fecundação do óvulo, a vida humana se desenvolve de modo contínuo, não se podendo fazer distinção durante a primeira fase de seu desenvolvimento.

³⁰⁰ Recomendação nº 1.100/89 do Conselho da Europa.

conservação do embrião congelado. E é em razão dos avanços da ciência que há a necessidade de estabelecer o momento em que se dá o início da vida ³⁰¹ e, para explicar a questão, formaram-se várias correntes.

Adepto da corrente que entende que a origem da vida se dá quando o espermatozóide se une ao óvulo durante a concepção, Andrew C. Varga ensina que: “A maioria dos filósofos contemporâneos, de tradição aristotélica, sustentam que a forma substancial do homem, isto é, a humanidade está presente desde a concepção, porque somente a presença de uma causa especificamente humana pode explicar os efeitos humanos do

³⁰¹ Heloísa Helena Barboza (*Bioética e biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: Temas de biodireito*, cit., p. 28-34) afirma: “O estatuto jurídico do embrião é questão recentemente relançada pelas leis da bioética. A lei francesa deu-lhe proteção, mas não o reconheceu como pessoa humana, encaminhando, por consequência para a criação de uma terceira categoria. Pode-se perceber na atitude do direito positivo uma resistência ativa. Até 1994 o direito francês não se preocupava com o embrião, não o definia. Embora protegido, era uma coisa, já que não era pessoa. A personalidade surge com o nascimento com vida. Em 1976 um Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, proíbe a execução da pena de morte enquanto a mulher estivesse grávida. O destino da criança foi a partir de então dissociado do destino da mãe. Lei de 1975 garantira o respeito a todo ser humano desde o começo da vida.

...

A Corte de Apelação de Toulouse em 1987, em um caso de inseminação artificial com doador, e sem que fosse verdadeiramente necessário à solução do litígio, não hesitou em tomar partido sobre o interesse protegido, reconhecendo que a criança por nascer desde a sua concepção, isto é, o embrião, possui plenamente de forma virtual todos os atributos da pessoa humana. (...) A criança concebida é considerada nascida cada vez que se cuida de seu interesse. (...) No estado atual, a doutrina e a jurisprudência francesas entendem de forma majoritária que se tornam pessoas sob a condição suspensiva de nascerem vivas (e viáveis). (...) Acirrado debate se desenrola acerca da coisificação do embrião. Honlet observa que, na França, a questão se torna mais incerta diante de determinadas decisões que tendem a reconhecer o feto antes de nascer. Cita um julgado da Corte de Douai, de 1987, que considerou que a morte de um feto em seguida a um acidente de automóvel devia ser qualificada como homicídio involuntário. (...) Segundo Demogue, agora, mais do que nunca, a qualidade de sujeito de direito, pode ser conferida a uma coisa, até aos mortos ou à gerações futuras, se um interesse suficientemente forte se conecta: o substrato essencial aqui é o interesse protegido. Distingue esse último autor os ‘sujeitos de fruição’ (sujet de jouissance) dos ‘sujeitos de disposição’ (sujet de disposition), os primeiros podem fruir de um direito sem poder exercê-lo, diferentemente dos segundos.”

crescimento teleologicamente ordenados do *conceptus* para a criança desenvolvida, que é, indubitavelmente, um ser humano.”³⁰²

Elio Sgreccia, professor de bioética da Faculdade de Medicina e Cirurgia Gemeli, em Roma, filia-se à posição acima demonstrada entendendo que: “É um total erro dizer que a vida começa quando se forma o sistema nervoso. Poder-se-ia então dizer que a vida de uma criança começa quando ela nasce, ou quando começa a falar, ou quando vai à escola.”³⁰³

Prossegue o mesmo autor, na mesma obra, advertindo que a vida é um ato contínuo que começa, segundo a genética e a teologia, “no momento em que o óvulo materno e o espermatozóide paterno se unem num novo projeto ativo, inserindo um patrimônio genético.”³⁰⁴

Outra corrente preconiza a idéia de que a vida só tem início após o décimo quarto dia da concepção, e que até este momento seria lícito fazer pesquisas com o embrião.³⁰⁵

³⁰² Andrew C. Varga. *Problemas*, cit., p. 41.

³⁰³ Elio Sgreccia. *Una crescita di coscienza sui diritti dell'uomo. Il popolo*, Roma, 1990. In: Mônica Sartori Scarparo. *Fertilização*, cit., p. 41.

³⁰⁴ Elio Sgreccia. *Una crescita*, cit., p. 41. Rubens Limongi França (*Intuições*, cit., p. 50-4) critica aqueles que são adeptos da teoria da natalidade e ensina que falar do nascituro é o mesmo que falar da simples esperança de pessoa. Para o nascituro (aquele que, já estando concebido, há de ou deve nascer), a personalidade existe desde a concepção, porquanto a capacidade de direito, que lhe serve de medida, a partir do nascimento com vida apenas se generaliza. Logo, para o direito civil, impossível negar ao embrião a qualidade de pessoa, a quem se reconhece a capacidade de assumir direitos e deveres, excluindo-lhe apenas a capacidade de fato para praticar atos da vida civil por determinação própria. Prossegue o mesmo autor entendendo que “o nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O nascituro está para a criança assim como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa.”

³⁰⁵ Eduardo de Oliveira Leite. *Bioética*, cit., p. 35. No Canadá foi publicado um relatório abordando as questões colocadas no Relatório Warnock e abordou temas como o da inseminação artificial, o

Há, ainda, o entendimento de que não é lícito reconhecer a individualidade humana, enquanto não for atingido o estágio de oito células.

Nesse contexto, existe, ainda, a posição de que, somente após a nidação, que é o implante do embrião no útero materno, é que se pode falar em vida, pois, a partir desse momento, há a possibilidade de o embrião se desenvolver como um novo ser, o que não seria possível se estivesse congelado.

Preocupando-se com este aspecto o Conselho da Europa elaborou a Recomendação nº 1.100/1989 sobre o uso de embriões e fetos humanos na pesquisa científica, que estabelece a obrigatoriedade de haver um equilíbrio entre o princípio da liberdade da pesquisa e o respeito à dignidade inerente a toda forma de vida gerada pelo homem, preconizando que deve ser dada tutela jurídica ao embrião desde a fecundação do óvulo.

O pré-embrião é o embrião ainda não implantado no útero, enquanto *in vitro* ou crioconservado. O pré-embrião ou pré-nascituro, conforme define Silmara J. A Chinelato e Almeida, é uma pessoa *in fieri*, pois já dotado de carga genética própria, plenamente diferenciada quanto à do doador do sêmen e do óvulo.³⁰⁶

consentimento do marido, o controle do armazenamento dos embriões, o 14º dia como prazo para realização de pesquisas etc.

³⁰⁶ Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Direitos*, cit., p. 21 e 22.

Portanto, o embrião é, desde a fecundação, um ser humano e essa afirmação pode ser resumida em três características de seu desenvolvimento:³⁰⁷

A primeira característica se dá de forma coordenada, desde a fusão dos gametas. O genoma, conjunto de genes de cada célula, contém a programação do ser recém-formado desde as primeiras divisões celulares; o zigoto se comporta como uma unidade admirável. O zigoto e seus estágios posteriores não se comportam como um amontoado de células independentes, mas sim como um indivíduo que se impõe com a sua própria expressão genética, sua própria identidade. Uma lesão no genoma pode lesar definitivamente o homem adulto ou até gerar a morte do embrião.

A segunda característica do desenvolvimento é sua continuidade, visto operar-se de forma contínua e não haver mudanças no material genético.

A terceira característica do desenvolvimento é a gradualidade, pois a forma final do corpo humano se alcança gradualmente.

Logo, o embrião desde a fusão dos gametas não é um ser em potencial, mas um ser humano real.

³⁰⁷ Ângelo Serra S. J. Universidade Agostinho Gemelli – Roma. Centro de Bioética. O estado biológico do embrião humano: quando começa o ser humano? Congresso de Bioética da Universidade Católica “Agostinho Gemelli” (Roma). (In: Marília de Siqueira. *O início da vida e a medicina atual*. In: *A vida*, cit., p. 335-353).

A esse respeito, “a diversidade de técnicas médicas intra-uterinas, inclusive cirurgias, indica que a Ciência se preocupa com o nascituro, em qualquer fase de desenvolvimento, como ser autônomo e independente da mãe, procurando cada vez mais possibilitar-lhe o normal desenvolvimento, tendo por objetivo o nascimento perfeito.”³⁰⁸

O termo pré-embrião não é científico, mas discriminatório. Assim, o termo mais adequado para referir-se ao embrião, ainda não introduzido no útero, é embrião pré implantatório.

A intenção da utilização do termo pré-embrião por Mac Laren, membro do comitê inglês Warnock, é descaracterizá-lo como ser humano para justificar a manipulação genética de modo amplo.

Elio Sgreccia, Mário Emílio Bigotte Chorão (Universidade Católica Portuguesa) e Antonio Tarantino manifestam-se no sentido de compreender a humanidade do embrião pré-implantatório e sua natureza de pessoa humana.³⁰⁹

Entre os médicos, Jérôme Léjeune, premiado geneticista francês, descobridor das causas da síndrome de Down, demonstra em

³⁰⁸ Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Direitos*, cit. p. 27.

³⁰⁹ Elio Sgreccia. *Manual de bioética I - Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 1996; Mario Emilio Bigote Chorão. O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito. Separata da revista O Direito, ano 123, 1991, IV, Lisboa; Antonio Tarantino. *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro (coordinador)* – Studi Giuridici – sezione di Filosofia del Diritto e della Política, Università degli Studi di Lecce, 1. Ed., Milano: A Giuffrè, 1996. In: Silmara Juny de A. Chinelato e Almeida. *Bioética e dano pré-natal*, *Revista do Advogado* 58:62-77.

seus trabalhos que, desde a fecundação, a carga genética é plenamente diferente à do pai e à da mãe, sendo o nascituro, desde a primeira fase de evolução, ser individualizado.³¹⁰

O embrião é sujeito de direitos e deveres desde a concepção, esta é a posição demonstrada neste trabalho, tendo em vista que o início da vida se dá no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, esteja ou não implantado no útero materno.

Admitir o contrário, levaria a considerar como lícitas atividades de pesquisas científicas realizadas com embriões congelados, sua comercialização, ou sua utilização pela indústria cosmetológica. Logo, qualquer atividade no sentido de coisificar o ser humano é ilícita em qualquer estágio da vida da pessoa humana, pois há a primazia do princípio da dignidade humana em detrimento da ciência.

O direito constituendo poderá considerar como nascituro o pré-embrião implantatório, que poderá ser denominado de nascituro pré-implantatório, o que não lhe retira a qualidade de ser humano. No entanto, enquanto a lei não se manifesta a respeito deste instituto jurídico, nascituro pré-implantatório, o intérprete do ordenamento jurídico, o aplicador da lei deverá se utilizar dos meios de integração das lacunas do direito para suprir essa falha.³¹¹

³¹⁰ Jérôme Léjeune. *Genética humana e espírito*. Conferência proferida no Senado Federal no dia 22.08.91. Publicação do Senado Federal, Brasília, 1992. In: Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Bioética*, cit., p. 65.

³¹¹ Nos Estados Unidos da América já houve decisão no sentido de conferir à mulher divorciada o direito a ficar com os embriões congelados, o que foi um meio de se garantir o direito à vida aos embriões crioconservados e o direito à maternidade por meio de fertilização assistida à mulher divorciada. Isto ocorreu em 1989 com a decisão de um juiz da cidade de Memphis, no Tennessee.

Assim, ao aplicar os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o magistrado poderá reconhecer a personalidade do nascituro pré-implantatório, por analogia à proteção que o Código Civil confere ao nascituro,³¹² agindo com eqüidade.

Há necessidade de a legislação pátria prever expressamente a equiparação do pré-embrião ao nascituro para que ambos se incluam no conceito de nascituro. Referida equiparação, para efeito de proteção dos direitos da personalidade, está prevista no Projeto de Lei nº 6.960 de 2002.

A este respeito, Francisco José Cahali ensina que: “Porém, inadvertidamente, optou o legislador de 2002 por admitir, para efeito de presunção de paternidade, a filiação havida por fecundação homóloga e através de embriões excedentários também decorrentes da concepção homóloga, mesmo após a morte do marido (Artigo 1.597, III a V). Nesse contexto, embora a contragosto, concluímos terem os filhos assim concebidos o mesmo direito sucessório que qualquer outro filho, havido pelos meios naturais. E estaremos diante do tormentoso problema quando verificado o nascimento após anos do término do inventário, pois toda a destinação patrimonial estará comprometida.”³¹³

³¹² A denominação nascituro pré-implantatório foi apresentado por Silmara J. A Chinelato e Almeida no artigo *Bioética e dano pré-natal*, cit., p. 62-77.

³¹³ Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 132, vol. 6.

Desta forma, enquanto não promulgada lei específica, o aplicador da lei deverá reconhecer os direitos da personalidade do embrião, implantado ou não, equiparando-o ao nascituro, para estar de acordo com o Código Civil brasileiro, artigo 2º.

Assim, o início da vida se dá a partir da concepção e, sob este aspecto, o embrião é pessoa e tem direitos da personalidade, tanto que qualquer dano causado ao embrião está adstrito ao instituto da responsabilidade civil, podendo gerar o dever de reparação, como será abordado a seguir.

3.7. Responsabilidade civil por dano ao embrião

O reconhecimento do direito à vida do embrião desde a concepção, implica na responsabilização de qualquer ato ilícito que atinja a sua integridade física, ainda no momento da vida intra-uterina.

314

O dano moral causado ao embrião é objeto de decisões judiciais no sentido da concessão da indenização, o que corrobora o fato de o início da vida se dar desde a concepção, e não a partir do nascimento com vida. A propósito, no caso de morte do embrião por acidente sofrido pela mãe, “a indenização pela morte do nascituro pode ser sustentada quer sob o fundamento da transmissibilidade do

³¹⁴ Maria Helena Diniz. O estado., cit., p. 127-8.

dano moral causado aos pais, como direito próprio, para os que não reconhecem a personalidade.”³¹⁵

Assim se dá com a prática do aborto e com relação à utilização do avanço da ciência para a realização de cirurgias intra-uterinas, e de exames para averiguação de moléstias no embrião, que devem ser realizados com toda diligência possível, a fim de evitar danos à sua integridade física, evitando sua morte prematura, por exemplo.

A esse respeito, os exames e as cirurgias intra-uterinas estão cada vez mais modernos e eficazes, mas devem ser realizados com diligência por profissionais qualificados, no sentido de evitar dano ao direito à vida do embrião.

A título de exemplo, podem ser citadas diversas técnicas intra-uterinas no sentido de averiguar se o embrião tem alguma moléstia ou para corrigi-las, tais como: a cirurgia para correção de obstrução na bexiga (uropatia obstrutiva), para correção da hérnia de diafragma (impede o desenvolvimento do pulmão), a drenagem do cérebro por meio de cateteres, para a hipótese de hidrocefalia e a cordocentese (coleta de sangue do feto através da punção do cordão umbilical, para detectar doenças).³¹⁶

³¹⁵ Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Bioética e dano pré-natal*, cit., p. 72.

³¹⁶ Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Bioética e dano pré-natal*, cit., p. 72.

O embrião, por ser pessoa, no sentido biológico e jurídico, tem, ainda, direito à integridade física, independentemente da de sua mãe, e, por isso, tem direito a receber tratamento adequado à sua moléstia, ainda na fase intra-uterina.

Assim, a mãe não pode se negar a realizar exames, intervenções médicas que dissolvam medicamento no líquido amniótico, a ingerir medicamento adequado ou a receber a transfusão de sangue, em razão de objeções religiosas, por exemplo, pois o direito à vida do embrião está acima do direito à liberdade religiosa dos pais.³¹⁷

No caso da fertilização assistida *in vitro*, o direito à vida do embrião deve ser resguardado para que este não sofra deformações, traumatismos, intoxicações etc.

A esse respeito, é importante ponderar que as clínicas de reprodução assistida devem ter o controle da qualidade do material genético a ser utilizado na fertilização.

Do mesmo modo, o médico também tem o dever de tomar os devidos cuidados, através do diagnóstico genético, na escolha do material genético, sob pena de eventuais falhas influenciarem diretamente no direito à vida saudável do embrião, ensejando o dever de indenizar.

³¹⁷ Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Bioética e dano pré-natal*, cit., p. 73.

Com relação ao nascimento de bebês com malformação, o médico só poderá ser responsabilizado se não agiu com a cautela necessária no momento de fazer a seleção do material fertilizante, pois é difícil evitar problemas durante a gravidez, mesmo que ela tenha se dado por métodos naturais.³¹⁸

Assim, as clínicas de reprodução humana assistida e os médicos devem o total respeito à dignidade humana do embrião, sob pena de serem responsabilizados por atos ilícitos praticados em detrimento de seu direito à vida.

A propósito, é oportuno ressaltar que entre a clínica de fertilização assistida e o casal é celebrado contrato de prestação de serviços médicos regido pela Lei nº 8.078/90, que é o Código de Defesa do Consumidor.

Como exemplo, há a responsabilidade civil e penal médica hospitalar por danos morais e patrimoniais na fertilização humana assistida, decorrente de defeito apresentado pelo material fertilizante utilizado, como provocação de retardamento mental ou de qualquer outra anomalia, falha de equipamento, erro do profissional.³¹⁹

³¹⁸ Maria Helena Diniz. Questões jurídicas da fertilização assistida. In: *Escola Superior do Ministério Público. Caderno jurídico*, 02:38-49.

³¹⁹ Elimar Szaniawiski (Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord.). *Grandes temas da atualidade. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183) noticia que “O periódico médico *The New England Journal of Medicine* traz diversos estudos sobre a matéria, demonstrando que as crianças nascidas a partir da fertilização *in vitro*, (FIV) e pela técnica denominada ICSI, podem nascer com alta probabilidade de problemas de saúde, distúrbios neuromusculares, paralisia cerebral, entre outras.”

Nesse caso, a clínica responde pelos danos produzidos aos pais e ao embrião, pois caracteriza-se o inadimplemento de uma obrigação de resultado, com a subtração do direito a uma boa qualidade de vida do indivíduo que acaba de nascer.

A esse respeito, Daisy Gogliano assevera que: “(...) Defeso se torna ao médico empregar qualquer método que diminua a resistência física ou mental de uma pessoa, exceto por indicação estritamente profilática e terapêutica, determinada pelo interesse do paciente, e aprovada pro junta médica. Assim, os casos não previstos e que não estão legitimados por essa indicação terapêutica, obviamente, não se incluem no estado de necessidade.”³²⁰

Na prática da fertilização assistida a obrigação do médico é de meio, uma vez que o médico deverá se utilizar de todos os meios possíveis para combater a infertilidade e possibilitar a ocorrência da gestação.³²¹ De outro modo, se o médico prometer algum resultado à paciente e não alcançá-lo, a obrigação deixa de ser de meio e passa a ser de resultado.

Vale dizer que, em se tratando da hipótese de profissional liberal, a responsabilidade do médico é subjetiva, baseada na culpa, devendo a vítima comprovar a imprudência, negligência ou imperícia do agente causador do dano para que este possa ser

³²⁰ Daisy Gogliano. Exames médicos e direitos da personalidade. In: *Enciclopédia Saraiva de direito*, vol. 28, p. 317.

³²¹ Gustavo Tepedino. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista trimestral de direito civil*, 2:41-75.

responsabilizado, conforme dispõe o artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor.³²² Sem prejuízo da ação judicial cabível, os médicos poderão sofrer processo administrativo perante o Conselho de Medicina.

Há casos, porém, em que a responsabilidade da clínica, e não do médico, profissional liberal, é objetiva, ou seja, gera o dever de indenizar com base na teoria da responsabilidade objetiva. Em se tratando de ato ilícito ao qual a clínica deu causa, a responsabilidade será objetiva, prescindindo da prova da culpa do agente causador do dano para que a vítima seja indenizada.³²³

É por isso que as clínicas, ao celebrarem contratos de prestação de serviços com seus pacientes, incluem cláusula alertando para a impossibilidade de garantir que a paciente engravide, em decorrência do tratamento proposto, tendo em vista que inúmeras circunstâncias poderão determinar o insucesso do resultado.³²⁴

Como, neste aspecto, o contrato da clínica é de meio e não de resultado, a inocorrência da gravidez não geraria o dever de indenizar a paciente.

³²² Bruno Lewicki. *O homem*, cit., p. 126-154.

³²³ Nos Estados Unidos da América uma clínica de reprodução humana assistida foi processada e responsabilizada pelo fato de ter usado sêmen de um desconhecido e não do falecido marido de uma senhora, fazendo com que nascesse uma criança negra.

³²⁴ Jacques Testart (*A fertilização artificial*. São Paulo: Ática, [s/d], p. 29-34) faz uma breve exposição de alguma das causas mais comuns para a hipofertilidade, e conclui afirmando que, mesmo realizando-se todos os exames e investigações necessários, acontece, para mais de um casal em cada dez que se consultam, que nenhuma explicação conclusiva pode ser encontrada.”

No contrato, ainda, deve ficar claro o dever de informação do médico de comunicar ao paciente os riscos, vantagens e desvantagens das técnicas que serão utilizadas, explicando todas as suas conseqüências.

O médico deve, inclusive, ser responsável ao proceder ao diagnóstico da infertilidade do paciente, recomendando métodos mais drásticos somente quando a infertilidade for incontornável.³²⁵ Justifica-se tal cautela em razão do dever de tutela do melhor interesse do paciente, que exige diálogo e compreensão constante entre médico e paciente, tanto no início do contrato como no decorrer deste. O médico não pode se utilizar de métodos mais invasivos sem antes ter esgotado outros menos invasivos.³²⁶

O fato de a obrigação do médico ser de meio ou de resultado não retira da relação jurídica a aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Assim, deve-se atentar para o cumprimento dos deveres do médico, tais como o fornecimento de informações verdadeiras, a diligência no diagnóstico, a obtenção do consentimento, entre outros.

³²⁵ Mônica Sartori Scarparo. (*Fertilização*, cit., p. 73-82) ensina: Na Espanha, a Lei nº 36 de 22 de setembro de 1988 estipula que a finalidade da reprodução humana assistida é empregá-la quando outros métodos forem ineficazes. Só as mulheres com mais de dezoito anos podem se utilizar desta técnica e se casadas precisam da autorização do marido. Proíbe a fecundação de óvulos humanos com outro objetivo que não a procriação humana. Prevê que a doação de gametas e pré-embriões pode ser feita por contrato gratuito, sigiloso entre doador e centro médico autorizado. Prevê o anonimato dos doadores, tendo o filho gerado desta forma apenas direito a conhecer sua identidade genética e não de conhecer o doador. Estabelece que o sêmen e os embriões serão congelados pelo prazo máximo de cinco anos. Ainda estabelece a lei espanhola que qualquer intervenção no embrião *in vivo* ou *in vitro*, com fins de diagnóstico, não poderá ter outro fim que não a de sua viabilidade ou para detectar a existência de enfermidades hereditárias, a fim de tratá-las.

³²⁶ Gustavo Tepedino. *A responsabilidade*, cit., p. 41-75.

Isso porque, em alguns casos, pode-se inverter o ônus para o médico de provar que cumpriu todos os deveres acima mencionados de acordo com o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

327

Outra cláusula contratual importante é a que regulamenta o destino dos embriões excedentes. Estes permanecerão na guarda da clínica, à disposição do casal para futura gestação, ou outra destinação que melhor atender aos interesses dos contratantes.

Referida situação gerou uma superpopulação de embriões estocados nos centros de reprodução assistida, procedimento que custa caro. Assim, o armazenamento indefinido dos embriões não é uma realidade; o que ocorre é que as clínicas acabam se desfazendo do material excedente.

A perda de material genético armazenado também é uma preocupação das clínicas, principalmente quando o líquido seminal armazenado ou o embrião representam a última chance de propagação da espécie para determinada pessoa.³²⁸

A esse respeito, é oportuno acrescentar que a obrigação referente ao depósito de material fertilizante é de resultado, por conta

³²⁷ O inciso VIII, do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor dispõe: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, n processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

³²⁸ Um hospital público dinamarquês perdeu o esperma de um homem de meia-idade com câncer de testículo e foi condenado a cumprir o dever de indenizar.

do contrato de depósito celebrado com a clínica. Neste caso, incumbirá à clínica demonstrar que o contrato de guarda foi devidamente cumprido, e que não houve conduta culposa.³²⁹

Nesse sentido, Elimar Szaniawiski esclarece que “o hospital, a clínica, os laboratórios etc. não são abarcados pelo mandamento do citado § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não se caracterizam como profissionais liberais e, sim, como fornecedores. Deverão, portanto, os hospitais, as clínicas de saúde, clínicas de reprodução assistida etc. responder objetivamente por infecção hospitalar e outros danos causados à paciente durante a fase da implantação do embrião em seu útero.”³³⁰

Gustavo Tepedino afirma que “Acrescente-se, ainda, que todos esses deveres, que se encontram presentes na relação médico-paciente, cuja violação poderá determinar a responsabilidade do profissional pelo dano causado, hão de ser interpretados à luz do princípio da boa-fé objetiva, princípio introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor e que se expressa não somente durante a execução do contrato mas também nas fases pré e pós contratual.”³³¹

A cessão de material genético não autorizada também pode gerar o dever de indenizar por parte da clínica, assim como a troca do material fertilizante.

³²⁹ Elimar Szaniawiski. *Considerações*, cit., p. 169.

³³⁰ Elimar Szaniawiski. *Considerações*, cit., p. 180. O § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte redação: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

³³¹ Gustavo Tepedino. *A responsabilidade*, cit., 41-75.

O destino que será dado ao embrião congelado caso haja morte, separação ou divórcio dos pais é outro dilema a ser enfrentado. Nesse aspecto, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.358/92, nº V.3, recomenda que o casal expresse por escrito a destinação dos embriões nessas hipóteses. Caso contrário, o médico que ceder à viúva ou separada o sêmen congelado ou o embrião crioconservado sem que haja estipulação do *de cuius* ou separado neste sentido, será responsabilizado.

A introdução de mais embriões do que o recomendado pelo Conselho Federal de Medicina, que são quatro, gerando gravidez múltipla indesejada pela paciente, pode causar complicações para a saúde da gestante e dos bebês³³², e nesse caso, a obrigação é de resultado, cabendo ao profissional ou à clínica, para não ser obrigado a ressarcir às vítimas, provar que agiu sem culpa.³³³

Este contrato também é regido pelo princípio da boa-fé objetiva relativo à matéria obrigacional. Assim, se não se pode exigir o resultado gravidez, porque o contrato é de meio, pode-se, ao menos, analisar se o médico cumpriu com todas as suas obrigações, tais como o fornecimento de todas as informações verdadeiras, a diligência no diagnóstico, a obtenção do consentimento, o emprego de técnicas adequadas.

³³² A Revista Marie Claire (Edição brasileira, maio de 2000, p. 105) noticia: No Brasil, houve a implantação de seis embriões no útero de uma médica que teve um colapso com acúmulo de água que isso gerou e atingiu os seus pulmões, fazendo com que ela tivesse de ser internada.

³³³ Elimar Szaniawski. *Considerações*, cit., p. 175-7.

Ademais, a prova de que o profissional tenha se desembaraçado de suas obrigações poderá ser exigida do próprio médico, em atenção ao disposto no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

O médico que quebra o dever de sigilo revelando os nomes das partes envolvidas na fertilização também deve ser responsabilizado e, neste caso, a obrigação também é de resultado.³³⁴

O anonimato do doador deve ser respeitado pelo médico e pela clínica, pois, qualquer tipo de revelação da identidade do doador não deve ficar sob a decisão do médico, e sim sob o crivo do Poder Judiciário, que deve decidir em quais casos será cabível e recomendada essa divulgação.

Mas a princípio, não se deve confundir a revelação da identidade genética com a identificação total do doador. Já foi mencionado no trabalho que atualmente não se deve confundir a filiação biológica com a afetiva. Dessa forma, a identidade do doador deve ser preservada e respeitada; só assim se garante que a doação seja um ato totalmente desinteressado. No entanto, Pietro Perlingieri defende a personalização da doação para evitar a especulação.³³⁵

³³⁴ Pietro Perlingieri (L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative. In: Gilda Ferrando (coord). *La procreazione artificiale tra etica e diritto*. Padova: Cedam, 1989) entende que personalizar a doação do material fertilizante combateria a especulação. Ao contrário, Gustavo Tepedino (*A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil constitucional*. In: *Temas*, cit., p. 389) defende que só através do anonimato a doação de esperma pode ser um ato desinteressado. (In: Bruno Lewicki. *O homem*, cit., p. 140 e s.)

³³⁵ Pietro Perlingieri. *L'inseminazione*, cit., p. 140 e s.

A esse respeito, “poderá, excepcionalmente, o direito ao segredo do casal paciente ceder ao direito ao conhecimento da própria origem genética ao filho, concebido a partir das técnicas de fertilização artificial heteróloga, ficando o médico e a clínica obrigados a revelar, sob certas condições, o segredo que detêm sobre a fertilização heteróloga.”³³⁶

Os danos causados ao embrião pelo médico e pela clínica são passíveis de responsabilização, pois o direito à vida do embrião deve ser respeitado.

Portanto, a falta de emprego de técnicas adequadas no manuseio e na guarda do embrião que leve à sua morte, gera o dever de indenizar por parte do agente causador do dano, e, neste aspecto, a responsabilidade é objetiva, em razão do respeito ao direito absoluto do direito à vida.

³³⁶ Elimar Szaniawski. *Considerações*, cit., p. 185.

4. EXPERIMENTAÇÕES CIENTÍFICAS EM SERES HUMANOS

4.1. Considerações gerais

“As pesquisas biomédicas são estudos ou experimentos praticados de forma organizada sobre o ser humano, objetivando o desenvolvimento dos conhecimentos biológicos ou médicos.”³³⁷

A Resolução nº 196 de 1996 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) estabeleceu padrões de conduta para proteger a integridade física e psíquica, a saúde, a dignidade, a liberdade, o bem-estar, a vida e os direitos dos envolvidos em experiências científicas, a fim de que não sejam realizadas experiências que causem malefício ao homem, mesmo que o resultado possa ser benéfico para outrem.

Observando-se antecedentes históricos, o primeiro Código Internacional para pesquisas com seres humanos foi o de Nuremberg, publicado em 1947 em resposta às atrocidades e experimentações iníquas praticadas por médicos nazistas comandados por Josef Mengele, durante a Segunda Guerra Mundial.³³⁸

³³⁷ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica brasileira, 2003, p. 127.

³³⁸ Maria Helena Diniz (*O estado*, cit., p. 427-8) noticia que não são poucos os casos de desrespeito aos direitos fundamentais dos seres humanos. No Japão, durante a guerra, prisioneiros foram infectados com bactérias causadoras de peste bubônica, antraz, febre tifóide e cólera. Nos Estados Unidos da América,

Em 1949 foi publicado o Código Internacional de Ética Médica que estabelece que qualquer ato ou conselho que possa enfraquecer física ou moralmente a resistência do ser humano só poderá ser admitido em seu próprio benefício.³³⁹

Em 1964 a Declaração de Helsinque aprovou normas disciplinadoras da pesquisa clínica combinada com o tratamento, diferenciando-a da experimentação não-terapêutica.

Em 1982, a Organização Mundial da Saúde (OMS) em conjunto com o Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS), elaborou e publicou a Proposta para Diretrizes Internacionais para Pesquisas Envolvendo Seres Humanos, com o intuito de indicar como os princípios éticos fundamentais, que orientam a condução de pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos, poderiam ser aplicados.³⁴⁰

durante a guerra do Golfo, eram aplicadas em soldados vacinas experimentais para prevenção e tratamento de moléstias decorrentes do uso de armas químicas, e os soldados foram enviados a locais logo após explosões de bombas atômicas. Na África do Sul houve esterelização da população negra, mas não da branca. O maior exemplo de desrespeito aos direitos da personalidade com experimentos desumanos foi a segunda guerra mundial. Foram praticados verdadeiros horrores nos campos de concentração com pessoas malnutridas, doentes etc. Tereza Rodrigues Vieira (*Bioética*, cit., p. 128) também noticia que não foram só os alemães que cometeram atrocidades contra o ser humano com suas experiências indignas. No estado do Alabama, nos Estados Unidos da América, trezentos e noventa e nove negros portadores de sífilis, entre 1932 e 1972, serviram, sem saber, de cobaias humanas aos serviços de saúde governamentais, que visavam estudar a evolução da doença sem tratamento. No Brasil, alguns casos se notabilizaram, como a utilização de anticoncepcionais Norplant R e Norplant II, composto de injeções subcutâneas desenvolvidas por um laboratório nova-iorquino) em 3.103 mulheres, o que lhes ocasionou um forte sofrimento.

³³⁹ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 428.

³⁴⁰ Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine. *Problemas*, cit., p. 173.

Essas diretrizes foram revistas em 1993 resultando no documento Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, elaborado em Genebra, pelo CIOMS e pela OMS.³⁴¹

A experiência científica em seres humanos com o escopo de fins terapêuticos ou de prevenção de moléstias requer a observância de alguns princípios, como o consentimento escrito, livre e esclarecido do indivíduo, a ponderação entre riscos e benefícios, a relevância sócio-humanitária da pesquisa, a garantia de que os danos previsíveis serão evitados, a prevalência das probabilidades dos benefícios esperados sobre os riscos ou danos previsíveis, a reparação dos danos causados, etc. O envolvido na pesquisa deve ser informado a respeito dos detalhes que a envolvem, e isso se explica pelo princípio bioético-jurídico da autonomia da vontade.

O consentimento livre e esclarecido é a “anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, erro ou fraude), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.”³⁴²

³⁴¹ Adriana Diaféria. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos*. 1ª ed., Bauru: EDIPRO, 1999, p. 97.

³⁴² Nº II. 11 da Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde.

Deve ser livre, esclarecido e partir do indivíduo sujeito à pesquisa ou de seu representante legal; deve ser completo no sentido de informar ao paciente os riscos da pesquisa, os métodos a serem empregados, a forma de ressarcimento das despesas, a indenização se houver danos etc.³⁴³

É importante esclarecer que o consentimento poderá ser revogado a qualquer tempo, sem que o paciente seja obrigado a dar uma razão ou sofra represálias.

Joaquin Clotet entende que o consentimento informado obtido de forma correta, legitima o ato médico ou de pesquisa como justo e eticamente correto,³⁴⁴ mas o consentimento não exime os pesquisadores de sua responsabilidade.³⁴⁵

Para o caso de pesquisas envolvendo embriões, o consentimento livre e esclarecido também é exigido, no entanto, ele é prestado pelo seu representante legal.³⁴⁶

³⁴³ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 130-2.

³⁴⁴ Joaquin Clotet. *Bioética*, 3: 57.

³⁴⁵ Maria Helena Diniz (*O estado*, cit., p. 431) ensina: O termo de consentimento livre e esclarecido deverá conter os seguintes requisitos: ser elaborado pelo pesquisador responsável, com todas as informações necessárias à compreensão por parte do paciente das conseqüências que a pesquisa possa gerar; a pesquisa deve ser aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa que referenda a investigação, ser assinado e identificado por impressão dactiloscópica por todos e cada um dos sujeitos da pesquisa ou por seu representante legal, ficando uma com o pesquisado e outra arquivada com o pesquisador.

³⁴⁶ Existem pessoas que estão sob a influência do pesquisador e que, por isso, encontram-se em situação que lhe reduza a autonomia da vontade. É o caso, por exemplo, dos militares, empregados, presidiários, internos em centros de readaptação. Estas pessoas têm o direito de participar ou não da pesquisa, ou seja, têm o direito de prestar o seu livre consentimento sem sofrer represálias em caso de recusa. (Artigo 128 do Código de Ética Médica). Em se tratando de pesquisa em comunidades culturalmente diferenciadas, é necessário que se obtenha a autorização de seus líderes, como é o caso dos indígenas. (Artigo 125 do Código de Ética Médica).

Alessandra Bellelli entende que os genitores não podem decidir pelo menor, ou seja, que o consentimento não pode ser delegado.³⁴⁷ Para esta autora, deve ser criado um novo tipo negocial para o consentimento, ou seja, o *negozio di sperimentazione*, pois o consentimento requer capacidade, forma e revogabilidade para explicitar a experiência, riscos e responsabilidade.

Essa situação é controvertida, pois, na ausência da possibilidade de um embrião prestar o seu consentimento, se os pais não pudessem fazê-lo, ele ficaria sem a chance da descoberta de uma nova cura, pela impossibilidade de participar da experimentação.

Nesse aspecto, acredita-se que o Código Civil brasileiro supre a impossibilidade de o menor prestar o seu consentimento com os meios de proteção ao incapaz, a representação e a assistência, havendo a possibilidade de os pais prestarem o consentimento por seus filhos menores, e, conseqüentemente, pelo embrião.

Na impossibilidade de se obter o consentimento livre e esclarecido, a experiência só poderá ser realizada se o Comitê de Ética e Pesquisa proferir parecer favorável.³⁴⁸

³⁴⁷ Alessandra Bellelli. *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*. Padova: CEDAM, 1983. In: Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 132.

³⁴⁸ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 131. Adriana Diaféria (*Clonagem*, cit., p. 96) esclarece que: "A potencialidade do risco é avaliada pelo comitê de ética em pesquisa e permitida em lei, pois os experimentos em seres humanos devem ser consentidos pelo próprio indivíduo que aceitou se submeter ao teste, entendendo que isso poderá beneficiar a muitos se o resultado for favorável, além de contribuir para o desenvolvimento do conhecimento humano."

A finalidade da pesquisa biomédica deve ser terapêutica, o que implica dizer que não é lícita a pesquisa em embrião sadio, apenas com o propósito de investigação, porque a pesquisa deve atender ao interesse do próprio doente, na tentativa de salvar a sua vida, restabelecer sua saúde ou aliviar o seu sofrimento.

O artigo 7º do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966 dispõe que: “Ninguém será submetido a tortura, penas ou tratamentos cruéis ou degradantes. Particularmente é proibido submeter uma pessoa sem seu livre consentimento a uma experimentação médica ou científica.” Na França, a Lei nº 1.138 de 1990 regulamenta a proteção das pessoas submetidas à experimentação científica.

A Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais fornece as bases da experimentação científica; protege o direito à vida e proíbe, implicitamente a realização de experiências que acarretem riscos fatais aos doentes.

A Declaração das Nações Unidas (3 3384XXX de 10 de novembro de 1975) determina: “Todos os Estados devem tomar medidas eficazes, inclusive legislativas, a fim de impedir e interditar que as realizações da ciência e da técnica sejam utilizadas em

detrimento de direitos e liberdades fundamentais do homem, bem como da dignidade da pessoa humana.”³⁴⁹

Logo, as experimentações em embriões devem ser realizadas com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que nenhum direito fundamental, como o direito da personalidade à vida seja desrespeitado.

Assim, a licitude da pesquisa reside na possibilidade de trabalhar em prol da vida e da saúde do doente, e não no consenso. Tanto é assim que, para o caso de pesquisa sem fim terapêutico, o Comitê de Ética deverá apreciar seu valor científico e sua legitimidade.

A gratuidade é outro aspecto que deve nortear a realização de pesquisas científicas, porque o corpo humano é um bem fora do comércio, e o doente não pode ser remunerado por participar da pesquisa, sendo possível, apenas, o ressarcimento de despesas destinadas a concretizar a participação da pessoa na pesquisa, como transporte, aquisição de remédios, alimentação específica etc.³⁵⁰

Os pesquisadores devem fazer uma previsão do nível de risco assumido com a pesquisa e este jamais poderá exceder aquele que corresponde à importância humanitária do problema posto.

³⁴⁹ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit.138.

³⁵⁰ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit.132.

Do mesmo modo, a Declaração de Helsinque não autoriza o médico a realizar experiências em que se possa prever apenas os riscos potenciais. Por isso, se a experimentação causar a redução de benefícios, ou seja, riscos para a saúde dos sujeitos envolvidos, esta deverá ser finalizada.

4.2. A interpretação do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 à luz da Constituição Federal de 1988 e a Resolução nº 196/96.

A nova lei de biossegurança, nº 11.105/2005 não revogou totalmente a Resolução nº 196/96, de modo que este capítulo abordará as duas regulamentações em questão.³⁵¹

Primeiramente, cumpre fazer as considerações relevantes sobre o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de biossegurança).³⁵²

A Constituição Federal brasileira de 1988 protege o direito à vida, direito fundamental do qual dependem os demais direitos fundamentais, conforme já discutido. Esse direito ficou consagrado em cláusula pétrea e, nesse sentido, a vida é o valor-fonte do qual

³⁵¹ Reinaldo Pereira e Silva (Biossegurança – entre as insuficiências do instituto da responsabilidade civil e a institucionalização da irresponsabilidade. *In*: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). *Grandes temas da atualidade. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 489-511, vol. 6) assim define biossegurança: “Biossegurança é o conjunto de políticas e de ações públicas e privadas voltado para a prevenção de danos graves e irreversíveis à saúde humana, à hereditariedade e ao meio ambiente mediante a disciplina jurídica dos riscos decorrentes do emprego e/ou desenvolvimento de modernas tecnologias.”

³⁵² Reinaldo Pereira (*Biossegurança*, cit., p. 491) explica: “a exceção da legislação brasileira de biossegurança à pesquisa e às geneterapias envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos não incorpora uma verdadeira disciplina jurídica da matéria, consistindo, mais propriamente, numa simples permissão de fazer de questionável constitucionalidade.”

dependem todos os demais valores e direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico e pelos princípios gerais de direito.³⁵³

Assim, ao permitir a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no procedimento, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 está ferindo direito fundamental à vida.³⁵⁴

O tema merece aguçado exame, tendo em vista a polêmica causada por este artigo.

No caso, é necessário estabelecer qual o conceito delimitativo de embrião inviável. A ciência teria condições de estabelecer em quais circunstâncias um embrião poderia ser considerado inviável, para efeitos de ser implantado no ventre materno, e se desenvolver, adequadamente, até chegar ao nascimento?³⁵⁵

³⁵³ Gustavo José Mendes Tepedino. Clonagem: pessoa e família nas relações de direito civil. *R.CEJ* 16:49-63.

³⁵⁴ O Estado de São Paulo (03.03.2005, p. A4) noticia: “A Câmara aprovou ontem o projeto de lei da Biossegurança, que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Com a pressão de ministros e de portadores de necessidades especiais, que foram ao plenário para sensibilizar os parlamentares, 352 deputados votaram favoravelmente ao texto, 60 contra e 1 se absteve.”

³⁵⁵ O Decreto nº 3.591/2005, em seu artigo 3º inciso XIII, também conceitua embriões inviáveis como “aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.” O artigo 3º, inciso XIV do Decreto nº 5.591/2005 define, também, os embriões congelados disponíveis “aqueles congelados até o dia 28 de março de 2005, depois de completados três anos contados a partir da data de seu congelamento.”

O embrião congelado ou produzido *in vitro* é sujeito de direitos, tendo, portanto, personalidade jurídica, de modo que, qualquer utilização indevida deste material, que não fosse propiciar o seu nascimento com vida, seria considerada ilícita.

Ademais, a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, transforma o embrião numa coisa, ou seja, retira a unidade e perfeição da personalidade jurídica do indivíduo que, se for introduzido no ventre materno, desenvolver-se-á adequadamente, nascendo com vida.

Maria Helena Diniz afirma que: “(...) contrariando a Carta Magna (arts. 1º, III e 5º, caput), a Lei n. 11.105/2005 veio admitir, para fins de pesquisa e terapia, o uso de células-tronco embrionárias de embriões humanos, obtidos e não utilizados na fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há três anos ou mais, havendo anuência dos genitores e aprovação do projeto de pesquisa pelo Comitê de Ética em pesquisa (art. 5º, I, e II, §§ 1º e 2º). Além de essa utilização ser atentatória à dignidade humana, não seria ela conducente a um ‘admirável mundo novo’, repleto de “fazendas de embriões” ou de ‘usinas de células-tronco embrionárias’ voltadas à produção de órgãos humanos sobressalentes?”³⁵⁶

A esse respeito, Reinaldo Pereira e Silva ensina que: “Duas são as fontes de células-tronco embrionárias humanas: uma transitória

³⁵⁶ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 446.

e outra permanente. A fonte transitória são os embriões criopreservados há três anos ou mais na data da publicação da lei ou que venham a completar dito prazo após a publicação, desde que o início da criopreservação lhe anteceda. Ultrapassados os prazos legais, a utilização de embriões ‘viáveis’ volta a ser proibida, caracterizando, inclusive, o tipo penal do artigo 25.³⁵⁷ A fonte permanente são os embriões gerados por fertilização *in vitro* e considerados legalmente inviáveis.”³⁵⁸

Apesar da ampla e incessante discussão que o tema gera, não são raras as notícias de pessoas que tem se beneficiado da terapia de células-tronco.³⁵⁹ No entanto, a maior parte das pesquisas tem sido feita com a utilização de células-tronco adultas, retiradas do próprio corpo do paciente ou de outra pessoa.

A grande vantagem das células-tronco é que elas são capazes de se transformar nos mais diversos tipos de células que formam o corpo humano. No entanto, não se provou, ainda, se elas realmente tomam o formato da célula ou se funcionam como tal, razão essa da posição do geneticista americano, Haroldo Varmus: “Temos de ser prudentes, pois ainda há muitas incertezas.”³⁶⁰

³⁵⁷ É a íntegra do artigo 25 da Lei nº 11.105/2005: “Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o artigo 5º desta lei, pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.”

³⁵⁸ Reinaldo Pereira e Silva. *Biossegurança*, cit., p. 491-2, vol. 6.

³⁵⁹ A revista *Veja* (edição de abril, nº 1932, ano 38, nº 47, 23.11.2005, p. 118) noticia na reportagem *Células que salvam vidas*: “No Brasil, um dos países mais avançados nas pesquisas com células-tronco, centenas de doentes já foram beneficiados por terapias à base dos chamados “curingas da esperança.”

³⁶⁰ *Células que salvam vidas*, cit., p. 122.

A terapia das células-tronco baseia-se na idéia de induzi-las a se transformar num determinado tipo de célula e estimular sua multiplicação, para depois substituir tecidos ou estruturas físicas lesionados ou doentes. No entanto, podem dar origem a tumores se se dividirem desenfreadamente.

A única terapia de células-tronco de eficácia já totalmente comprovada é a de transplante de medula óssea e de cordão umbilical, para tratar casos de doenças do sangue, como anemias graves e alguns tipos de câncer.

Existem dois grupos de células-tronco: as embrionárias e as adultas. As embrionárias são retiradas do embrião por volta do quarto dia, depois da concepção. As adultas, por sua vez, são encontradas, sobretudo, no cordão umbilical e na medula óssea.

O Decreto nº 5.591/2005, em seu artigo 3º define célula germinal humana como a ‘célula-mãe’ responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de polidia.”³⁶¹

Por sua vez, define células-tronco embrionárias como “células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.”³⁶²

³⁶¹ Artigo 3º, IX do Decreto nº 5.591/2005.

³⁶² Artigo 3º, XII do Decreto nº 5.591/2005.

A propósito, Gislayne Fátima Diedrich ensina que: “Terapia gênica é o tratamento de doenças por meio da transferência de informação genética para células específicas do paciente, podendo ser realizada nas células somáticas e nas células germinativas. Quando realizado em células somáticas, o tratamento não implica em mudança definitiva do genoma do paciente e consiste em reintroduzir, no organismo doente, células geneticamente tratadas, ou ‘genes sadios’, diretamente. A terapia em células germinativas é, em princípio, mais eficiente, pois, realizada no zigoto ou nos gametas, promove alterações em todas as células do recém-nascido. No entanto, altera definitivamente a herança genética do paciente, transferindo para os seus descendentes as modificações genéticas que recebeu.”³⁶³

Até então, por questões éticas, as células-tronco adultas são as mais utilizadas. Mas a nova lei de biossegurança passa a permitir a utilização de células-tronco embrionárias, também,³⁶⁴ e a ciência pode evoluir para criar células-tronco sem fecundar óvulos.

³⁶³ Gislayne Fátima Diedrich. Genoma humano: Direito Internacional e legislação brasileira. *In*: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). *Biodireito*, cit., p. 214-232.

³⁶⁴ *Células que salvam vidas* (cit., p. 124) notícia: Mas é possível desenvolver pesquisas com células-tronco não retiradas de embriões humanos, ou sem matar o embrião. Em outubro de 2005 foram concluídas duas pesquisas americanas com ratos de laboratório que pode levar a discussão sobre a utilização de células-tronco embrionárias a nada. Por uma das pesquisas foi possível a extração de uma única célula-tronco sem danificar o embrião e, a partir dela, foi possível criar outras células-tronco. A outra pesquisa alterou a genética do embrião para tornar inviável sua implantação no útero e impossibilitá-lo de gerar vida. Há também pesquisas de um grupo coreano que criou células-tronco embrionárias clonadas a partir de material genético de pessoas doentes, o que pode evitar a rejeição nos transplantes atuais. O Estado de São Paulo (02.01.2006, p. A9) na reportagem - *Como a Science publicou uma fraude?* - notícia: A esse respeito é oportuno citar a fraude cometida pelo cientista coreano Hwang Woo-Suk que declarou falsamente ter produzido 11 linhagens de células-tronco embrionárias clonadas de pacientes. No entanto, essa afirmação foi falsa, pois ele só conseguiu produzir duas linhagens de células-tronco de embriões produzidos por fertilização *in vitro*, fazendo com que a pesquisa tenha sido completamente forjada. *ence publicou uma fraude?* Isso comprova que as experimentações envolvendo seres humanos pode dar asas à imaginação de cientistas não comprometidos com a ética e os bons costumes. O Estado de São Paulo (10.05.2006, p. A19) na reportagem - *Um chimpanzé tem mais direito à vida que um feto humano* – notícia: Defensor do aborto, da eutanásia e dos direitos dos

As células-tronco embrionárias são aquelas “provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas porque provém do embrião humano e porque são células-mãe do ser humano. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião. As células-tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta.³⁶⁵ No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue.”³⁶⁶

“No início da década de 60, conseguiu-se definir as características genéticas que definem a compatibilidade entre pacientes, o que permitiu os transplantes de medula óssea principalmente para pacientes com leucemia. Depois, descobriu-se que as células progenitoras do sangue, as células-tronco, também existem no cordão umbilical. (...) Elas são meninhas superpoderosas que podem fazer coisas maravilhosas e também

animais, Singer é um dos bioeticistas mais polêmicos do planeta. O geneticista Peter Singer, em entrevista ao Estado de São Paulo entende que não há problemas éticos com a manipulação de embriões porque eles ainda não têm consciência da sua existência e que o macaco, sim. Por isso admite as experiências em embriões e defende os direitos dos animais.

³⁶⁵ O Estado de São Paulo (21.12.2005, p. A18) noticia: “O Congresso dos Estados Unidos aprovou no fim da semana passada uma nova lei para incentivar o uso de células-tronco do cordão umbilical. O projeto propõe a criação de bancos de sangue de cordão por todo o país e um registro nacional para organizar a oferta. Isso facilitará a pesquisa por pacientes e cientistas. A expectativa era que o presidente George W. Bush assinasse a lei ainda ontem.” O Estado de São Paulo (16.02.2006, p. A13) noticia: “Jovem biólogo da USP mapeia os genes do cordão umbilical. Trabalho premiado explica porque células do cordão são mais eficientes que de medula em transplante. (...) Outra consequência indireta de seu trabalho é o fortalecimento de bancos de cordão umbilical, públicos e privados que já existem no país.”

³⁶⁶ Dra. Alice Teixeira Ferreira. *Vida: o primeiro direito da cidadania*, p. 33, conforme citado nas páginas 5 e 6 da petição inicial da ADIN 3510.

perigosas, como tumores, já que têm uma plasticidade muito grande.”³⁶⁷

Os cientistas, inclusive, têm atestado maior resultado positivo com as pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias adultas do que com as embrionárias.

Existe, também, a possibilidade de se utilizar células-tronco de animais para tratar determinadas doenças. Foi o que ocorreu para o tratamento da diabetes tipo 1 em seres humanos. Os cientistas utilizaram-se de células-tronco de porcos produtoras de insulina que foi capaz de reverter a doença em macacos, e o experimento abre as portas para possíveis testes clínicos em seres humanos.³⁶⁸

O artigo 5º da Lei de biossegurança nº 11.105/05 é um e contrasenso com o artigo 6º e incisos da mesma lei que proíbe a engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, engenharia genética em célula germinal humana e clonagem humana.³⁶⁹

³⁶⁷ Carlos Alberto Moreira Filho, geneticista, professor do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo e diretor superintendente do Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Israelita Albert Einstein. (*In*: O Estado de São Paulo, 16.10.2005, p. A 28).

³⁶⁸ O Estado de São Paulo, 28.02.2006, p. A 9. O Estado de São Paulo (14.06.2005, p. A16) notícia: “Equipe identifica células-tronco no cérebro de ratos.” O trabalho, acreditam os cientistas, pode ajudar no tratamento de doenças como o Parkinson.

³⁶⁹ O Decreto nº 5.591 de 22 de novembro de 2005 que regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105/2005, define engenharia genética como sendo “atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN.” (Artigo 3º, VI do Decreto nº 5.591/2005).

Todavia, seu artigo 5º deverá ser considerado inconstitucional, pois fere frontalmente o ordenamento jurídico como um todo, a começar pela Constituição Federal (artigo 1º, III).

Para tornar lícita a utilização de células-tronco embrionárias com a finalidade de pesquisa e terapia, seria necessário alterar a Constituição Federal no que tange à proteção incólume do direito à vida. Entretanto, o direito à vida é a base da formação de um Estado Democrático de Direito e é protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, é norma fundamental, protegida por cláusula pétrea, ou seja, não é passível de supressão por emenda constitucional.

A propósito do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, o Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, em 30 de junho de 2005, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 3510, junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, contestando vários dispositivos da lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005), inclusive seu artigo 5º e parágrafos. Ressalte-se que até o presente momento, não houve nenhuma decisão no processo, como concessão de liminar ou sentença.

Referida ADIN defende que a lei de biossegurança feriu o artigo 5º, *caput* e o artigo 1º, III da Constituição Federal brasileira de 1988, no que atina ao direito fundamental à inviolabilidade do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, ao permitir o

manuseio de embrião humano vivo para pesquisas e para retirada de células-tronco.

A ação em questão também defende que o início da vida se dá com a fecundação, citando as posições de vários cientistas brasileiros renomados.³⁷⁰

Entretanto, no Brasil, já foram aprovados estudos e pesquisas com células-tronco embrionárias brasileiras, o que deve ser iniciado no início de 2006, coordenado pela geneticista Mayana Zatz, e aprovado

³⁷⁰ Dornival da Silva Brandão, especialista em ginecologia e membro emérito da academia fluminense de medicina ensina: “O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica e própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.” (ADIN nº 3510, p. 2).

Jérôme Léjeune, professor da universidade de Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da síndrome de down, *in* *Vida: o primeiro direito da cidadania*, p. 10) ensina que: (...) “Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato.” *In*: ADIN 3510, p. 3)

O Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente pela Universidade de São Paulo, professor de bioética da USP e membro do núcleo interdisciplinar de bioética da UNIFESP. (*In*: *Vida: o primeiro direito da cidadania*, Dornival da Silva Brandão, conforme citado na petição inicial da ADIN 3510, p. 3-4.) ensina que: “Os biólogos empregam diferentes termos – como por exemplo zigoto, embrião, feto etc., para caracterizar diferentes etapas da evolução do óvulo fecundo. Todavia esses diferentes nomes não conferem diferentes dignidades a essas diversas etapas. Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, nessa nova vida se encontram todas as informações, que se chama ‘código genético’, suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, o embrião não é ‘da mãe’; ele tem vida própria. O embrião ‘está’ na mãe, que o acolhe, pois o ama. Não se trata, então, de um amontoado de células. O embrião é vida humana. A partir do momento que, alcançando maior tamanho e desenvolvimento físico, passamos a reconhecer aqueles formatos humanos (cabeça, tronco, mãos e braços, pernas e pés etc), podemos chamar essa nova vida humana de ‘feto’.”

pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).³⁷¹

Se o início da vida se dá a partir da concepção, a vida humana é um contínuo desenvolver-se que se transforma num ser humano único e irrepetível, e se as pesquisas com células-tronco adultas são mais promissoras do que as com células-tronco embrionárias, se o direito à vida é inviolável, pois é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 5º da lei de biossegurança é inconstitucional, devendo ser declarado como tal pelo Poder Judiciário.

Ademais, a utilização de embriões humanos vivos em pesquisas e para retirada de células-tronco, abre as portas para a prática desenfreada da clonagem, com a formação de uma fábrica de embriões clonados, como será visto a seguir.

4.3. Clonagem

4.3.1. Aspectos históricos

Os abusos cometidos contra a dignidade humana, nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial, fizeram surgir o Código de Nuremberg, em 1947, que foi uma resposta à necessidade de se criar mecanismos de controle a respeito das experimentações com seres humanos.

³⁷¹ O Estado de São Paulo, 07.11.2005, p. A 14.

A Organização Mundial de Saúde, diante da necessidade da demanda, revisou o Código de Nuremberg e, em 1964 promulgou uma nova regulamentação conhecida como a Declaração de Helsinque.

O Relatório Belmont também foi um documento importantíssimo que contribuiu para consagrar os princípios bioéticos da beneficência, autonomia, justiça.

Em 1981 foi elaborado um novo documento diante das inovações tecnológicas, as Diretrizes Internacionais para Pesquisa Biomédica em Seres Humanos. Esse documento foi trazido para o Brasil e resultou na Resolução nº 1 do Conselho Nacional de Saúde, que prevê as normas para pesquisa em saúde.³⁷²

Atualmente, vigora no país a Resolução 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, em consonância com a lei de biossegurança nº 11.105/05 e, principalmente em consonância com a Constituição Federal de 1988, bem como com a Lei nº 9.279/96, relativa à propriedade industrial e a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.³⁷³

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem da UNESCO de 1997 não permite práticas contrárias à

³⁷² Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Clones*, cit., p. 19-35.

³⁷³ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Clones*, cit., p. 19-35.

dignidade humana, como a clonagem reprodutiva em seres humanos, conforme dispõe ser artigo 11.³⁷⁴

A história da clonagem tem um marco importante que foi o início das pesquisas para a produção da ovelha Dolly, tendo como idealizador o cientista Ian Wilmut, que tinha o objetivo de criar animais capazes de produzir drogas para uso humano.³⁷⁵

Com a clonagem da ovelha Dolly, em 1997, abriu-se a possibilidade de clonagem de seres humanos dotados de genialidade e beleza excepcional, seleção de indivíduos sadios e imunes de doenças genéticas, produção de embriões previamente selecionados e crioconservados, a fim de serem depois transferidos para o útero como reserva de órgãos.³⁷⁶

Na seara da agronomia, a clonagem, técnica assexual de reprodução, mediante transplante nuclear de célula, vem sendo empregada em larga escala.³⁷⁷

³⁷⁴ Assim dispõe o artigo 11 da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem: "(...) art. 11 – não serão permitidas práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva em seres humanos (...)." Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (*Clones*, cit., p. 19-35) esclarece que: A Declaração de Manzanillo, de 1996, revista em 1988, que destaca a importância do Convênio do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do Ser Humano em relação às aplicações da Biologia e da Medicina, que declara em seu considerando nº 2 b que o genoma humano constitui patrimônio comum da humanidade como uma realidade e não como uma expressão meramente simbólica.

³⁷⁵ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 23. Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 141. Sérgio Ferraz. *Aspectos constitucionais*, cit., p. 64-84. Rita Maria Paulina dos Santos. *Dos transplantes*, cit., p. 58. Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz. *Direito*, cit., p. 12. Marco Segre. Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica: questões éticas. R. CEJ 16:29-48. Roberto Goldim. *Clonagem: aspectos biológicos e éticos*. www.bioetica.ufrgs.br. Acesso em 17.05.06.

³⁷⁶ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 507 e s.

³⁷⁷ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 507 e s. Rita Maria Paulina dos Santos (*Dos transplantes*, cit., p. 58) ensina que: "No reino animal e vegetal, no entanto, desde os anos trinta, efetuam-se experiências de

Em 1952, as experiências em animais foram feitas em rãs, partindo de células de girinos, com êxito.³⁷⁸

Na década de 80, em Houston, tentou-se inseminar vacas com embriões clonados, sem êxito todavia, porque os bezerros eram maiores do que o normal, alguns chegavam a ser gigantes.

Em 1988 ocorreu a primeira clonagem bem sucedida em um mamífero, uma rata, feita pelos cientistas Kal Hill Mensee e Peter Hope. Os cientistas extraíram o núcleo de uma célula embrionária de uma rata cinzenta, e introduziram-no numa célula-ovo desnucleada de uma rata preta. O zigoto modificado foi introduzido no útero de uma rata branca, dando origem a três ratinhas cinzentas, idênticas à do embrião que doou o núcleo.³⁷⁹

Após 277 tentativas o embriologista Ian Wilmut do Instituto Roslin na Escócia (Edimburgo) criou a ovelha Dolly, de forma assexuada e artificialmente. A ovelha Dolly era uma cópia idêntica de um mamífero adulto (ovino), usando núcleo ou carga genética de uma célula somática (célula mamária de uma ovelha) e sem participação de gameta masculino ou espermatozóide.³⁸⁰

produção de seres idênticos, obtidos por cisão gemelar artificial, modalidade esta que se pode impropriamente definir de clonagem.”

³⁷⁸ Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz. *Direito*, cit., p. 12.

³⁷⁹ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 507 e s. Roger Abdelmassih. Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica: significado clínico e implicações biotecnológicas. *R.CEJ* 16:29-48.

³⁸⁰ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 25.

Descobriu-se que as células somáticas adultas são totipotentes e têm a capacidade de exprimir a totalidade da informação genética que caracteriza o indivíduo. No entanto, referidas células sofrem agressões ao longo do tempo que danificam seu material genético e, por isso, não se pode garantir a integridade dos genes das células e os do clone. Assim, ter-se-ia a produção de clones aparentemente normais, mas com alterações em seus genes.

É certo que a clonagem de animais pode ser útil terapêuticamente na obtenção de produtos farmacêuticos de origem orgânica, como por exemplo, os fatores de coagulação para terapias de hemofílicos.³⁸¹ Aponta-se, nessa linha, a produção de uma ovelha transgênica, Polly, que tinha em seu DNA um gene humano para produzir leite com proteínas humanas, como a alpha-1-antitripsina, usada para tratamento de fibrose cística. Para a produção de Polly foram somadas duas técnicas: a clonagem e a manipulação genética.³⁸²

A Alemanha, em 1998, produziu o seu primeiro animal clonado, a bezerra Ushi. No Brasil, o primeiro animal clonado de célula embrionária foi a bezerra Vitória, da raça Simental, que nasceu em 17 de março de 2001, na fazenda Sucupira, da Embrapa. Em 5.2.2004, nasce Vitoriosa, clonada de uma célula adulta, retirada da

³⁸¹ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. (Clones, gens e imortalidade. *Escola Superior do Ministério Público* 2:19-35) conceitua *pharming* como a criação extensiva de animais transgênicos é exemplo da clonagem com transferência genética para a produção de drogas de valor farmacêutico.

³⁸² Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 507 e s. Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 26-7.

orelha da Vaca Vitória, após 293 dias de gestação no útero de outra vaca, que serviu de 'mãe de aluguel'.³⁸³

Em 27 de abril de 2002, nasce, na Fazenda Panorama, em Campinas, o bezerro Marcolino, o primeiro clone de célula somática de feto. Em 11 de julho, nasce, em Jaboticabal, no hospital veterinário da UNESP, a bezerra Penta, o primeiro clone brasileiro gerado a partir de células de um animal adulto (vaca da raça Nelore).³⁸⁴

4.3.2. Espécies de clonagem

Clonagem é a reprodução idêntica de um sistema ou estrutura, com a transferência do material genético a fim de gerar indivíduos idênticos, a partir de cópias feitas das moléculas de DNA.

385

A clonagem pode ocorrer por meio natural ou artificial, aumentando-se a população de células ou organismos vivos, parte-se de um único indivíduo, sem que estejam implicadas as características da reprodução sexuada.

³⁸³ Jornal da Tarde, 20.2.2004, p. 10A

³⁸⁴ Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 27.

³⁸⁵ Roger Abdelmassih (*Clonagem*, cit., p. 29-48) esclarece que: "Clonagem é a repetição exata de uma material genético por meio de uma maneira assexual a partir do núcleo de células embrionárias cultivadas e células somáticas diplóides adultas." Tereza Rodrigues Vieira (*Bioética*, cit., p. 25) explica que clone é uma palavra grega que significa broto.

“A clonagem em humanos constitui um processo de reprodução assexuada de um ser humano, e a clonagem radical seria o processo de clonagem de um ser humano a partir de uma célula, ou de um conjunto de células, geneticamente manipuladas ou não.”³⁸⁶

Na lição de Adriana Diaféria, “(...) a clonagem é uma forma de reprodução assexuada, feita artificialmente, tendo como base um único patrimônio genético. Os indivíduos que resultarem deste processo serão detentores das mesmas características genéticas do indivíduo doador dos cromossomos, pois um único patrimônio genético pode ser reproduzido várias vezes.”³⁸⁷

A clonagem pode ser reprodutiva ou não reprodutiva. A reprodutiva é utilizada na fertilização *in vitro* para a obtenção de clones. A não reprodutiva é realizada para fins terapêuticos, com o escopo de produzir o cultivo de tecidos e órgãos partindo de embriões ou das células *stem* (células imaturas com capacidade de auto-regeneração e diferenciação, para reparação de tecidos e órgãos danificados).³⁸⁸

³⁸⁶ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 512.

³⁸⁷ Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 138 e seguintes.

³⁸⁸ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 512-513. Segundo Gina Kolata (*Clone. Os caminhos para Dolly*. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 25-26), “todas as células do corpo humano descendem do mesmo óvulo fertilizado e portanto possuem exatamente os mesmos genes. Acontece que as células dos animais – incluindo o homem – são especializadas, diferenciadas, de modo que uma célula do coração se comporta como uma célula do coração e uma célula do fígado como célula do fígado. O processo de diferenciação começa quase no início do desenvolvimento do embrião; depois que a célula atinge seu estágio diferenciado, não muda mais. Uma célula do cérebro continua a ser uma célula do cérebro enquanto a pessoa viver; jamais se transforma em uma célula do fígado, embora as duas contenham os mesmos genes.” Volnei Garrafa (Crítica bioética a um nascimento anunciado. *R. CEJ* 16:13-28) ensina que “a clonagem reprodutiva se refere à duplicação direta de representantes de uma mesma espécie, sejam vegetais, animais ou humanos. A outra situação acima, por sua vez, significa a possibilidade de a ciência vir a construir, por exemplo, um novo fígado imunologicamente compatível para um doente necessitado de transplante a partir de uma célula-tronco (indiferenciada) dele próprio ou proveniente da

“Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, em dissertação de mestrado para a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Direito ao patrimônio genético, explicou de forma simples que a clonagem é o método que permite através de reprodução assexuada, a criação de seres humanos geneticamente iguais; retira-se o núcleo de um óvulo não fecundado e substitui-se pelo núcleo de uma célula não sexual de um homem ou de uma mulher adulta (esta célula pode ser retirada da pele ou do intestino) e por razões ainda não completamente esclarecidas pela medicina o óvulo com o seu núcleo transplantado desenvolve-se como se tivesse sido fecundado por esperma.”³⁸⁹

A clonagem não reprodutiva poderia ser admitida sob o aspecto ético somente se não envolvesse a utilização do embrião pré-implantatório, pois atualmente, é possível o cultivo de tecidos partindo de células presentes nos órgãos do próprio paciente, para eliminar a rejeição.

Entretanto, os cientistas, defendem as positivas conseqüências da clonagem terapêutica, por gerar a célula-tronco que não provoca rejeição imunológica; por estar imediatamente disponível

placenta, cordão umbilical ou mesmo de embriões.” Sérgio Ferraz (*Aspectos constitucionais*, cit., p. 64-84) ensina que: “Na clonagem regenerativa (...) utiliza-se o material genético masculino e óvulo feminino, fora do organismo da mulher, e cria-se o embrião, o qual, por sua vez, produz, na verdade, um material utilizado amplamente em pesquisas, sobretudo tendo em vista a cura ou a recuperação das chamadas ‘doenças degenerativas’”.

³⁸⁹ In: Carlos Alberto Menezes Direito. O mistério da vida e a descoberta do código genético. *Revista Forense* 361:23-28.

e em grande número; por permitir a diferenciação controlada do tipo de célula desejada; e por não apresentar riscos biológicos.³⁹⁰

Ressalte-se que a clonagem humana, com o intuito de montar banco de células utilizadas na medicina, vai contra o princípio ético da dignidade humana, que concebe o ser humano como um fim em si mesmo e não como meio.

A clonagem reprodutiva pode se desenvolver por meio das seguintes técnicas: a bipartição de embriões ou fissão gemelar, a partogênese induzida e a transferência de núcleo.³⁹¹

Os cientistas defendem que há razões para acreditar que os embriões são uma melhor fonte de células-tronco, pois podem se

³⁹⁰ Soren Holm. Os benefícios da reprodução humana. *R. CEJ, Brasília*, 16:13-28. O Estado de São Paulo (18.12.2005, p. A28) noticia: Em busca da clonagem perfeita. Cientistas apostam no potencial da clonagem terapêutica e trabalham para aprimorar o processo.

³⁹¹ Maria Helena Diniz. (*O estado*, cit., p. 517) define que: A bipartição de embriões ou fissão gemelar “consiste na imitação de um processo natural de clonagem espontâneo, que dá origem aos irmãos gêmeos univitelinos, quando o embrião de poucas células se divide, surgindo dois zigotos, que gerarão duas pessoas geneticamente iguais. Esse tipo de clonagem pode ser feita no laboratório de fertilização *in vitro*, quando o médico força a separação de duas células embrionárias iniciais (blástula) para aumentar as possibilidades de obter a gravidez, podendo causar o nascimento de gêmeos.” A partogênese induzida “consiste em colocar o núcleo de uma espermatogônia (célula precursora do espermatozóide), detentora de 46 cromossomos (o espermatozóide possui 23), num óvulo humano desnucleado. Ambas as técnicas podem trazer conseqüências desastrosas para a humanidade. A clonagem pode ser feita com a transferência de núcleo usando uma célula-ovo ou zigoto, substituindo o seu núcleo pelo de uma célula somática, tirada, em regra, de um embrião, gerando um indivíduo com caracteres genotípicos daquele que doou o núcleo; ou um óvulo não fecundado, como se fez na criação de Dolly. Tais técnicas são uma violação ao princípio de que o homem é um ser irrepetível, é um fim em si mesmo e não um meio. Ademais, a clonagem pode trazer conseqüências desastrosas para a humanidade, como o envelhecimento precoce, entre outras. Para Adriana Diaféria (*Clonagem*, cit., p. 138 e s.) a clonagem pode ser feita por dois métodos: separando-se as células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular e pela substituição do núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de um indivíduo já existente. A primeira forma ocasiona a separação de novas células de um embrião, produzindo novos indivíduos exatamente iguais, porém diferentes de qualquer outro existente, como ocorre na natureza, a geração de gêmeos univitelinos. A segunda maneira de clonar foi a utilizada com a ovelha Dolly, substituindo-se o núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de um indivíduo já existente, reproduzindo assexuadamente um indivíduo igual a outro previamente existente.

transformar em qualquer tipo de célula, embora ainda não se possa controlar esse processo.³⁹² Alegam, ainda, que, embora a clonagem terapêutica gere a perda de muitos embriões, os ganhos obtidos na redução de doença e do sofrimento humano são maiores e superam o descarte de embriões.

Com todo respeito, tal entendimento não pode prosperar, pois não se pode permitir a utilização do ser humano como meio, como se pretende. Justifica-se que não seria moralmente condenável destruir os embriões, pois eles não têm a consciência e o desejo de ficar vivo, o que resulta numa conclusão lamentável a respeito da vida.

A Organização Mundial da Saúde considera a clonagem humana eticamente inaceitável, por violar o princípio da dignidade humana, em termos de identidade genética, pois a pessoa jamais pode ser considerada como meio, mas somente como um fim em si mesma.

Embora existam normas proibindo e vedando a clonagem humana, por ser considerada atentatória ao princípio da dignidade humana, ela já foi tentada em diversos países. O Prof. Jerry Hall, da Universidade George Washington, realizou o experimento de separação das células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular, com embriões humanos em 1993. No entanto, os embriões foram destruídos, por terem sido verificadas malformações genéticas.³⁹³

³⁹² Sérgio Ferraz. *Aspectos*, cit., p. 71.

³⁹³ Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 146.

A propósito, o cientista Richard Seed já anunciou que irá clonar a si mesmo já que está sendo proibido de clonar terceiros e que irá clonar a sua esposa.³⁹⁴

4.3.3. A clonagem humana e o biodireito

A lei de biossegurança, Lei nº 11.105/05, admite a clonagem terapêutica (artigo 5º), com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização em terapia. A previsão legal em questão coloca em risco o respeito à dignidade humana e ao direito à vida do embrião, pelo que será considerado a seguir.

Referida clonagem, sob o ponto de vista ético e jurídico é inaceitável, uma vez que transforma o ser humano em um meio, contrariando a idéia de que o ser humano é um fim em si mesmo. Tal clonagem é inconstitucional, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, e porque, o homem, na busca do conhecimento, não pode sacrificar a vida.³⁹⁵

Sobre esse aspecto, a reprodução de um ser humano, de forma assexuada, assume um caráter ilícito, por afrontar o princípio da

³⁹⁴ Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 147.

³⁹⁵ Volnei Garrafa. Crítica bioética a um nascimento anunciado. *R. CEJ* 16:13-28. Massimo Vari (Clonagem humana e o direito da pessoa: visão europeia. *R. CEJ* 16:73-8) adverte que: A clonagem pode servir para fins ilícitos ou fúteis, como possibilitar que uma pessoa clone a si mesma, para apenas retirar órgãos sadios de seu clone; pode servir à vontade de o ser humano clonar um ente querido já falecido, para realizar o desejo de reproduzir pessoas famosas como artistas, esportistas, cientistas etc.

dignidade humana de ter uma identidade genética própria, que vem 50% (cinquenta por cento) do pai e 50% (cinquenta por cento) da mãe.

Além do mais, o ser clonado teria o seu patrimônio genético predeterminado por outrem, e não único e irrepetível, como é o seu direito. Na reprodução sexuada, “o filho é fruto exatamente do pai e da mãe. Na clonagem reprodutiva, o filho é fruto de material genético, única e exclusivamente, masculino; portanto ele é alvo de uma predeterminação, que, do outro lado, contra a imprevisibilidade ou a aleatoriedade, tem trazido tal inquietação aos juristas e filósofos, e, hoje em dia, já se começa a construir, sobretudo na Europa, a idéia de um direito à imprevisibilidade genética, como sendo um dos dados componentes da personalidade humana, ou seja, essa predeterminação esvaziaria alguns direitos fundamentais do ser humano.”³⁹⁶

A esse respeito, “o artigo 226, § 7º da Constituição Federal brasileira, consagra o direito fundamental de constituir família. Trata-se do direito fundamental de procriar e de ver a prole juridicamente reconhecida. A questão que nos interessa é, porém, diferente: é a de saber se há um direito à autoprocriação ou replicação própria ou de terceiros, por meio do recurso das novas técnicas biomédicas.”³⁹⁷

Assim, “o filho a ser concebido tem direito a ser fruto de uma reprodução sexual, que é a única que outorga uma filiação biológica e

³⁹⁶ Sérgio Ferraz. Aspectos constitucionais na clonagem humana. *R. CEJ, Brasília*, 16:64-84.

³⁹⁷ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Clones, gens e imortalidade*, cit., p. 19-35.

não atenta contra o princípio da igualdade na concepção. O novo ser humano não pode ser ‘fabricado’ com um propósito ou fim. O modelo clonado resulta de um processo de reprodução, uma propriedade, em que um fornece matéria e o outro elabora. Ela nada mais é que um programa preconfigurado pelas expectativas daqueles que elegeram sua dotação genética. As vítimas dessa situação sofrem um autêntico ‘aprisionamento genético’, que é uma das formas mais invasivas de atentar contra a liberdade. A liberdade é irreduzível a qualquer manipulação.”³⁹⁸

Por essa razão, certamente que o recurso da clonagem não cabe no exercício da liberdade constitucional de procriar. Como assevera Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, o ser humano tem o direito de ter uma forma determinada de concepção. Por isso, a “unicidade da dotação genética, mais a paternidade e a maternidade biológicas são essenciais ao ser humano” (...), e devem ser tuteladas desde a concepção.³⁹⁹

Logo, em respeito ao direito à vida do embrião, tutelado desde a concepção, deve lhe ser assegurada vida digna, seja esta decorrente de reprodução sexuada normal, ou do patrimônio genético de seus pais biológicos, no caso da fertilização heteróloga.

Portanto, o embrião tem o direito a uma vida digna, com ascendência, idade e identidade genética estabelecidas de acordo

³⁹⁸ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Clones, gens e imortalidade*, cit., p. 19-35.

³⁹⁹ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Clones*, cit., p. 19-35.

com uma seleção natural, e não predeterminada pela vontade do clonador.

Surge, então, o direito à identidade pessoal como novo direito personalíssimo: o ser em si mesmo com características e ações próprias únicas e irreproduzíveis.

Ademais, “o ser humano tem o direito de ser único e irrepetível”⁴⁰⁰, pois pode-se clonar a pessoa, na sua estrutura corpórea, mas disso não resulta cópia idêntica da alma da pessoa, que é criada diretamente por Deus. Ademais, o desenvolvimento psicológico, a cultura e o ambiente levam sempre a personalidades diferentes.

A esse respeito, oportuna a colocação de Maria Garcia: “Essa ‘totalidade unificada’ a que se denomina ser humano e, portanto, única, singular e irrepetível. E, conforme enfatizam, a conhecemos e distinguimos mediante a corporalidade. Por essa singularidade e irrepetibilidade, respeitar o corpo humano supõe também salvaguardar sua identidade: A pessoa é um bem em si mesmo, é dizer, não relativo a outra coisa, o que significa que esse bem não poderá ser instrumentalizado, ou seja, utilizado para outra coisa porquanto a pessoa – por sua mesma natureza – nunca pode ser um bem útil ou instrumental.”⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 525.

⁴⁰¹ Maria Garcia. *Limites*, cit., p. 100-101.

A clonagem afronta a dignidade humana, pois “se instrumentaliza al nuevo ser. (...) Se vulnera la dignidad del embrión clonado porque se le priva de su individualidad genética, al ser una réplica de otro ya existente. (...) Pero hay que diferenciar la importancia que la integridad genética tiene para um individuo concreto y la que tiene para la supervivencia de la especie humana como um todo”⁴⁰²

Diante da possibilidade da clonagem, surgem algumas indagações, tais como “1Qual vai ser a idade do clone quando nascer? Terá a mesma idade de um recém-nascido?”⁴⁰³, entre outras de ordem científica.

Mas é preciso cautela com o desejo de clonar, pois a baixa eficiência da técnica de clonação não aconselharia seu emprego em seres humanos. Dolly deixou essa dúvida, pois nada garante que não tenha havido contaminação das células indiferenciadas (*stem cells*) na cultura das células da glândula mamária da qual foi retirada a célula doadora do núcleo que veio a formar Dolly.⁴⁰⁴

Por outro lado, é importante ressaltar que a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem, artigo 11,

⁴⁰² Francesca Puigpelat Martí. Clonación, dignidad humana y constitución. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 42: 37-65. Tradução própria: Se instrumentaliza o novo ser, se vulnera a dignidade do embrião clonado porque o priva de sua individualidade genética, ao transformá-lo na réplica de um outro já existente. Por isso, há que se considerar a importância que a identidade genética tem para um indivíduo completo e para o futuro da espécie humana como um todo.

⁴⁰³ Mayana Zatz. Genética e ética. Conferência proferida no Seminário Internacional de Clonagem Humana: Questões Jurídicas, *R. CEJ, Brasília*, 16:13-28.

⁴⁰⁴ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 532.

considera a clonagem reprodutiva de seres humanos como uma prática contrária à dignidade humana. A Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa proíbe a criação de seres humanos por clonação (Recomendação nº 1.046/86, n. 14, IV e Resolução de 16.3.1989, n. 41).⁴⁰⁵

A contrário senso, a lei de biossegurança (Lei nº 11.105/05, artigo 6º, III, 24 e 25)⁴⁰⁶ veda a manipulação genética de células germinais humanas, de zigotos humanos e de embriões humanos, considerando-a como crime. Contudo, permite a intervenção em material genético humano *in vivo* apenas para terapia de enfermidades genéticas, condicionando-a aos princípios éticos da autonomia e da beneficência.

A Constituição Federal de 1988, artigo 5º, V e X resguarda o direito à imagem, visto ser o DNA a imagem científica da pessoa, e como tal devendo ser preservado.

A clonagem, entretanto, tem o seu aspecto vantajoso, como exemplo, a cópia de células sadias poderá auxiliar aqueles que sofreram queimaduras, uma vez que é feita da própria pele do paciente e não retirada de embriões clonados. Ainda, a clonagem de novos neurônios poderá auxiliar na recuperação da capacidade mental

⁴⁰⁵ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Clones*, cit., p. 21.

⁴⁰⁶ É o teor do artigo 6º, III, do artigo 24 e do artigo 25 da Lei nº 11.105/2005: “Fica proibido: III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.” Artigo 24: “Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” Artigo 25: “Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

dos portadores de mal de Alzheimer. Podem-se produzir próteses naturais de seios a partir da multiplicação em laboratório de células extraídas do próprio corpo da mulher.⁴⁰⁷

Assim, verifica-se que a terapia com células-tronco pode e deve ser realizada com a utilização de células retiradas do próprio corpo do paciente, sem a necessidade de utilização de células-tronco embrionárias retiradas de seres clonados.

A clonagem terapêutica, prevista no artigo 5º da Lei nº 11.105/05 afronta o artigo 1º, III da Constituição Federal, pois vai contra o fundamento da dignidade humana. Também vai contra o artigo 5º, III da Constituição Federal de 1988 que estabelece que ninguém poderá ser submetido a tratamento desumano ou degradante. Assim, tal clonagem apresenta-se como inconstitucional, devendo o dispositivo que a permite, ser banido do ordenamento jurídico pátrio.

Sob o aspecto religioso, a igreja católica condena a clonagem, pois rejeita qualquer meio de concepção não natural, e entende que uma pessoa tem o direito de nascer de uma forma humana e não em laboratório, e, por isso, solicitou, em 1997, que a clonagem humana fosse proibida.

⁴⁰⁷ Tereza Rodrigues Vieira (*Bioética*, cit., p. 25-6) noticia que: O instituto Roslin está criando em laboratório vacas e ovelhas aptas a produzir as proteínas e anticorpos do plasma sanguíneo humano que poderá ser utilizado em transfusões de sangue sem os riscos de contaminação do vírus HIV e hepatite.

O rabino, Henri Sobel, afirma ser uma arrogância reduzir o mistério da criação a uma experiência de laboratório, mas entende que o homem, como parceiro de Deus, deve usar de sua inteligência para aperfeiçoar a vida na Terra.⁴⁰⁸

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e Biomedicina proíbe a clonagem humana. Assim como a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem (UNESCO - 1997), que classifica a clonagem humana como contrária à dignidade humana.

Não se pode negar que, no caso da clonagem terapêutica, há verdadeiro conflito entre a liberdade de investigação científica e as exigências da dignidade inerente à pessoa humana, pois aquela não é um direito absoluto e está limitada por outros direitos fundamentais e, principalmente, pelo respeito à dignidade inalienável do ser humano.⁴⁰⁹

É por isso que, “com a inclusão da cláusula geral de proteção da pessoa humana, todas as novas técnicas, ao invés de, pura e simplesmente, serem rejeitadas ou, pior, reguladas de forma tipificadora, de tal maneira que a cada mês ou a cada dia as consideremos superadas, devem dar lugar a uma ponderação axiológica, a fim de que a promoção da dignidade da pessoa humana possa, em qualquer circunstância, ser o norte para a definição do direito a ser aplicado. Essas técnicas são terapêuticas, de apoio, e não

⁴⁰⁸ Xerocando seres vivos. Folha de São Paulo, 21.03.1997. In: Tereza Rodrigues Vieira. *Bioética*, cit., p. 33.

⁴⁰⁹ Pedro Frederico Hooft. A visão latino-americana. *R. CEJ, Brasília*, 16:64-84.

substitutivas da relação familiar ou das relações de Direito Civil como conhecemos hoje.”⁴¹⁰

Então, a cláusula geral de proteção da pessoa humana faz com que a sociedade tenha de ponderar os interesses em jogo diante das novas técnicas científicas. É preciso que se faça uma ponderação axiológica diante da possibilidade de analisar as finalidades das técnicas científicas em consonância com o valor da pessoa.⁴¹¹

⁴¹⁰ Gustavo José Mendes Tepedino. Clonagem: pessoa e família nas relações de direito civil. *R. CEJ*, 16:49-63.

⁴¹¹ Elimar Szaniawski (*Considerações*, cit., p. 190) ensina que: “A Constituição brasileira de 1988 traz, expressamente, no inciso III do art. 1º, como princípio informador constitucional fundamental o princípio da dignidade da pessoa. Através dessa regra constitucional expressa, a Constituição reconhece a tutela geral de personalidade, consistindo a tutela da dignidade da pessoa em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, constituindo-se o princípio da dignidade em um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico. Constitui-se a regra da dignidade da pessoa na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa, o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.”

5. TERAPIA GÊNICA

5.1. Considerações gerais sobre o projeto genoma humano

Em 30 de maio de 1953, James Watson e Francis Crick publicaram na revista *Nature* uma interpretação correta da estrutura cristalina do DNA.⁴¹²

O Projeto Genoma teve início em 1990 com o objetivo de identificar, fazer o mapeamento de todos os genes e determinar as seqüências de três bilhões de bases que compõem o DNA.⁴¹³

A ordenação dos fragmentos de DNA, de forma a corresponderem às suas respectivas posições nos cromossomos, foi

⁴¹² Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi. As síndromes: matar ou curar? *In: A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 105-125. The human genome projects and bioethics. Kennedy Institute of ethics journal, mar. 1991, p. 71. (In: Maria Helena Diniz. *O estado*, cit. p. 455) afirma que: O gene é composto por cada segmento de cadeia de DNA que contém a seqüência específica de bases necessárias para a produção de uma proteína. "Genoma é a coleção de genes de uma espécie. Após 13 anos de pesquisa, a ciência obtém a seqüência completa do genoma humano. O mapa está completo, faltando apenas a identificação da localização de cada um dos genes e a função exata por eles desempenhada. Com a decifração do genoma humano, a próxima etapa é o proteoma, ou seja, a descoberta e a sistematização das proteínas codificadas pelo DNA. Com o mapeamento do genoma humano, a expectativa de vida será de 90 anos, as doenças serão diagnosticadas antes do surgimento dos sintomas, muitas pessoas poderão ser geneticamente modificadas e os pacientes com moléstias graves serão tratados com receitas adequadas à sua constituição genética. Com isso, deverão advir leis que evitem a discriminação genética e a criação de uma subclasse sem direito à assistência médica, a seguro-saúde, ao emprego etc., em face de suas condições genéticas." Para Francisco Vieira Lima Neto (*Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética*. Leme-São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 36), "genoma é o conjunto das informações genéticas de cada ser vivo."

⁴¹³ Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes e Sandra Sordi. Aspectos atuais do projeto genoma humano. *In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169-195.

finalizada em 2000, mas a ciência necessita de mais de cinco anos para a identificação de seus genes, e de mais de um século para o conhecimento do funcionamento de todos os genes e da estrutura de cada proteína que os genes codificam.⁴¹⁴

Desvendar o código genético de uma pessoa significa desvendar o seqüenciamento da bases dentro do DNA para cada organismo, descobrindo o segredo de sua formação e de seu funcionamento.⁴¹⁵

O projeto genoma humano contribuiu para o avanço da terapia gênica, que é o tratamento de doenças por meio da transferência de informação genética para células específicas do paciente, nas células somáticas, nas células germinativas e no

⁴¹⁴ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano. *In*: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 306-325. Maria Helena Diniz (O estado, cit., p. 455) afirma: “O Projeto Genoma Humano (PGH), superstar da *big science*, constitui um dos mais importantes empreendimentos científicos dos séculos XX e XXI e um dos mais fascinantes estudos que poderia ter sido feito nesta nova era científica, em virtude de seu potencial para alterar, com profundidade, as bases da biologia, por ser uma revolucionária tecnologia de seqüenciamento genético baseada em marcadores de ADN, que permitem a localização fácil e rápida dos genes. Com isso o genoma humano, que é propriedade inalienável da pessoa e patrimônio comum da humanidade (art. 1º da Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos), passará a ser a base de toda pesquisa genética humana dos próximos anos. Esse projeto, ao descobrir e catalogar o código genético da espécie humana, efetuando um mapeamento completo do genoma humano, possibilitará a cura de graves enfermidades, explorando as diferenças entre uma célula maligna e uma normal para obter diagnósticos de terapias melhores.” A SABIO – Sociedade Amigos do Instituto Biológico de São Paulo (www.geocities.com). *In*: Gislayne Fátima Diedrich. *Genoma Humano*, cit., p. 214-232) explica: “A maior parte das células do nosso organismo possui no seu núcleo uma estrutura contendo o projeto de construção e de funcionamento de todo o corpo, o genoma humano. O genoma é composto por 46 filamentos enrolados em pacotes, os cromossomos, que, por sua vez, são constituídos por uma macromolécula, chamada ácido desoxirribonucléico, o DNA.” (...) A configuração do DNA é a de ‘uma escada flexível, formada por duas cordas torcidas, ligadas por degraus muito estreitos’. Cada ‘corda’ é um arranjo linear de unidades semelhantes que se repetem, chamadas nucleotídeos, e se compõe de açúcar, fosfato e uma base nitrogenada. Existem quatro bases nitrogenadas no DNA, as quais se unem aos pares para formar os ‘degraus’ da escada: adenina (A), timina (T), guanina (G) e citosina (C).”

⁴¹⁵ SABIO – Sociedade Amigos do Instituto Biológico de São Paulo. <http://www.geocities.com/CapeCanaveral/Hall/6405/genoma/projetogenoma1.htm>. *In*: Genoma Humano: Direito internacional e legislação brasileira. *In*: Gislayne Fátima Diedrich. *Genoma*, cit., p. 214-232.

embrião e consiste na eliminação, alteração ou troca dos genes responsáveis por certas enfermidades por genes geneticamente modificados.⁴¹⁶ Difere da manipulação genética que visa a modificação do genoma com o desígnio de lograr um indivíduo perfeito, e não curar doenças, tendo em vista que implica na possibilidade de os pais escolherem o sexo dos bebês, questões de ordem estética, racial etc.

A terapia gênica pode se dar em células somáticas ou germinais.

“A terapia gênica germinativa basicamente manipula células reprodutivas (os gametas – óvulos, espermatozóides ou células precursoras), o que acarretaria, conseqüentemente, a alteração definitiva do material genético para a formação de futuras gerações.”⁴¹⁷

Essa espécie de terapia envolve aspectos éticos e, por isso, causa muita polêmica, pois pode acarretar danos irremediáveis à preservação da espécie humana, sendo vedada no Brasil e em outros

⁴¹⁶ Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes e Sandra Sordi. (Aspectos atuais do projeto genoma humano. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito*, cit., p. 169-195) afirmam: Para Sarmiento “(...) a engenharia genética, uma das áreas da Biotecnologia: consiste em técnicas destinadas a transferir para a estrutura da célula algumas informações genéticas, objetivando a projeção e a intervenção modificativa.” Por sua vez, Maria Garcia (*Limites*, cit., p. 45) ensina que “genética, ramo da Biologia que estuda as leis de transmissão dos caracteres hereditários e as propriedades das partículas que asseguram essa transmissão (DNA). DNA (ácido desoxirribonucléico), o segredo bioquímico da vida, encontrado no núcleo de uma célula, compõe uma parte do cromossomo juntamente com as proteínas que lhe dão sustentação.” De outra feita, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (*Direito ao patrimônio*, cit., p. 16) admite que, “em termos técnicos, a palavra genética é a ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão dos caracteres, bem como a formação e a evolução das espécies animais e vegetais.” Para Fiorillo e Rodrigues (*Direito ao patrimônio genético*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 148-151), “a engenharia, mais conhecida como tecnologia da Biotecnologia, é um conjunto de técnicas e atividades que permite aos cientistas identificar, isolar e multiplicar genes dos mais diversos organismos.

⁴¹⁷ Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 133.

países, pelos documentos internacionais que tratam do tema, pois fere o direito à vida digna do embrião.

Para Maria Helena Diniz, “A terapia genética de células germinativas (TGCG) realiza-se na fase pré-implantatória, quando o zigoto apresenta células, ou antes da fertilização, atuando sobre o espermatozóide, o óvulo ou pré-embrião (célula totipotente), que ainda não alcançou uma fase de desenvolvimento celular diferenciado, com o objetivo de corrigir a anomalia genética que neles esteja configurada, mudando em definitivo o genoma...”⁴¹⁸

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras estabelece que as pessoas têm o direito à vida e à preservação da espécie humana, em seu artigo 3º.⁴¹⁹

O Considerando 10, da Recomendação Européia nº 1.046/1986, estabelece que “(...) O embrião e o feto humano devem se beneficiar, em toda circunstância, do respeito devido à dignidade humana.”⁴²⁰

A terapia gênica somática “somente pode ser utilizada para o tratamento de doenças genéticas recessivas, em células de diferentes

⁴¹⁸ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 477-478.

⁴¹⁹ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (*Limites*, cit., p. 309-311) apresenta a definição do Artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras: “As pessoas pertencentes às gerações futuras têm direito à vida, à manutenção e perpetuação da Humanidade, nas diversas expressões de sua identidade. Por conseguinte, está proibido causar dano, de qualquer maneira que seja, à forma humana de vida, em particular com atos que comprometam de modo irreversível e definitivo a preservação da espécie humana, assim como o genoma e a herança genética da Humanidade, ou tendam a destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, racial ou religioso.”

⁴²⁰ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Limites*, cit., p. 309-311.

tecidos, não relacionados à produção de gametas. Basicamente, provoca uma alteração no DNA do portador da patologia, sem gerar conseqüências para as futuras gerações, através da utilização de um vetor que realizará a modificação.”⁴²¹

Assim, é lícita somente a terapia gênica para corrigir defeitos físicos graves, vedando-se a manipulação genética de células germinais humanas, a intervenção de material genético humano *in vivo* e o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, salvo para fins terapêuticos, conforme dispõe a Lei nº 11.105/2005, artigo 6º, II e III.⁴²²

Para o tratamento em células somáticas, faz-se a reintrodução de células geneticamente tratadas no paciente doente, os genes sadios, o que não acarreta a mudança definitiva do genoma do paciente. Neste caso, o genoma do indivíduo é modificado, porém, essa alteração não se transfere a gerações futuras. É importante ressaltar que nesta hipótese deve-se respeitar a autodeterminação do

⁴²¹ Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 134. Maria Helena Diniz (*O estado*, cit., p. 475) ensina que: “A terapia gênica de células somáticas humanas (TGCS) do paciente em qualquer etapa de seu desenvolvimento, menos na fase pré-embriônica, para curá-lo de uma enfermidade é admissível ética e juridicamente, desde que se tomem precauções para não prejudicar a sua integridade física ou aumentar seu sofrimento, piorando suas condições de vida, ou, ainda, para não afetar a sua descendência. Essa terapia opera-se por meio de duas técnicas: *ex vivo*, mediante a retirada de células do paciente, por exemplo, as da medula óssea ou as do pâncreas de um diabético, para efetivação de uma cultura, usando-se vetores virais, físicos ou químicos para nelas inserir o gene previamente isolado, levando-se depois, por infusão, tais células tratadas de volta ao paciente; *in vivo*, em que o gene ‘engenheirado’ é levado diretamente ao organismo do paciente, pelo emprego de vetores, mas dispensando-se a retirada de células e uma subsequente reintrodução no paciente.”

⁴²² É o teor do artigo 6º, incisos II e III da Lei nº 11.105/2005: Art. 6º “Fica proibido: (...) II – Engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei; III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.”

paciente com o esclarecimento livre e esclarecido, pois nada garante que a terapia logrará êxito.

O tratamento em células germinativas é realizado no zigoto ou nos gametas, provocando alterações em todas as células do recém-nascido, alterando definitivamente a herança genética do paciente, que será transmitida para seus descendentes. Modifica-se o indivíduo e seus descendentes, com conseqüências imprevisíveis ao patrimônio da humanidade. Essa técnica é tida como crime pela lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005, artigo 6º, III).

Por tudo o que foi exposto, deduz-se que a terapia gênica influencia diretamente no direito à vida do embrião, pois possibilita a alteração de seu código genético, com a terapia gênica em células somáticas e germinativas, atingindo seu próprio patrimônio genético, enquanto direito da personalidade, e, portanto, direito fundamental, enquanto patrimônio da humanidade.

5.2. A terapia gênica e o direito à vida do embrião

A terapia gênica embrionária visa alterar a composição da pessoa por nascer e de todos os seus descendentes.⁴²³ O projeto

⁴²³ Maria Helena Diniz (*O estado*, cit., p. 474.) ensina: A terapia gênica ou geneterapia visa a transferência de genes de um organismo para o outro para curar ou diminuir distúrbios, moléstias genéticas ou não genéticas. A terapia gênica utiliza vírus, que transportam genes em lugar de medicamentos para tratamento de doenças. Essa terapia também pode se voltar a obtenção de proteínas ou substâncias de valor terapêutico, retiradas de organismos transgênicos, mediante a introdução de material genético em animais. “O animal transgênico é obtido mediante a introdução no núcleo de uma célula embrionária animal de pedaço de DNA humano com genes que comandam a produção da proteína desejada, para depois introduzir esse núcleo transgênico no óvulo desnucleado de outro animal, a ser implantado no útero de um terceiro animal, que dará à luz uma precursora de rebanho capaz de produzir

genoma humano possibilita que os genes defeituosos sejam substituídos por genes sadios por meio da terapia gênica.⁴²⁴

Todavia, as descobertas do projeto genoma, além de trazerem benefícios para a humanidade, podem, também, gerar a segregação dos deficientes, a seleção dos homens em prol do progresso da espécie, o preconceito derivado de identidade genética, entre outros malefícios, e, por isso, deve respeitar os direitos da personalidade e o direito fundamental à vida.

Nesse sentido, há um receio de que a engenharia genética seja revestida de caráter meramente econômico, e não de fatores ideológicos, pelo desejo de se criar uma raça pura, ariana, superior, criando um modelo ideal de indivíduo, o que é possível de ser concretizado, com os recursos oferecidos pela engenharia genética.

É por isso que surge a possibilidade de se criar uma discriminação fundada no patrimônio genético e não na raça: o que se chama de 'nazismo do sangue'.⁴²⁵

leite contendo proteínas para tratamento de moléstias humanas, como osteoporose e hemofilia.” (Vide Jaime Espinosa, *Questões de bioética*, São Paulo, Quadrante, 1998, p. 87-8).

Adriana Diaféria (*Clonagem*, cit., p.133) ensina: A terapia gênica “envolve a manipulação de genes do indivíduo para corrigir defeitos genéticos, ou seja, aqueles que acarretam uma consequência física para o seu portador. Pode ser de dois tipos: correção, complementação ou adição. A correção seria para a inserção de um gene funcional no local de um não funcional ou deleção de um gene deletério. A complementação ocorre quando é feita a introdução de uma cópia normal sem modificação do original. Adição seria o acréscimo de um gene ausente no genoma.”

⁴²⁴ O Estado de São Paulo (20.11.2005, p. A25) noticia: “Terapia usa vírus para atacar tumor. Empresa obteve autorização na China para vender o produto, cópia de uma técnica americana, contra câncer de pescoço e cérebro.” Vírus é modificado geneticamente para atacar somente células com defeito típico. O H101 usa um tipo de vírus do resfriado modificado para atacar somente as células com um particular defeito genético – típico de células cancerosas.”

⁴²⁵ Lorenzo Chieffi. *Ingegneria genetica i valori personalistici*. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito*, cit, p. 21-67.

A propósito, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas afirma que o patrimônio genético de uma pessoa “passa a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir (...). Cada ser humano tem o direito de ser diferente de todos os outros e é nesta diferença que se constrói o equilíbrio social.”⁴²⁶

Assim, o embrião tem o direito à vida e o direito de se desenvolver naturalmente, sem que haja interferência no seu patrimônio genético, de modo a modificar as células germinativas, o que gera conseqüências aos herdeiros e ao patrimônio da humanidade.

A esse respeito, Richard C. Lewontin, biólogo evolucionista, adverte a respeito do determinismo biológico: “(...) La fallacia del determinismo consiste nel suporre che I geni facciano l’organismo e che quest’ultimo no subisca alcun condizionamento dall’ambiente circostante: ‘in base a un principio fondamentale della biologia dello sviluppo’, invece, ‘gli organismi sono sottoposti a uno sviluppo continuo, dal concepimento alla morte, uno sviluppo che è irripetibile conseguenza dell’interazione dei geni all’interno delle cellule, della sequenza temporale di ambienti attraversata dagli organismi e dei

⁴²⁶ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas. *Direito*, cit., p. 17-18.

processi cellulari casuali che determinano la vita, la morte e le trasformazioni delle cellule.”⁴²⁷

O determinismo biológico retira a possibilidade de que a natureza realize suas próprias façanhas, influenciando no desenvolvimento normal da vida do indivíduo, transformando a pessoa numa coisa segmentada, possibilitando que o indivíduo possa dispor de partes de seu corpo, dando ao corpo humano um emprego mercantil e comercial, fazendo com que o indivíduo seja totalmente dependente de suas características genéticas.

Logo, o perigo do determinismo ou reducionismo genético não deve encobrir os benefícios das descobertas científicas. Mas não se pode permitir que “o determinismo ou reducionismo biológico induza ao abandono de uma leitura unitária do ser humano, e imponha ao intérprete uma visão cindida e despersonalizada do homem, que distingua um indivíduo do outro, um grupo social de outro, tendo em consideração apenas suas características genéticas peculiares.”⁴²⁸

Não há dúvida de que a descoberta de uma técnica com potencialidade terapêutica pode causar o melhoramento da qualidade de vida e da saúde humana, como corrigir os erros ou defeitos

⁴²⁷ Lorenzo Chieffi. *Ingegneria genética*, cit., p. 27. Tradução livre: A falácia do determinismo consiste na suposição de que os genes fazem o organismo e que este não retira algum condicionamento do ambiente externo. Com base num princípio fundamental da biologia do desenvolvimento, os organismos são sujeitos a um desenvolvimento contínuo, da concepção à morte, um desenvolvimento que é irrepitível consequência da interação dos genes internos das células, da seqüência temporalque envolvem os organismos e dos processos celulares que determinam a vida, a morte e a transformação das células.

⁴²⁸ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano. *In*: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito*, cit., p. 306-325.

genéticos, a cura de patologias até agora consideradas irreversíveis, com a manipulação dos genes, para curar doenças cardiovasculares, tumores, aids etc.

Daí a necessidade de uma adequada regulamentação e controle do emprego da engenharia genética para que possa ser usada com o objetivo de causar um benefício ao ser humano,⁴²⁹ porque as intervenções de caráter biotecnológico não podem se distanciar dos valores personalistas consagrados pela Constituição Federal brasileira de 1988, que considera o homem um fim em si mesmo.

Embora a Constituição Federal brasileira de 1988 confira ampla esfera de autonomia aos cientistas, em seu artigo 218,⁴³⁰ através da salvaguarda da descoberta da ciência, é indubitável que tal situação jurídica deva ser balanceada com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque a engenharia genética pode se prestar a objetivos de cientistas sem escrúpulos.

Assim, há um perigo constante para a dignidade humana de recorrer às práticas discriminatórias de eugenismo seletivo,

⁴²⁹ Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (Genoma humano, direito à intimidade e novo Código Civil: problemas e soluções. *Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* – 29:111-123) afirma: “A recente preocupação jurídica não consiste, portanto, em impedir a utilização da genética, mas em criar mecanismos para a tutela dos direitos fundamentais envolvidos em caso de sua violação, bem como de evitar que a utilização massiva das novas descobertas científicas converta a humanidade em um laboratório que possa ser utilizado de qualquer maneira e a qualquer custo em nome da ciência. Em outras palavras, o Direito se preocupa com coisificação do ser humano que pode advir da utilização sem medidas das descobertas científicas e da sua comercialização em grande escala.”

⁴³⁰ Artigo 218 da Constituição Federal de 1988: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

principalmente na manipulação dos embriões que estão sujeitos aos desejos dos genitores de ter um filho com características físicas particulares (cor dos olhos, dos cabelos, altura, sexo etc).⁴³¹

E, “em decorrência da aquisição de novos conhecimentos relacionados ao mapeamento do genoma humano, em especial no que toca à influência dos genes na determinação do comportamento do homem e no surgimento de doenças congênitas, ativistas dos direitos civis de associações americanas e européias temem o surgimento de uma *genetic under class* (seres humanos de uma subclasse genética) considerada não-empregável em razão do surgimento de uma nova forma de discriminação da pessoa, de mais um atentado ao princípio da igualdade, qual seja, a discriminação genética (...)”⁴³²

Nesse sentido, a lei francesa de 1994 prevê a pena de 20 anos de reclusão para aquele que realizar uma ação eugênica com o escopo de organizar a seleção de pessoas. Análoga prescrição existe para as intervenções no patrimônio genético de células germinais que

⁴³¹ O Estado de São Paulo (21.11.2005, p. A12) noticia: “Novo teste de *Down* provoca apreensão. Portadores da síndrome e especialistas temem que exame precoce de detecção da doença leve mais mulheres a abortar.”

⁴³² Muitas empresas norte-americanas pedem certidões genéticas em testes admissionais e, na Europa, as seguradoras condicionam o valor do prêmio à presença de doenças genéticas. Isso vai contra a dignidade da pessoa humana. Francisco Vieira Lima Neto. *Mapeamento de DNA, cit., p. 71-89*. ensina: “Uma das formas mais comuns dessa nova forma de discriminação é negar ao ser humano a adesão a um plano de seguro de vida baseado no genoma do indivíduo. As companhias de seguro privado, via testes genéticos obrigatórios aos quais candidatos a contratar têm que se submeter, obtêm diagnósticos que predizem o risco pessoal daquele candidato em relação a doenças e morte. (...) No campo das relações trabalhistas já se começam a reportar casos de discriminação dessa natureza. Muitos trabalhadores acreditam não serão contratados – ou que serão limitados – devido ao seu ‘risco genético’, sendo de se observar também o aparecimento, no seio dos trabalhadores empregados, do receio de trocar de empresa e ter que se submeter a um teste genético determinado pelo novo empregador, com perda da cobertura do plano de saúde, o que dificulta o desenvolvimento de seu potencial profissional e infringe o seu direito de obter melhores condições de renda.”

têm o efeito de transformar as características genéticas modificando a descendência das pessoas, incidindo sobre o patrimônio genético das gerações seguintes.

O projeto genoma humano não se afasta da obrigatoriedade ao respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Nesse aspecto, é importante ressaltar que todas as pessoas têm o direito ao respeito à sua dignidade independentemente de suas características genéticas. Logo, o embrião não pode ser reduzido às suas características genéticas, e sua singularidade deve ser respeitada, porque o genoma é o retrato de quem somos; é a imagem científica do embrião.

O patrimônio genético passou a ter tratamento jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, §1º, II, com o objetivo de preservação da espécie.⁴³³ Para que o uso de conhecimentos genéticos não trouxesse malefícios ao ser humano o legislador editou a Lei nº 8.974/95, revogada pela Lei nº 11.105/2005 (lei de biossegurança).

Por oportuno, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, afirma que: o genoma humano está intimamente ligado ao dever de respeito à dignidade da pessoa humana. Deve-se respeitar a identidade e a

⁴³³ É o disposto no Inciso II do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal brasileira de 1988: “Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.”

integridade do ser humano, porque o homem é sujeito de direitos, e jamais objeto.⁴³⁴

Nesse contexto, nenhuma pesquisa relativa ao projeto genoma poderá prevalecer sobre a dignidade humana e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Por isso, não se pode permitir a clonagem reprodutiva de seres humanos e a clonagem de embriões para retirada de células-tronco.

O genoma humano em seu estado natural é patrimônio comum, não podendo ser usado para fins comerciais.

O fato de ter sido conquistado o seqüenciamento do genoma humano não significa que os resultados práticos serão suportados imediatamente. Ele é apenas o começo da descoberta para novas terapias.⁴³⁵

O embrião tem o direito à vida, bem como o direito a que o seu patrimônio genético não sofra interferência humana, a não ser que seja para fins terapêuticos, sem influência em suas células germinais. Ademais, tem o direito de vir à vida da forma como é, com suas características peculiares e singulares, a fim de que não seja vítima de

⁴³⁴ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (*Imaculada concepção*, cit. p. 199) ensina: “Em que consiste a dignidade humana? Como valor absoluto da pessoa, Santo Tomás de Aquino ensina-nos que ‘é a bondade por si mesma, utilidade, bondade para outra coisa. É a superioridade ou elevação da bondade, a interioridade ou profundidade de semelhante realeza. É a suprema valia interior do sujeito que a ostenta. É aquela excelência correlativa a um grau de interioridade que permite ao sujeito manifestar-se como autônomo, que se apóia ou sustenta-se em si mesmo. É sinônimo de majestade ou de realeza.” (*In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Limites éticos e jurídicos do projeto genoma*, cit., p. 310).

⁴³⁵ O Estado de São Paulo (19.02.2006, p. A 21) noticia: “Bioinformática avança, novos biólogos usam genoma como ferramenta, mas resultados práticos ainda estão longe.”

um determinismo genético. E, por isso, há tratados internacionais que se preocupam em regulamentar o genoma humano, como será visto a seguir.

5.3. Os tratados internacionais a respeito do projeto genoma e a legislação brasileira.

O Código de Nuremberg de 1947, após a Segunda Guerra Mundial, tratou da relação ser humano e pesquisador, abrangendo a necessidade de consentimento voluntário do paciente, para a realização de experiências e tratamentos médicos.⁴³⁶

A Declaração de Helsinque, de 1964 até 1996, salientou a importância do consentimento e a informação do ser humano voluntário como princípios básicos principalmente na pesquisa não terapêutica, mas admite que, em alguns casos, o médico possa considerar fundamental não obter o consentimento informado. Esta declaração também salientou o interesse do indivíduo em detrimento da sociedade. Foi declarado, também, que os resultados das pesquisas devem ser aplicadas em seres humanos sempre com o fim de amenizar o sofrimento da humanidade.⁴³⁷

O relatório Belmont de 1978 considerou relevantes três princípios básicos para a bioética: respeito às pessoas, beneficência e justiça. O princípio do respeito às pessoas corresponde à autonomia e

⁴³⁶ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Limites*, cit., p. 312-3. Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 98.

⁴³⁷ Adriana Diaféria. *Clonagem*, cit., p. 98.

preconiza a idéia de que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e que as pessoas com autonomia diminuída têm direito à proteção. O princípio da beneficência obriga o pesquisador a agir sem causar dano ao paciente. E o princípio da justiça estabelece que a pesquisa científica deve ser aplicada para toda a sociedade de maneira igualitária; todos, de acordo com as suas necessidades, devem ter acesso às possibilidades de amenizar o sofrimento causado por doenças com as técnicas que a pesquisa científica pode oferecer.⁴³⁸

A Declaração de Valência de 1990, sobre ética e projeto genoma humano, evidenciou o respeito que se deve ter com a variedade genética humana e a dignidade humana, ressaltando os obstáculos éticos à terapia gênica em células germinativas.⁴³⁹

A Declaração de Bilbao, de 1993, sobre o direito ante o Projeto Genoma Humano enfrenta a questão da relação entre o direito e o projeto genoma, surgindo a indagação de como deve ser a norma sobre genoma humano e se ela deve existir.⁴⁴⁰

O Convênio do Conselho da Europa, para a proteção dos direitos humanos e a dignidade do ser humano em relação às aplicações da biologia e da medicina, de setembro de 1996, prevê a proibição da discriminação com base no patrimônio genético de uma

⁴³⁸ Gislayne Fátima Diedrich. *Genoma humano*, cit., p.214-232. Renata Braga da Silva Pereira. *DNA*, cit., p. 292.

⁴³⁹ Gislayne Fátima Diedrich. *Genoma humano*, cit., p.214-232. Renata Braga da Silva Pereira, *DNA*, cit., p. 291.

⁴⁴⁰ Gislayne Fátima Diedrich. *Genoma humano*, cit., p.214-232.

pessoa. Ressaltou que são permitidas intervenções no genoma apenas para finalidades terapêuticas ou de diagnósticos, e não a intervenção em células germinativas, que alteram o genoma dos descendentes. Ainda, ressaltou que só se permite a escolha do sexo de uma criança nos casos em que há risco de transmissão de doenças ligadas ao sexo.⁴⁴¹

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO de 1997 reconheceu que o genoma humano está ligado à dignidade da pessoa humana, entendendo que a dignidade de uma pessoa não pode ser reduzida às suas características genéticas.⁴⁴²

Esse documento ressaltou expressamente a preocupação com vários direitos fundamentais: o respeito ao caráter único de cada indivíduo; o consentimento prévio, livre e informado, a possibilidade de a pessoa decidir se quer ou não ser informada sobre os resultados dos exames genéticos; a confidencialidade de dados genéticos; o direito à indenização pelos prejuízos causados por intervenção no genoma dos indivíduos; o acesso a toda pessoa dos progressos do genoma humano.

A Declaração da UNESCO ainda expressou a idéia de que o genoma humano é patrimônio da humanidade e que não pode dar lugar, no seu estado natural, a benefícios pecuniários.

⁴⁴¹ Gislayne Fátima Diedrich. *Genoma humano*, cit., p.214-232.

⁴⁴² Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Limites*, cit., p. 313. Renata Braga da Silva Pereira. *DNA*, cit., p. 259-317.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no artigo 1º, III; o direito à vida no artigo 5º, *caput*; a liberdade de expressão da atividade científica no artigo 5º IX; a propriedade industrial no artigo 5º, XXIX, o transplante de órgãos no artigo 199, § 4º, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no artigo 225.

A Lei nº 11.105/2005, lei de biossegurança, estabelece regras para a biossegurança e biotecnologia, proibindo, por exemplo, a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano e a clonagem humana, constituindo essas hipóteses como crimes, punidos com a pena de reclusão, entre outras situações.

A Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde sobre pesquisas envolvendo seres humanos, incorporou os quatro princípios básicos da bioética: autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça.

Releva discutir, portanto, a natureza jurídica do genoma humano, o que será feito no próximo subitem.

5.4. A natureza jurídica do genoma humano

A natureza jurídica do genoma humano é de direito da personalidade e não mero direito patrimonial, observando-se a necessidade de sua tutela, proteção ou defesa enquanto tal, pois é a própria identidade do ser humano⁴⁴³. A expressão patrimônio da humanidade é admitida sem cunho patrimonial.⁴⁴⁴

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas afirma que, com a Declaração da UNESCO, de 1997, “à figura jurídica da pessoa humana como sujeito de direitos, acrescenta-se uma nova figura: o genoma humano como objeto e sujeito de direitos.”⁴⁴⁵

O genoma humano é direito da personalidade, pois a Constituição Federal de 1988 garante o direito à vida e, como consequência, à integridade física o que, por sua vez, garante o direito à integridade do genoma humano. A lei de biossegurança também aborda o genoma humano ao regulamentar o artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

⁴⁴³Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes e Sandra Sordi. *Aspectos atuais*, cit., p. 171.

⁴⁴⁴ Rosa Maria B. B. de Andrade Nery (*A proteção civil*, cit., p. 450) ensina: “A terminologia mais compreensiva, na atualidade, para a identificação da tutela juscivilística da individualidade humana é a chamada tutela dos direitos da personalidade que arrola bens especialíssimos relativos à vida, à honra, à integridade corpórea do homem num contexto de disciplina e de tratativa sistêmica do fenômeno jurídico dessas situações.” Elimar Szaniawski (*Direitos*, cit., p. 273) ensina: “ (...) O direito à integridade física, na realidade, confere ao seu titular o poder de pôr fim aos atos materiais praticados por alguém contra seu corpo, tendo o indivíduo o poder de evitar ou fazer cessar qualquer ato atentatório contra o seu corpo ou contra a sua saúde.”

⁴⁴⁵ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas. *Direito*, cit., p. 21-22.

Diz respeito ao homem como indivíduo e à humanidade. Joaquim Clotet considera que o genoma humano “pode ser considerado como individual e também específico, quer dizer, como pertencente à espécie humana e, por conseguinte, coletivo. O genoma humano constitui um valor em si próprio que comporta a dignidade do ser humano como indivíduo singular e a dignidade da espécie humana como um todo. O genoma humano, considerado de forma ora individual ora coletiva deve ser respeitado e protegido. Cabe à pessoa, em virtude de sua autonomia como sujeito, decidir sobre a informação do próprio genoma, bem como sobre as intervenções terapêuticas e aperfeiçoadoras no mesmo, no que se refere às células somáticas. A intervenção nas células germinativas das pessoas, já que os seus efeitos serão transmitidos a seus descendentes, ultrapassa os limites da autonomia pessoal, pois trata-se do genoma humano como patrimônio da humanidade.”⁴⁴⁶

É por isso que o direito à autodeterminação da informação genética é um direito individual, garantido constitucionalmente, de proteção à intimidade do indivíduo contra investigações ilícitas sobre sua disposição genética, o que leva ao direito de o indivíduo não saber sua composição genética.

Elton Dias Xavier ensina que: “Com relação à sua estruturação, percebemos uma dupla articulação da identidade genética do ser humano: a primeira corresponde à identidade

⁴⁴⁶ Joaquim Clotet. Bioética como ética aplicada e genética. *Revista Bioética* 5:175-9 ou <http://www.cfm.org.br>.

personalíssima do indivíduo, com suas características genéticas singulares; a segunda diz respeito à identidade genética do ser humano enquanto espécie, e o genoma humano alçado à condição de patrimônio da humanidade.”⁴⁴⁷

O fundamento do genoma humano é a proteção da dignidade da pessoa humana, porque é um ser uno e indivisível, e o objetivo de a UNESCO ter traçado regras visando a proteção do genoma humano é a proteção da espécie.

A identidade genética está inserida na biotecnologia e na quarta era dos direitos preconizada por Norberto Bobbio, e a preocupação com este novo direito da personalidade deve-se ao desenvolvimento do projeto genoma humano.

Elton Dias Xavier entende que a natureza jurídica da identidade genética é um biodireito fundamental. A propósito: “(...) o conceito de pessoa humana, o conceito de identidade genética do ser humano e, por conseguinte, o novíssimo conceito que ousou cunhar de biodireitos fundamentais. Por fim e como fundamentação de ambos, a noção de dignidade humana. (...) Os biodireitos fundamentais fixam os

⁴⁴⁷ Elton Dias Xavier. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord). *Grandes*, cit., p. 41-69. Gislayne Fátima Diedrich (*Genoma*, cit., p. 230) afirma que: O patrimônio genético do indivíduo deverá ser considerado “tendo em conta o conteúdo jurídico do patrimônio genético da humanidade e o direito à preservação da diversidade e integridade do genoma humano como direito da personalidade.” Stella Maris Martinez (Quién es el dueño del genoma humano. *Revista bioética* 5:197) encina que: “En los genes está contenida la totalidad de la memoria hereditaria de cada ser humano, quien, si bien sólo expresa para ese caudal de información (por la existencia de factores hereditarios dominantes y recesivos), nunca podrá presentar caracteres fenotípicos que no reconozcan como antecedentes los datos existentes en su genotipo.”

limites da intervenção tecnocientífica no ser humano nas mais diversas situações, desde a concepção até a sua morte: (...) o direito de não ser discriminado, injustamente, com base em caracteres genéticos e o direito ao controle sobre as informações provenientes dessas situações ou *status*.⁴⁴⁸

O direito à identidade genética é um novo direito humano ou fundamental que atinge a constituição do ser humano enquanto espécie e pessoa; tem como fundamento a dignidade do ser humano e é um bem jurídico fundamental.

Nesse sentido, “(...) o homem tem hoje em suas mãos o poder de controlar a sua evolução genética e que esta faculdade reclama um grande sentido de responsabilidade, pelo menos ao se considerar que nem tudo o que é possível é lícito ou seja humanizador. A regulamentação normativa dentro do regime da liberdade, indiscutivelmente considerado como o mais favorável ao progresso da investigação científica, deverá inspirar-se nos princípios fundamentais da natureza do homem que conduzem a proteção de sua dignidade.”⁴⁴⁹

A violação de um direito ocorrido num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos (máxima Kantiana). As violações à pessoa humana não são mais atos contra um único indivíduo, mas

⁴⁴⁸ Elton Dias Xavier. *A identidade*, cit., p. 41-69.

⁴⁴⁹ Jorge Bustamante Alsina. *El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX*. In: Alberto José Bueres e Aída K. de Carlucci (coord.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 22.

sim contra a espécie humana. Por consequência, a liberdade do cientista deve ser limitada pela manutenção da integridade do ser humano, pois o desenvolvimento da engenharia genética não pode culminar na coisificação do homem, e é isso que o direito deve reprimir.

Isso porque qualquer intervenção sobre o corpo humano não alcança somente tecidos, órgãos e funções, senão “afeta también, y a diversos niveles, a la persona misma”,⁴⁵⁰ pois o corpo e através do corpo, torna-se visível a pessoa na sua concretude.⁴⁵¹

A busca da raça perfeita pode ser relatada em diversas passagens da história da humanidade. Antigamente, era comum que as classes superiores se acasalassem buscando manter as características dinásticas pela sua descendência.⁴⁵²

Elio Sgreccia entende que: “O corpo, e em primeiro lugar o seu programa genético, o seu código genético, está essencialmente unido ao espírito a ponto de constituir a unidade existencial e essencial da pessoa. Isto quer dizer que toda intervenção sobre a corporiedade – por isso, igualmente, sobre o código genético – é uma intervenção sobre a totalidade da pessoa e poderá ser justificada somente se existir uma razão terapêutica, sendo qualquer outra intervenção sobre

⁴⁵⁰ A. Sarmiento; G. Ruiz-Perez e J. C. Matín. *Ética y genética*. Barcelona: Internacionales, 1996, p. 19 e S.

⁴⁵¹ Maria Garcia. *Limites*, cit., p. 100.

⁴⁵² Renata Braga da Silva Pereira. *DNA*, cit., p. 259-317.

a pessoa – um bem intocável – arbitrária ou ideológica ou de dominação do homem sobre o homem.”⁴⁵³

Francisco Amaral acentua que surge no ordenamento jurídico: “(...) um personalismo ético, na medida em que erige como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, em toda a sua extensão. (...) É de concluir-se, portanto, que o direito brasileiro considera a pessoa como centro e destinatário da ordenação jurídica, elegendo o personalismo ético como pressuposto e fundamento ideológico do sistema de direito civil.”⁴⁵⁴

A natureza jurídica do genoma humano é de direito da personalidade, considerado individualmente e como pertencente à humanidade, e, também, por isso, não pode ser patenteado.⁴⁵⁵ É por

⁴⁵³ Elio Sgreccia. *Manual de bioética. Fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996, p. 213, vol. I.

⁴⁵⁴ Francisco Amaral. O nascituro no direito civil brasileiro. Contribuição do Direito Português. *Revista Brasileira de Direito Comparado* 8:75/90.

⁴⁵⁵ Maria Helena Diniz (*O estado*, cit., p. 542) ensina que: Patente “é um título outorgado pelo Poder Público a um inventor para que este tenha exclusividade na exploração de sua invenção (art. 8º da Lei nº 9.279/96), impedindo que outrem a explore sem a sua anuência.” A invenção “é uma criação intelectual que requer três requisitos: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (art. 18 da Lei nº 9.279/96)” O ser vivo, o corpo humano, o genoma, o material genético humano e processos biológicos naturais não são invenções. Logo, a concessão de patentes sobre eles seria juridicamente inaceitável. Esses elementos não são patenteáveis por não haver atividade inventiva no ato de isolar ou seqüenciar um gene. (art. 10, I, da Lei nº 9.276/96). Os conhecimentos sobre o corpo humano e seus elementos em estado natural são descobertas científicas, não podendo, por conseguinte, ser consideradas como invenções patenteáveis. Contrariamente a esse entendimento foram concedidas entre 1981 e 1995 patentes para seqüências de ADN humano em todo o mundo. A descoberta do gene da obesidade em amostras de sangue não pode ser patenteada, nem adquirir valor mercadológico, mas o remédio inventado com base nele poderá sê-lo. É permitido, então, o uso do gene para se obter uma droga patenteável. Há um princípio geral de direito que proíbe o direito de apropriação sobre o ser humano, em especial do zigoto, do embrião e do feto, bem como das partes do corpo, incluindo-se células, vírus, fragmentos de ADN e genes. Apenas o método utilizado para seqüenciar o ADN, ou descobrir, por exemplo, a significação biológica ou função do gene de alguma enfermidade humana poderá ser patenteado, se usado pela indústria farmacológica ou de biotecnologia. Não serão patenteáveis procedimentos genéticos não terapêuticos, como o que permite eleger o sexo ou escolher a cor dos olhos da criança, por serem contrárias à dignidade da pessoa humana. Admite-se a patenteabilidade dos procedimentos somáticos terapêuticos, como tratamento de tumores, como aumento da capacidade

isso que, qualquer intervenção no genoma humano do embrião, não poderá ser em células germinativas, pois isto poderia acarretar alteração na composição genética com conseqüências para a descendência e para a humanidade.

O genoma humano do embrião é um direito da personalidade à imagem científica, por isso, qualquer manipulação deve ser autorizada pelos seus responsáveis legais, e deve ter a finalidade terapêutica, de melhorar a sua vida e amenizar o sofrimento decorrente de alguma anomalia.

Logo, modificações no genoma humano do embrião no sentido de escolha da cor dos olhos, grau de inteligência ou sexo, devem ser condenados pelo ordenamento jurídico, pois o embrião tem o direito à personalidade ao seu patrimônio genético, e deve ter a sua dignidade respeitada, tendo em vista as suas características genéticas e a sua imagem científica.

intelectual, desde que envolvam atividade inventiva e aplicação industrial. O material genético humano não pode ser patenteável, em respeito à dignidade humana (art. 1º, III da Constituição Federal) e da tutela da vida (art. 5º, da Constituição Federal). Na Europa, a França, pela Lei 94.654, de 29.07.1994, foi o único país que estabeleceu legalmente a impossibilidade de se patentear o genoma humano. No Brasil isso também não é possível, pela Lei nº 9.279/96, artigos 10, IX e 18, III. O artigo 10, IX esclarece que seres vivos e materiais biológicos não são considerados invenção ou modelo de utilidade para fins de patenteamento. Sem embargo, tem sido admitidas patentes de bactérias e substâncias geneticamente modificadas, mas o patenteamento de nosso patrimônio genético implicaria na criação de seres humanos transgênicos, o que afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana. O primeiro estatuto de patentes que introduziu normas específicas para biotecnologia foi a European Patent Convention (EPC), que entrou em vigor em 1978. Admite-se a patente, sem restrições legais, de microorganismos. Em 1988 o Harvard College obteve a primeira patente sobre um mamífero transgênico não humano, denominado de Oncorato. Em 1989 a Comunidade Européia publicou a Diretiva sobre a proteção legal de patentes biotecnológicas. Em 1993 os Estados Unidos da América tentaram patentear as células de uma mulher panamenha, índia guarani, de 26 anos de idade, mas desistiram diante da pressão contrária a esse ato. A diretiva 98/44 da Comunidade Econômica Européia permite o patenteamento de produtos obtidos em laboratório, de seqüências de DNA, que tem força vinculante para toda a comunidade. A Oficina de Patentes dos EUA patenteou uma linha celular humana, não modificada, extraída de uma indígena da Nova Guiné, útil no tratamento de pessoas infectadas com o vírus HLTV-I24.

5.5. A diagnose genética no embrião

“O diagnóstico pré-natal visa a detecção de enfermidades geradas por alterações hereditárias, mediante o emprego de técnicas que incidem sobre a pessoa no seu estágio fetal, durante a vida intrauterina, com o escopo de salvar a sua vida, instaurando uma terapia gênica, respeitando sua integridade e dignidade e procurando eliminar ou diminuir os efeitos do gene anormal de que é portadora.”⁴⁵⁶

É recomendada nos casos em que existam antecedentes familiares que apontem para a possibilidade de distúrbio patológico hereditário, pais portadores de deficiências genéticas ligadas ao sexo, idade avançada dos pais, ocorrência de mortes fetais múltiplas na família etc.

A diagnose genética no embrião, seja invasiva ou não, deve considerá-lo como pessoa e, portanto, deve respeitar seu direito da personalidade à vida e a sua dignidade que decorre da sua condição humana, devendo proporcionar alternativas de terapia gênica para salvar sua vida, curar doenças genéticas ou amenizar seu sofrimento.

No entanto, tal terapia não poderá incidir sobre células germinais do embrião, também não poderá acarretar perigo à sua vida, e deverá respeitar a sua dignidade e a sua imagem científica.

⁴⁵⁶ Maria Helena Diniz. *O estado*, cit., p. 466.

Assim, a diagnose genética no embrião, seguida da terapia gênica adequada, deve ser autorizada pelos seus responsáveis legais e ter o objetivo terapêutico. Deve, também, resguardar o direito fundamental à vida do embrião, respeitando suas características genéticas, evitando a prática da eugenia negativa e do determinismo genético, porque o ser humano é único e irrepetível e deve ser aceito como tal.⁴⁵⁷

O aconselhamento genético é dado do médico para o casal a respeito dos riscos de se ter um filho com problemas de saúde, e para auxiliá-los no tratamento de moléstias de seus filhos.

A esse respeito, Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi, Professora Adjunta de Disciplina de Endocrinologia do Departamento de Medicina da Universidade Federal de São Paulo/Escola Paulista de Medicina, afirma que “o diagnóstico precoce de uma síndrome é também importante no sentido de permitir que sejam tomadas medidas oportunas que facilitem a vida da pessoa afetada.”⁴⁵⁸

Sobre essa questão incidem alguns questionamentos, como, por exemplo, se seria lícito permitir o aborto eugênico quando o feto apresentar anomalias ou problemas congênitos.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Adriana Diaféria (*Clonagem*, cit., p. 135) esclarece que: o termo eugenia passou a ser utilizado para definir “o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações, seja física ou mentalmente.”

⁴⁵⁸ Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi. *As síndromes*, cit., p. 117-8.

⁴⁵⁹ Renata Braga da Silva Pereira (*DNA*, cit., p. 313) adverte que alguns cientistas consideram que embriões com defeitos genéticos não deveriam nascer; outros como H. D. Aiken, admitem que se pratique a eutanásia no recém-nascido, suprimindo-se sua alimentação.

Os médicos, atualmente, temem que isso possa gerar um número excessivo de abortos eugênicos, o que conduziria ao risco de um processo seletivo de pessoas, que rejeita as que não são consideradas normais, ou que apresentam algum defeito, ou malformação ou anomalia congênita.⁴⁶⁰

Diante das considerações feitas no decorrer do trabalho, tendo em vista que o embrião é pessoa desde a concepção, as intervenções ilícitas feitas no seu código genético, são inadmissíveis, pois configuram um total desrespeito ao princípio da dignidade humana que considera cada ser único, irrepetível, com suas qualidades personalíssimas.

O rastreamento de algumas anormalidades cromossômicas pode ser feito através do aconselhamento genético, ou por meio da prática de técnicas invasivas e não invasivas. A amniocentese (punção do líquido amniótico), a amostragem do vilocorial, no início da

⁴⁶⁰ Maria Helena Diniz (*O estado*, cit., p. 483) ensina que: “O termo eugenia, por si só, tem o significado de gerar o bem, mas indica também a ciência que estuda as melhores condições para a reprodução e o aprimoramento da espécie humana. A eugenia positiva consiste no conjunto de conhecimentos científicos e medidas higiênico-sanitárias que auxiliam a gerar filhos sadios ou a reduzir os efeitos dos genes patogênicos (...). (...) A eugenia negativa, por sua vez, tem por escopo não só prevenir o nascimento de pessoa com patologia congênita (mal de Duchenne, hemofilia, triploidia, trissomia 13 ou 18, daltonismo, síndromes de Down, de Turnês e Klinefelter, esquizofrenia...), mas também de evitar a transmissão do gene defeituoso, ou seja, de moléstias hereditárias, mediante a eliminação de seus portadores (aborto eugênico, eutanásia ou morte violenta de enonatos), ou que sejam engendrados, preconizando, para tanto, àqueles que tiverem anomalia hereditária o controle da natalidade, a esterilização e a proibição de uniões procriativas com alto risco genético.” Em 1865 a eugenia foi considerada ciência com a obra de Francis Galton, *Hereditary Talent and Genius*. Posteriormente o termo eugenia passou a ser usado no sentido de ser “o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente.” Deriva do grego eugenes, que significa ‘boa origem’.” (Francis Galton. *In: Stella Maris Martinez. Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 99).

formação da placenta, são alguns dos exemplos dessas técnicas, que podem causar riscos para a mãe e para o embrião.⁴⁶¹

Essas técnicas de engenharia genética causam certo temor porque estão propiciando cada vez mais a seleção da espécie que não é feita pela natureza, mas com a intervenção do homem, o que pode levar a conseqüências desastrosas, tendo em vista o objetivo inescrupuloso de alguns cientistas e o desejo do ser humano de criar uma humanidade ideal, sem problemas de saúde, talvez até um dia, sem sofrer, sem amar, sem se decepcionar.

A esse respeito, Elio Sgreccia considera: “O fato de apresentar-se o feto malformado e portador de uma doença mesmo grave não diminui, antes agrava, no plano objetivo, a afronta à vida e à dignidade humana. Todas as Cartas internacionais relativas ao conhecimento dos direitos dos deficientes afirmam a total dignidade do sujeito humano portador de deficiência em relação ao que é sadio e talvez estabeleçam a necessidade de dar mais socorro ao que é menos autônomo na própria vida física. A seleção dos fetos representa uma dominação e uma prática de dominação por parte dos sadios sobre os que não o são a ponto de se revestir da gravidade do racismo, embora se inspire no hedonismo.”⁴⁶²

Há que se considerar, também, o diagnóstico genético pré-implantacional uterino, realizado na seara da fertilização, a fim de

⁴⁶¹ Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi. *Síndromes*, cit., p. 119-120.

⁴⁶² Elio Sgreccia. *Manual*, cit., p. 271, vol. I.

constatar a ausência de alterações genéticas nos gametas e a impossibilidade do desenvolvimento de doenças genéticas no embrião.

463

Ainda na seara da terapia gênica no embrião, na reprodução assistida, é lícito considerar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina do Brasil, nº 1.358/92, “autoriza a utilização de diagnóstico e tratamento de doenças hereditárias e genéticas, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de sucesso, desde que seja para avaliação da viabilidade embrionária ou para possibilitar o tratamento de doenças genéticas.”⁴⁶⁴

⁴⁶³ Conforme notícia Elimar Szaniawiski (*Considerações*, cit., p. 163): Este diagnóstico ainda está em fase experimental, sendo cauteloso caracterizá-lo como um mero procedimento de investigação e não como uma modalidade de terapia gênica.

⁴⁶⁴ Elimar Szaniawiski. *Considerações*, cit., p. 163.

CONCLUSÕES

O princípio da dignidade humana assume aspecto de extrema relevância gerando impactos no direito à vida do embrião, principalmente no que diz respeito às novas técnicas científicas desenvolvidas, como a reprodução humana assistida, as experimentações científicas para retirada de células-tronco e a terapia gênica, propiciada pelo desenvolvimento do projeto genoma humano.

Por isso, o direito à vida do embrião deve ser tratado atualmente sob o enfoque da bioética e do biodireito.

A bioética deve ser analisada com papel de destaque no direito à vida do embrião, pois contém princípios próprios norteadores que foram construídos após a revelação das práticas desumanas na época da Segunda Guerra Mundial, desde o Código de Nuremberg, até os dias atuais com as fantásticas revelações do projeto genoma humano. Portanto, abre os caminhos para a discussão de como deve proceder a ciência diante dos avanços resultantes do conhecimento nas ciências biológicas, de modo a respeitar os valores da pessoa humana, e, especificamente, do embrião.

Para que haja a administração responsável e ética da vida do embrião, a bioética parte de alguns princípios norteadores, que devem ser observados durante a prática das técnicas avançadas no campo da medicina. Tais princípios, como o da beneficência, não-maleficência,

alteridade, eqüidade, justiça e autonomia, representam o primeiro passo que se deve dar no sentido de tratar o direito à vida do embrião como um princípio fundamental, em decorrência da sua condição humana.

No entanto, os princípios norteadores da bioética não são suficientes para delinear a utilização das técnicas avançadas da medicina, com o respeito ao direito à vida e à dignidade humanas.

Então, o direito surge como um ramo da ciência necessário a se aplicar no campo da prática das técnicas científicas da biologia, tendo em vista a sua força coercitiva ao regulamentar a conduta da sociedade em geral.

O biodireito, novo ramo do direito, tem a função de criar normas no sentido de permitir o avanço da ciência atrelada ao respeito da dignidade humana e dos direitos personalíssimos do embrião.

Por isso, há a necessidade de uma normatização mais específica no ramo do biodireito que possa abranger amplamente as novas técnicas científicas atinentes ao direito à vida do ser humano e do embrião, embora o ordenamento jurídico pátrio contenha formas de integração das lacunas do direito, com a aplicação dos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e meios de se aplicar com eqüidade referida integração, por conta do artigo 5º do mesmo diploma legal.

A propósito, as regulamentações existentes não são atuais e aptas a fazer a conexão entre a aplicação dos avanços da ciência e o respeito à dignidade humana, a exemplo da Lei nº 11.105/2005 (nova lei de biossegurança).

Por isso, cogita-se da criação de um código de ética no sentido de abranger amplamente os avanços científicos em relação ao direito à vida, que é um direito da personalidade, e deve ser observado em todos os seus aspectos caracterizadores, para que se realize conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na condição de pessoa, o embrião tem como direito personalíssimo o direito à vida, e, nesse aspecto, tem personalidade para ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil, podendo exigir que toda a sociedade os respeite, não praticando nenhum ato no sentido de feri-los, o que seria considerado ato ilícito.

Assim, os direitos da personalidade são direitos subjetivos conferidos à pessoa para defender aquilo que lhe é próprio, essencial como pessoa, aos atributos essenciais da sua própria personalidade, que decorrem de sua existência natural, como necessidade de preservação de sua integridade física, psíquica e moral.

Têm a natureza jurídica de direito subjetivo *sui generis excludendi alios*, pois toda a sociedade deve respeitar os direitos da personalidade do embrião, não praticando atos que possam agredir

sua integridade física e psíquica, como consequência da sua dignidade.

Logo, o direito à vida do embrião é objeto de um direito personalíssimo que decorre da sua condição de pessoa, que é constatada desde o início da vida, o que se dá com a concepção. Por isso, são direitos inatos, naturais, que independem de positivação para serem reconhecidos e protegidos, pois dizem respeito aquilo que é essencial para o ser humano na proteção de seu desenvolvimento: a vida.

É por isso que, a partir do início da vida do embrião, ou seja, desde a concepção, este deve ser considerado como ser humano, como pessoa, podendo exigir, por meio de seus representantes legais, que a sua dignidade seja respeitada. Portanto, não pode o embrião ser utilizado como meio para a consecução de determinado fim, como, por exemplo, ser clonado apenas para servir como fonte de células-tronco para salvar a vida de outrem. Nesse caso, os fins não justificam os meios, pois o embrião é pessoa e deve ser encarado como tal, inclusive eticamente.

O desejo de se aplicar as técnicas avançadas da medicina para salvar a vida de outras pessoas, não pode sacrificar o direito à vida do embrião, fazendo com que este seja coisificado ou instrumentalizado, em consequência do esquecimento do verdadeiro eu, da verdadeira condição de pessoa do embrião.

Seguindo a interpretação do raciocínio jusnaturalista, os direitos da personalidade não são aqueles previstos no ordenamento jurídico, como defendem os juspositivistas, pois sua proteção está consagrada em todo o ordenamento jurídico.

O embrião, portanto, deve ser considerado como um fim em si mesmo e não como meio, como coisa ou instrumento para atingir determinados fins.

O princípio da dignidade humana está intimamente ligado ao direito personalíssimo do embrião à vida. É um direito fundamental protegido como tal pela Constituição Federal brasileira de 1988 como cláusula pétrea, tendo eficácia e aplicabilidade imediata, independentemente de legislação específica, pois é o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Os tratados internacionais que abrangem o direito fundamental à vida do ser humano, desde que o Brasil deles seja signatário, também têm aplicabilidade e eficácia imediata dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e devem ser respeitados pela legislação infraconstitucional.

Assim, qualquer legislação infraconstitucional deve respeitar o princípio da dignidade humana e o direito à vida do embrião, o que não ocorreu com a edição da Lei nº 11.105/2005, que permitiu a utilização do embrião humano vivo como coisa, como meio, ao autorizar sua utilização para pesquisas e terapia.

Logo, a Lei nº 11.105/2005, especialmente seu artigo 5º, é inconstitucional, pois fere a Constituição Federal brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção à vida e à dignidade humanas, que concebem a vida como a maior expressão da dignidade da pessoa humana, porque é valor-fonte de todos os demais direitos inerentes à condição de ser humano.

Dessa forma, havendo conflito entre o progresso da ciência e o direito fundamental à vida da pessoa humana, deverá prevalecer a dignidade humana, que é fundamento de um Estado Democrático de Direito.

Em decorrência da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, há a superpopulação de embriões: os embriões supranumerários; porque a mulher é exposta a uma superovulação, a fim de que sejam fecundados o maior número possível de óvulos, para que a técnica obtenha êxito. Esses embriões ficam congelados, aguardando uma certa destinação: ou uma nova gravidez, ou o descarte, ou a utilização em pesquisas científicas, ou a retirada de células-tronco, recentemente permitida pela Lei nº 11.105/2005.

Vale ressaltar que as hipóteses de destinação dadas ao embrião vivo e congelado, ferem o direito fundamental à vida do embrião e o seu direito fundamental à dignidade humana.

Primeiro, porque a ciência deve evoluir no sentido de não produzir embriões excedentes ao praticar a reprodução humana assistida. Segundo, porque a destinação dada aos embriões supranumerários – descarte, utilização em pesquisas científicas, fonte de células-tronco – transforma o embrião num instrumento, numa coisa, o que é inaceitável.

Por isso, o destino mais ético a ser dado a população excedente de embriões é a doação para adoção, pois todos têm o direito personalíssimo de vir a nascer e ter uma vida digna.

O direito à identidade genética do filho gerado por inseminação artificial heteróloga, é outra questão relevante no direito à vida do embrião, pois configura-se como direito personalíssimo.

O conceito de paternidade, portanto, dissocia-se do direito ao reconhecimento da identidade genética, em razão da filiação socioafetiva. No entanto, o filho pode ter o direito personalíssimo do reconhecimento de sua paternidade biológica, em decorrência do direito à vida digna. Por isso, esse direito sobrepõe-se ao direito de o doador de material fertilizante permanecer anônimo, principalmente se o pai afetivo já não existe mais.

A realização de pesquisas científicas no embrião, com o objetivo de propiciar o avanço da biomedicina e a busca da cura para algumas doenças, deve respeitar a vida, a dignidade humana e a autonomia do indivíduo envolvido. Por isso, não se deve permitir a

prática de experimentos cruéis ou degradantes que coloquem em risco a vida do embrião.

A reprodução humana assistida, somada à possibilidade de terapia gênica, como conquista decorrente das descobertas do projeto genoma humano, possibilita, ainda, a alteração das características genéticas do embrião, o que também é ilícito, se não for para fins terapêuticos, pois fere o direito personalíssimo à vida e às características genéticas como imagem científica do ser humano.

Alterações no código genético do embrião, sem fins terapêuticos, de melhorar sua qualidade de vida ou de amenizar determinado sofrimento, como, por exemplo, escolha do sexo sem justificativa, escolha da cor dos olhos ou do grau de inteligência, devem ser vedadas pelo ordenamento jurídico, pois ferem a dignidade humana do embrião e o direito à sua imagem científica, a ponto de transformá-lo em objeto, como se pudesse ser coisificado.

A clonagem humana é outra possibilidade científica que deve ser vedada pelo ordenamento jurídico, sob pena de propiciar à humanidade a criação de seres humanos sem descendência, sem a verdadeira noção do sentido de família, sem identidade genética, possibilitando a formação de fábricas de seres humanos geneticamente modificados, como já anunciara Aldous Huxley, em seu “Admirável Mundo Novo.”

A lei nº 11.105/2005, ao permitir a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, admite a possibilidade da clonagem humana para armazenamento de células-tronco, o que é inadmissível, inconstitucional e contrário à dignidade humana, porque o embrião tem o direito de ser um fim em si mesmo, único e irrepetível, e de ser aceito com as suas características genéticas próprias e singulares.

Não se pode permitir, portanto, que a terapia gênica, que propicia a alteração no código genético do embrião, seja feita em células germinativas, pois esta mudança é transferida aos descendentes, o que acarreta a seleção genética do ser humano com graves conseqüências para a humanidade, ainda não totalmente conhecidas pela ciência.

Logo, feito o diagnóstico dos defeitos genéticos do embrião, somente pode se permitir a terapia gênica em células somáticas e com a finalidade terapêutica, com a total anuência dada de acordo com a autonomia dos seus responsáveis legais, porque não se pode alterar o código genético de um embrião, que é sua imagem científica, um direito personalíssimo e patrimônio da humanidade, em benefício da preservação da espécie humana.

A dignidade humana está intrinsecamente ligada ao direito à vida do embrião; é conseqüência natural adquirida com o início da vida, que se constata com a concepção, momento em que o embrião

passa a ser sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica, pois adquire a personalidade.

Assim, a aplicação de qualquer espécie de técnica científica da medicina que influencie no direito à vida do embrião deve respeitar sua personalidade, sua condição de pessoa humana e sua dignidade humana, pois o embrião é pessoa, única e irrepetível, é um fim em si mesmo, não podendo ser coisificado, instrumentalizado ou utilizado como meio.

BIBLIOGRAFIA

ABDELMASSIH, Roger. Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica: significado clínico e implicações biotecnológicas. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 29-48, jan/mar, 2002.

A câmara aprovou o projeto de lei de biossegurança. *O Estado de São Paulo*, 03.03.2005, p. A 4.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº. 3510.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

ALMEIDA, Silmara J. A Chinelatto e. Bioética e dano pré-natal. *Revista do Advogado nº 58*, São Paulo: AASP, p. 62-77.

_____. Direitos da personalidade do nascituro. *Revista do Advogado nº 38*. São Paulo: AASP, 1992, p. 21-30.

_____. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALSINA, Jorge Bustamante. *El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX*. In: Alberto José Bueres e Aida K. de Carlucci (coords.). *Responsabilidad por daños em el tercer milênio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O nascituro no direito civil brasileiro. Contribuição do direito português. *Revista brasileira de direito comparado*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Osvaldo Cruz, 1999.

AMESCÚA, Baltasar Gómez. *Tractatus de potestate in seipsum*. Mediolani, 1609. In: *Joaquin Diez Diaz. Los derechos fisicos de la personalidad*. Madrid: Santillana, [s.d].

ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade. A proteção civil da vida humana. In: *A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

AQUINO, São Tomás de. *Summa Theologica* I, q. 90 a. 23. In: Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplante de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

_____. *Summa Theológica*, I, q. 18 a. 20.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

ARISTÓTELES. *De anima*, II, I 413-27.

ARNAUD, André Jean (org.) *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARBOZA, Heloísa Helena. Bioética e biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord). *Grandes temas da*

atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos.
Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *As relações da bioética com o direito.*
In: *Temas de biodireito e bioética.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO LIMA, Victor Muñoz. *Vida de gado: o uso de implantes eletrônicos de identificação e o direito à privacidade.* 06.04.2005, acesso em 30.10.2005. www.ibdi.org.br.

BEAUCHAMP, T. L. e CHILDRESS, J. F. *Principles of biomedical ethics.* 3ª ed., New York: Oxford University Press, 1989.

BELLELLI, Alessandra. *Aspetti civilistici della sperimentazione umana.* Padova: Cedam, 1983.

BERLINGUER, Giovanni. *Corpo humano: mercadoria ou valor?*
Revista de estudos avançados. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, vol. II, n. 19, set/dez, 1993.

BEUCHOT, Mauricio. *El fundamento de los derechos humanos.*
Revista portuguesa de filosofia. Braga, t. II, fascs. 1-4, jan/dez, p. 87-95, 1996.

BIGOTTE CHORÃO, Mario Emilio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista brasileira de direito comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de direito comparado luso-brasileiro, nº 17, 1999, 274-7.

_____. O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito. Separata da revista *O Direito*. Lisboa, ano 123, 1991, v. 4.

_____. *Temas fundamentais de direito*. Coimbra: Almedina, 1991.

BIOINFORMÁTICA avança. *O Estado de São Paulo*, 19.02.2006, p. A 21.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. 4ª ed., Trad. Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha. Uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 6.

BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. 24^a ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1981.

CAHALI, Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra; Almedina, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed., Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASCAJO, J. L. e LUÑO, Pérez. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

CASTRO E FILHO, Sebastião de Oliveira. Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e bioética. *In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). Biodireito: ciência da vida, novos desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CÉLULAS que salvam vidas. *Veja*, edição de abril, nº 1.932, ano 38, n. 47, 23.11.2005, p. 118.

CHARDIN, Pierre Teilhard. *O fenômeno humano.* Trad. Leon Bourdon e José Terra. Porto: Tavares Martins, 1970.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo.* 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Tratado de direito civil, parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro.* São Paulo: LTr, 2000.

CHIEFFI, Lorenzo. Ingegneria genética i valori personalistici. *In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). Biodireito: ciência da vida, novos desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CLOTET, Joaquin. Bioética como ética aplicada e genética. *Revista Bioética* 5, n. 2, 1997 ou www.cfm.org.br.

_____. Bioética, *Revista bioética*, v. 3, n. 1, 1995.

_____. Por que bioética? *Revista bioética* 1:13.

COMO a science publicou uma fraude? *O Estado de São Paulo*, 02.01.2006, p. A 9.

COSTA-LASCOUX, Jacqueline. Procriação e bioética. *In*: Georges Duby e Michelle Perrot. *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1991.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. 1ª ed. Campinas: Romana, 2004.

CURVO LEITE, Rita de Cássia. *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

D'AGOSTINO, Francesco. *I diritti del nascituro*. *In*: Elio Sgreccia et al. (org.). *Bioética e educazione*. Milano: Editrice la Scuola, 1997.

DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. 1ª ed., Bauru: EDIPRO, 1999.

DIEDRICHI, Gislayne Fátima. Genoma humano: Direito internacional e legislação brasileira. *In*: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIEZ DIAZ, Joaquin. *Los derechos físicos de la personalidad*. Santillana: Madrid, [s/d].

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 1.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Questões jurídicas da fertilização assistida. *In: Escola Superior do Ministério Público*. Caderno jurídico, julho/01, n. 2, p. 39-49.

DOLTO, Françoise. *Quando lês parents se séparent*. Paris: Seuil, [s.d].

DONUM VITAE, I, 1. *Evangelium Vitae*, nº 60.

DRANE, James F. *Origen y evolución de la bioética en Estados Unidos*. Centro interdisciplinario de estudios en bioética. Acesso em 05.02.2001. www.uchile.cl/bioetica/doc.bioeu.

DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*. Trad. Ephraim Ferreira Alves et al. Petrópolis: Vozes, 2000.

EM 05.02.2004 nasce Viotriosa, clonada de uma célula adulta. *Jornal da Tarde*, 20.02.2004, P. A10.

EM busca da clonagem perfeita. *O Estado de São Paulo*, 18.12.2005, p. A 28.

ENGELHARDT, Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, [s/d].

EQUIPE identifica células-tronco no cérebro de ratos. *O Estado de São Paulo*, 14.06.2005, p. A 16.

ESPINOSA, Jaime. *Questões de bioética*. São Paulo: Quadrante, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. Bioética e tecnologia. *In: Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FAGUNDES JUNIOR. José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. *In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Democracia humana*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

FERRARA, Francesco. *Tratado di diritto civile italiano. Parte I*. Roma: Athenaeum, 1921, vol. 1.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos constitucionais na clonagem humana. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 64-84, jan/mar, 2002.

_____. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de direito constitucional*. 31^a ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Alice Teixeira. *Vida: o primeiro direito da cidadania*. In: ADIN nº. 3510.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d].

FIORILLO, Celso A. Pacheco; RODRÍGUEZ, Marcelo. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte:Del Rey, 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais*. Revista do Advogado nº 38. São Paulo: AASP.

_____. *Intituições de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1975.

FROMM, Erich. *Ética e psicoanálises*. Trad. Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

GALTON, Francis. *In: Stella Maris Martinez. Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARRAFA, Volnei. *Clonagem, ciência e ética*. Folha de São Paulo, 1997, p. 55.

_____. *Mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Brasília:UNB, 1996.

_____. Crítica bioética a um nascimento anunciado. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 13-28, jan/mar 2002.

GASSET, José Ortega. *El hombre y la gente*, t. I. Madrid: *Revista de Occidente*, 1972.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1979.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. Dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

_____. Exames médicos e direitos da personalidade. *In: Enciclopédia Saraiva de direito*, vol. 28, p. 317.

GOLDIM, José Roberto. *Bioética e reprodução humana*. www.bioetica.ufrgs.br. Acesso em 17.05.2006.

_____. Clonagem: aspectos biológicos e éticos. www.bioetica.ufrgs.br. Acesso em 17.05.06.

GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense. Revista Forense 216:5.

GRANADOS, Tomás Melendo. *Sobre el hombre y su dignidad. Persona y bioética*. Sabana, año 2, n. 6, feb/mayo, 1999.

HEGEL, Friederich. *Textos escolhidos*. Seleção Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1981.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. *Revista brasileira de direito de família* 16:40-55.

HOLM, Soren. Os benefícios da reprodução humana. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 13-28, jan/mar 2002.

HONLET, Jean Christophe. *Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie. Le droit saisi per la biologie*. Bibliothèque de Droit Prive. Paris: L.G.D.J. [s.d], tome 259.

HONNENFELDER, Ludger. *Naturaleza y status del embrión. Aspectos filosóficos*. Madrid: *Cuadernos de bioética*, vol. III, n. 31, jul/sep, 1997.

HOOFT, Pedro Frederico. A visão latino-americana. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, jan/mar, 2002, p. 64-84.

JOVEM biólogo da USP mapeia genes do cordão umbilical. *O Estado de São Paulo*, 16.02.2006, p. A 13.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d].

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d].

_____. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. portuguesa. Lisboa: Edições 70.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2ª ed. [s/e], 1962.

KOLATA, Gina. *Clone. Os caminhos para Dolly*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Marcías Picabea. Madrid: Edersa, 1978.

LE MINTIER, Brigitte Feuillet. *L'assistance médicale à la procréation. Lês lois bioéthiques à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*. Paris: PUFF, 1999.

LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. Clones, gens e imortalidade. *Escola Superior do Ministério Público. Caderno jurídico*, julho/01, ano 1, n. 2.

_____. *Imaculada concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. Limites éticos e jurídicos no projeto genoma humano. *In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *O equilíbrio do pêndulo. A bioética e a lei. Implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do artigo 1.597 do Código Civil. *In: Eduardo*

de Oliveira Leite (coord.). *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÉJEUNE, Jérôme. *Genética humana e espírito*. Conferência proferida no Senado Federal no dia 22.08.91. Publicação do Senado Federal, Brasília, 1992.

LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Mapeamento de DNA e discriminação genética: novos desafios da pós-modernidade. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord.). *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética – Em busca de um paradigma bioético para o direito civil*. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

LINDON, Raymond. *Une creation pretotiene; lês droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1974.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil. Teoria geral do direito civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 1.

MAIS mulheres congelam óvulos. *O Estado de São Paulo*, 18.12.2005, p. A 30.

MARCHIONNI, Antonio. *In: Maria Luiza Marcilio e Ernesto Lopes (coords.). Ética na virada do milênio*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1999.

MARITAIN, Jacques. Os direitos do homem e a lei natural. Rio de Janeiro: Olympio, 1967. *In: Maria Garcia. Limites da ciência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTÍ, Francesca Puigpelat. Clonación, dignidad humana y constitución. *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 11, n. 42, jan/mar, 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINEZ, Stella Maris. Quién es el dueño del genoma humano? *Revista bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, vol. 5, n. 2, 1997, p. 197.

MASSINI-CORREAS, Carlos F. *Tecnociencia, eticidad y fecundación in vitro*. Sapientia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Rio de Janeiro: *Revista Forense* 262:79.

MAZEAUD, Henri. *Leçons de Droit Civil*. Paris: Editions Montchistein, 1955.

MEDEIROS DE OLIVEIRA, Flávia de Paiva. Genoma humano. Direito à intimidade e novo código civil: problemas e soluções. *Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, vol. 29, ano XXVI, 2004/1, Porto Alegre: EDIPUCRS.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *O mistério da vida e a descoberta do código genético*. Revista Forense 361:23-28. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Europa-América, 1954, t. III.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1955.

MONDIN, Battista. *L'uomo: chi è? Elementi di antropologia filosofica*. [O homem, quem é? Elementos de antropologia filosofica]. Trad. R. Leal Ferreira et al. São Paulo: Paulus, 1980.

MONTORO, André Franco e FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NALINI, José Renato. *A evolução protetiva da vida na constituição brasileira*. In: *A vida dos Direitos Humanos. Bioética médica e jurídica*. Potro Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

NEIRINCK, Claire (coord.) *De la bioethique au bio-droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1994.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista brasileira de direito de família*, 19:133-56.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: Renata Raupp Gomes. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord). *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEVES BARBAS, Stela Marcos de Almeida. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

No Brasil, houve a implantação de seis embriões no útero de uma mulher. *Revista Marie Claire*, Edição brasileira, 2000, p. 105.

NONATO, Orozimbo. Personalidade. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, s/d.

NOVO teste de Down provoca apreensão. *O Estado de São Paulo*, 21.11.2005, p. A 12.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo:Saraiva, 2002.

O Brasil tem cerca de 100 clínicas de reprodução humana assistida. *O Estado de São Paulo*, agosto de 2005, caderno A – Vida.

O Congresso dos Estados Unidos aprova lei para uso de células-tronco do cordão umbilical. *O Estado de São Paulo*, 21.12.2005, p. A 18.

OS Italianos votam a lei de fecundação assistida. *O Estado de São Paulo*, 13.06.2005, p. A 16.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PELLEGRINO, E. D. e THOMASMA, D. C. *For the patient's good the restoration of beneficence in health care*. New York: Oxford University Press, 1988.

PEÑA, Luño. Direito natural. [s.e]. Barcelona, 1947. In: Rita de Cássia Curvo Leite. *Transplante de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Introdução ao biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Biossegurança – entre as insuficiências do instituto da responsabilidade civil e a institucionalização da irresponsabilidade. In: Eduardo de Oliveira Leite (coord.). *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA GOMES, Celeste Leite; SORDI, Sandra. Aspectos atuais do projeto genoma humano. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Marcos Roberto. A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (coord.). *Biodireito: ciência da vida, novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PERGORARO, Olinto A. *O que é ser humano? A moralidade dos atos científicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Osvaldo Cruz, 1999.

_____. *Ética e bioética. Da subsistência à existência*. Petrópolis:Vozes, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative. *In*: Gilda Ferrando (coord.). *La procreazione artificiale tra ética e diritto*. Padova: Cedam, 1989.

PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 2ª ed., São Paulo: Loyola, 1996.

PETRACCO, Álvaro e outros. Bioética e reprodução assistida. *In*: Eduardo de Oliveira Leite (coord). *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RATZINGER, Joseph. Congregação para a doutrina da fé. *Instrução sobre o direito à vida nascente e a dignidade de procriação*. Tradução não identificada. São Paulo: Paulinas, 1987.

REALE, Miguel. *A civilização do orgasmo, paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1986.

REICH, W. T. *Encyclopedia of bioethics*. [s.e], 1978.

RODRIGUES, Silvio. Direitos da personalidade. São Paulo: AASP. *Revista do Advogado* 19:54-60.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARMIENEO, A.; RUIZ-PEREZ, G.; MARTÍN, J. C. *Ética y genética*. Barcelona: Internacionales, 1996.

SARTORI, Frei Luis Maria A. (org.). *Encíclicas do Papa João Paulo II. Encíclica Redemptor Hominis* de 04.03.1979. São Paulo: LTr, 1999.

SAUWEN, Regina Fiúza e HRYNIEWICZ, Severo. *O direito in vitro – Da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SAVIGNY, Karl F. Von. *Sistema del Derecho Romano actual*. 2ª ed. Trad. Mesia y Poley. Madrid: C. E. De Góngora, [s/d].

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SCHELER, Max. *Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Trad. Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948.

SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional*. *RILSF* 121:73.

SEGRE, Marco. Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica: questões éticas. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 29-48, jan/mar. 2002.

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

SGRECCIA, Elio. Il dibattito attuale in bioética. *In*: Maria Luisa di Pietro e Elio Sgreccia (org.). *Bioética ed educazione*. Milano: Editrice la Scuola, 1997.

_____. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. *Manual de bioética. Fundamentos e ética biomédica.*
Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996, vol. I.

_____. *Una crescita di coscienza sui diritti dell'uomo.*
Roma: Il popolo, 1990.

SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del derecho.* México: Editorial Porruã, 1995.

SILVA PEREIRA, Renata Braga. DNA: Análise biojurídica da identidade humana. *In: Temas de biodireito e bioética.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo.* 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo.* São Paulo: Renovar, 1998, abr/jun., 212:91.

SILVA MARTINS, Ives Gandra. O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. *In: A vida dos direitos humanos. bioética médica e jurídica.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SINGER, Peter. *Ética prática.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SIQUEIRA, Marília. O início da vida e a medicina atual. *In: A vida dos Direitos Humanos. Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SOBEL, Henri. Xerocando seres vivos. Folha de São Paulo, 21.03.1997. *In: Tereza Rodrigues Vieira. Bioética e biodireito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Fernando Melro. Lisboa: Editorial Inquérito, s/d.

SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Considerações sobre a responsabilidade Civil dos profissionais da saúde na atividade da reprodução humana assistida. *In: Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TARANTINO, Antonio (coord). *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*. Studi Giuridici. Sezione di filosofia del diritto e della política. Università degli studi di lecce. 1ª ed.,Milano: A Giuffrè, 1996.

TELLES, Goffredo da Silva. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, vol. 28.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil constitucional. *In: Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de direito civil*, n. 2, abr-jun. 2000, p. 41-75.

_____. Clonagem: pessoa e família nas relações de direito civil. *R. CEJ* n. 16, jan/mar, 2002, p. 49-63.

_____. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil imobiliário agrário e empresarial*. São Paulo, ano 17, n. 65, jul/set 1993, p. 29.

TERAPIA usa vírus para atacar tumor. *O Estado de São Paulo*, 20.11.2005, p. A 25.

TESTART, Jacques. *A fertilização artificial*. São Paulo: Ática, [s.d].

THOUVENIN, Dominique. *De l'éthique biomédicale aux lois bioéthiques*. Paris: Dalloz, 1987.

TOBEÑAS, Castan. *Derecho civil español, comun y foral*. Madrid, 1956, vol. 2.

_____. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.

_____. Los derechos de la personalidad. *Revista General de legislación y jurisprudência*, Julio-agosto, 1952.

UM chimpanzé tem mais direito à vida que um feto humano. *O Estado de São Paulo*, 10.05.2006, p. A 19.

USANDO nada mais do que um *swab* com saliva e a *internet*, um rapaz de 15 anos rastreou seu anônimo pai doador de esperma”. *O Estado de São Paulo*, 06.11.2005, p. A 27.

VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

VARI, Massimo. Clonagem humana e o direito da pessoa: visão européia. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 73-78, jan/mar. 2002.

VERRESCHI, Ieda Therezinha do Nascimento. As síndromes: matar ou curar? *In: A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

VIEIRA, Teresa Rodrigues. *Bioética e biodireito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

VILA-CORO, Maria Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Servicio de publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1995.

XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano com um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. *In*: Eduardo de Oliveira Leite (coord.). *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZANONI, Eduardo. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Buenos Aires: [s.e], 1978.

ZATZ, Mayana. Genética e ética. Conferência proferida no Seminário Internacional de clonagem humana: questões jurídicas. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, jan/mar, 2002, p. 13-28.