

FERNANDA GARCIA ESCANE

O DIREITO À VIDA DO EMBRIÃO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FERNANDA GARCIA ESCANE

O DIREITO À VIDA DO EMBRIÃO

Dissertação apresentada como exigência para a obtenção do título de mestre em Direito Civil Comparado à Comissão Julgadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Helena Diniz.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007

Banca Examinadora

“Não é o conhecimento, mas o conhecimento do conhecimento que nos compromete. Não é saber que a bomba mata, e sim o que queremos fazer com a bomba que determina se a usaremos ou não. Isso geralmente se ignora ou se finge desconhecer para evitar a responsabilidade que nos cabe em todos os nossos atos cotidianos, já que todos os nossos atos, sem exceção, contribuem para formar o mundo em que existimos e que legitimamos precisamente por meio desses atos, num processo que configura nosso vir-a-ser. Cegos diante da transcendência de nossos atos, fingimos que o mundo tem um vir-a-ser independente de nós, justificando assim nossa irresponsabilidade e confundindo a imagem que buscamos projetar, o papel que representamos, com o que verdadeiramente construímos em nosso viver diário”¹.

¹ Maria Garcia. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 214.

DEDICATÓRIA

Ao nosso Pai, pela oportunidade da vida e de toda a sua conseqüência.

Aos meus pais, a quem amo imensamente e que me permitiram chegar ao êxito.

A minha irmã, que dá sentido aos meus dias e é parte de mim mesma.

Ao Luiz Carlos, meu amor...

Muito obrigada, meus amores!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por possibilitar que eu me realize profissionalmente, vez que a docência sempre foi meu grande sonho, agora passível de realização. Agradeço por ter, ao longo do curso, encontrado pessoas especiais, mas por ter-me feito compreender, sobretudo diante dos obstáculos, a extrema importância da minha família.

Por isso, agradeço:

- Aos meus pais, que em momento algum me negaram a oportunidade de boa formação, privando-se de realizações pessoais para que tanto eu quanto minha irmã tivéssemos educação e amparo familiar.

- A minha irmã, Juliana, que, mesmo sem partilhar de muitas das minhas opiniões, sempre caminhou a meu lado. Sem ela, minha vida não seria completa.

- Ao Luiz Carlos, meu amor, que sempre me incentiva à realização plena. Obrigada, por dispensar incontáveis finais de semana para eu concretizar mais este objetivo e por prodigalizar seu amor incondicional.

- A Profa. Dra. Maria Helena Diniz, que quase sem nada saber de mim, fez-me crer que seria possível enfrentar e superar o mestrado ao escrever-me que “querer é poder”. Tamanha foi a convicção que me infundiram suas palavras que passei a acreditar que não só conseguiria superar o desafio do mestrado como também os demais que a vida fosse disseminando. Ser humano ímpar, ela ensina a todos os seus alunos seja a melhor doutrina jurídica, sejam lições profundas de vida com segurança, senso ético e modéstia únicos. Sua convicção inabalável sustentou-me nos momentos de dificuldade que atravessei no decorrer do mestrado, amparando-me com palavras de estímulo e lembrando de mim em suas preces para que tudo corresse bem.

- A Profa. Dra. Maria Garcia, sem a qual eu não teria concluído o curso de mestrado e que talvez nem tenha idéia de como foi e será importante na minha vida.

- Ao Prof. Ricardo Dall'Antonia, que com tanta atenção, compreensão e disposição, revisou o texto, para que a língua portuguesa não fosse maltratada.

- Um registro especial de agradecimento aos meus afilhados – Hebert, João Paulo, Laís Fernanda e Maria Eduarda, de cuja proximidade física o Mestrado me afastou por um pouco, embora estejam sempre presentes em meu pensamento.

- Aos meus amigos, em particular, aos que me auxiliaram no transcurso do Mestrado. Eles também são responsáveis por esse momento: Marcos A. Almeida, Maria Clarice A. Almeida, Patrícia Simões de Oliveira, Morena, Christiano Cassetari, Gabriele Tusa, Clarissa Christina Gonçalves Bonaldo, Ana Carolina Kataiama, Rui de Oliveira Domingos, Cyntia Aparecida Vinci, Fernanda da Silva Rocha, Eliza Sophia Delbon Atiê Jorge, Dr. Erik Frederico Gramstrup, Dr. Silvio Antonio Marques, Dr. Daniel Serrão e Dra. Roseli Neves.

Muito obrigada!

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a Lei de Biossegurança que permite a engenharia genética com material biológico humano, mais precisamente, com os embriões humanos, criados em laboratório.

No capítulo I, o objetivo é delinear o conceito de vida, pautado pela ciência, pelo direito e pela ética, considerando o entendimento que prevalece na ciência e no direito.

No capítulo II, define-se o direito à vida em face da Constituição Federal e os princípios que o norteiam, dado que não existe nenhum outro bem mais valioso ou importante do que o direito à vida. Sem ela, por força de lógica, desaparece o respaldo a qualquer outro, visto que nenhum deles sobrevive sem a vida, existindo tão-somente por decorrência dela.

No capítulo III, definem-se embrião e nascituro e abordam-se os direitos da personalidade, destacando o direito à vida, que deve ser protegida em sua amplitude, independentemente da maneira pela qual se origina, haja vista a possibilidade atual de manipulação do homem.

No capítulo IV, analisa-se a Lei de Biossegurança, que autoriza sejam os embriões objeto de pesquisa e terapia, desconsiderando os parâmetros científicos que demonstram iniciar-se a vida no exato momento da concepção.

Por fim, o capítulo V destina-se a observar a responsabilidade civil de todos os que lidam com o embrião, já que compete ao direito proteger integralmente a vida, qualquer seja seu estágio, desvinculando-se de todo preconceito, ainda que insignificante na aparência. A vida não é relativa: ou existe ou não.

ABSTRACT

This study intends to analyze the biosafety law allowing genetic engineering with human biological material, more precisely human embryos generated in laboratories.

Chapter I discusses the concept of life according to science, law and ethics in view of the understanding prevailing in science and law.

Chapter II approaches the right to life as seen by the Brazilian Federal Constitution and the principles on which it lies. There is no other right more valuable or important than that to life, all the more so because without it any other fails to deserve protection or even to stand by itself, dependent as they are on the right to life.

In chapter III the definition of embryo and unborn child are introduced and a lengthy discussion about personality rights is tackled. Focus is laid on the protection due to the life of embryos and the menace represented by the continuous manipulation of scientists.

Chapter IV analyses the biosafety law authorizing embryos to become object of research and therapy and the disregard of scientific parameters determining the inception of life at the exact moment of conception.

Finally, chapter V considers the civil liability of those dealing with embryos, given that law must protect life to the fullest, whichever stage it might be, clear from any sort of prejudice may look, because life is not relative: it either exists or does not.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

DETERMINAÇÃO DO INÍCIO DA VIDA

1.1 Breve histórico acerca da reprodução medicamente assistida	1
1.2 Critério da ciência para determinação do início da vida humana	3
1.3 Termo inicial para o início da vida e da personalidade no direito	20
1.3.1 Teoria natalista	34
1.3.2 Teoria da personalidade condicional	36
1.3.3 Teoria verdadeiramente concepcionista	37
1.4 A personalidade do embrião	44
1.5 Ética: há ou não há, pois não existe o “mínimo de ética”	44

CAPÍTULO II

DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

2.1 Direito à vida	54
2.2 Princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade humana e da igualdade	74
2.2.1 Dignidade humana do embrião	75
2.2.2 Solidariedade humana e sociabilidade	84
2.2.3 Igualdade	87

CAPÍTULO III

TUTELA À VIDA DO EMBRIÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

3.1 Diferenciação de nascituro e embrião	90
3.2 Generalidades do direito da personalidade do embrião	95

CAPÍTULO IV

LEI DE BIOSSEGURANÇA E O EMBRIÃO HUMANO

4.1 Análise da Lei de Biossegurança quanto aos embriões	103
4.2 A inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança	111
4.3 A ação de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República	116

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO À VIDA E A INTEGRIDADE FÍSICO-PSIQUÍCA DO EMBRIÃO

5.1 Generalidades	122
5.2 Responsabilidade civil em relação às clínicas	139
5.3 Responsabilidade civil em relação aos genitores	151
5.4 Formas de reparação	155
CONCLUSÃO	157

APÊNDICE

1. Legislação de Portugal	161
---------------------------------	-----

2. Legislações da Alemanha	180
3. Legislação da Itália	200
4. Ação direta de Inconstitucionalidade	213
5. Projeto de Lei de Hidekazu Takayama	226
6. Tabela de pesquisa de células-tronco	230
BIBLIOGRAFIA	233

PREFÁCIO

Nosso trabalho destina-se a demonstrar que a vida embrionária, especialmente a *criada* em laboratório, merece proteção para não se tornar *coisa*. Muito pelo contrário, pretendemos ratificar o entendimento de que o embrião excedentário é um ser humano, independentemente da forma pela qual sua vida tem início.

Optamos por não utilizar a palavra *pessoa*² no sentido de *sujeito de direito e obrigações*, evitando a contradição que daí surgiria. Assim sendo, fixamo-nos em *embrião* ou *ser humano*, que o é, evitando ilações de cunho jurídico, sob a argumentação de que só a pessoa teria resguardado os seus direitos.

Também não há como tratá-lo como nascituro, pois sua situação é *sui generis*, vez que estamos tratando dos embriões criados em laboratório, fora, portanto, do ventre materno.

É por ser diferenciada, única, a condição do embrião que recomendamos para ele tratamento diferenciado, único, digno, porém, ao que se dispensaria a qualquer ser humano, natureza esta que recebe amparo em qualquer legislação, até mesmo no direito alienígena.

Assim sendo, os embriões devem ser protegidos sob a égide dos princípios constitucionais, tais como o princípio do direito à vida, à dignidade da pessoa humana, entre outros, como veremos no decorrer deste trabalho.

² Maria Helena Diniz. *Dicionário jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 668.

Por fim, ressalte-se que a preocupação consiste em não tornar o embrião mera coisa, mas assegurar-lhe tratamento correspondente ao de todo e qualquer ser humano. Não é por outra razão que a Lei de Biossegurança clama por reflexões urgentes que garantam tratamento digno a esta que é a menor e mais frágil parcela viva de ser humano.

São Paulo, 30 de março de 2007.

FERNANDA GARCIA ESCANE.

CAPÍTULO I

DETERMINAÇÃO DO INÍCIO DA VIDA

“Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa” (Francisco Amaral)³.

1.1 Breve histórico acerca da reprodução medicamente assistida

O estudo da tutela a ser conferida ao embrião humano se destaca em face das novas técnicas de reprodução que permitem o nascimento de um novo ser humano, independentemente da natureza.

Parafraseando Keith Moore, os conhecimentos e as experiências de cada geração não são únicos, são a soma dos já adquiridos anteriormente por outras gerações, não devendo ser desprezados pelas seguintes, uma vez que se tornam base para novas hipóteses. Assim, a autora conclui citando Newton: “Se vi mais longe, foi por me haver colocado nos ombros de gigantes”⁴.

O desenvolvimento embrionário é analisado por volta do século V aC, por Hipócrates. No século IV aC, Aristóteles redige o primeiro tratado sobre embriologia humana⁵.

Em face dos dados empíricos constatados por Aristóteles, a teoria ali exposta persistiu por longos dois mil anos, até a metade do século XVII e, segundo ela, o embrião se formava pelo sangue menstrual coagulado e pelo sêmen paterno, sem apresentar organicidade e, portanto, sem órgãos nem vida. A dúvida surgia, porém, ao procurar resposta para a seguinte pergunta: como e

³ Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

⁴ Keith Moore. *Embriologia básica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991, p. 6.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 6.

quando então o embrião adquiria a vida? Para Aristóteles, o embrião dependia do espírito, naquela época entendido como substância gasosa presente no sêmen, a que Aristóteles chamava *elemento astral*.⁶

Segundo o filósofo grego, o embrião ganhava forma humana por volta do quadragésimo dia, se masculino fosse. Sendo feminino, apenas por volta do nonagésimo dia⁷.

Na Idade Média, São Tomás de Aquino acolhe a teoria formulada por Aristóteles com algumas reconsiderações, não compreendendo que o embrião é imediatamente humano individual e pessoal, conforme imaginava Aristóteles. Para São Tomás de Aquino, o embrião “começa, após a fecundação, sendo um ser vivo em estado vegetativo (dotado simplesmente da faculdade de crescer), depois torna-se um ser vivo animal (dotado de sensação) e, por fim, recebe o espírito que o torna em um mesmo ato ser humano e pessoa”⁸.

No século XVII, a teoria de Aristóteles é confrontada por William Harvey, cujos estudos sobre reprodução de cervos nas fazendas reais não apontam elementos hábeis para ratificar a teoria que até então prevalecia. Embora não concordasse com o que afirmava Aristóteles, William Harvey não erigiu uma teoria própria. De qualquer forma, a teoria de Aristóteles ingressa em fase de franco declínio.

Niels Stensen descobre os ovários em mamíferos em 1667, verificando sua importância na reprodução. Antoni van Leeuwenhoek, em 1678, observando o espermatozóide, constata que a vida do ser se inicia quando da união do esperma do óvulo, mas este apenas pode ser vida e constatado em 1827⁹.

⁶ Demétrio Néri. *A bioética em laboratório*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 28.

⁷ José Joaquín Ugarte Godoy. *Momento em que el embrión es persona humana*. Disponível em <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_435_1711/r96_urgate_embrión.pdf>, acessado em 10/12/2005.

⁸ Vincent Bourguet. *O ser em gestação – reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 100.

⁹ Demétrio Néri, *A bioética*, cit., p. 29-30.

Miguel Kottow Lang, ao observar o desenvolvimento do ser humano, mais precisamente do embrião, postula que ele seja protegido por estatuto próprio, e que qualquer forma de interferência em seu desenvolvimento só possa ocorrer depois dessa medida¹⁰.

1.2 Critério da ciência para determinar o início da vida humana

As técnicas de inseminação artificial foram desenvolvidas para que mulheres estéreis tivessem a possibilidade de gerar um filho.

Desde 1950, tais técnicas vêm sendo ampliadas e aprimoradas, sendo perto de seis mil as brasileiras que todo ano a elas recorrem.

Conquanto a ciência tenha evoluído com rapidez, imediatamente surgiram os questionamentos acerca de questões éticas, morais, jurídicas e religiosas, haja vista não dispor o Brasil de legislação específica sobre a fertilização *in vitro* ou similares, embora a Lei de Biossegurança permita pesquisa e terapia com embriões humanos.

Por isso, é muito delicada a situação dos embriões excedentários, dada a falta de parâmetros corretos que ensejem a observância da Lei de Biossegurança, sem atentar ao direito à vida.

Mas para saber, exemplificativamente, o que fazer com os erroneamente denominados *excedentes*¹¹, cumpre obter a resposta para a seguinte questão: em que momento se inicia a vida no embrião criado em laboratório? A ciência oferece algum método capaz de definir com exatidão o início dessa vida humana?

¹⁰ Gabriel Wolf Oliveira e Reinaldo Ayer (Org.). Doente terminal. Destino de pré-embriões. Clonagem. Meio ambiente. *Série cadernos de bioética*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2005, p. 44.

¹¹ Afirmamos que a denominação *embriões excedentários* é errada. Excedente não são os embriões, mas sim, as técnicas que permitem criá-los em número superior ao estritamente necessário para o procedimento da procriação medicamente assistida.

Começemos por considerar como a reprodução assistida pode se dar. Preleciona Maria Helena Diniz que a reprodução assistida pode se dar por dois métodos: o ZIFT e o GIFT. “A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibor Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião”¹².

Com as técnicas expostas, a ciência cria seres humanos, no laboratório, para depois implantá-los no útero da genitora.

Foi assim que, em 25 de julho de 1978, o mundo recebeu Louise Brown. O Reino Unido, primeiro país a manipular o óvulo com o espermatozóide fora do corpo da mulher e então introduzi-lo no útero, orgulha-se do primeiro bebê de proveta – Louise Brown. A partir daí, tais procedimentos se propagaram na Europa e demais continentes.

Mas, em razão dos altos custos e do tratamento a que a mulher é submetida, várias são as *Louises* criadas diariamente, mas, por falta de planejamento em relação à quantidade, mantidas congeladas, aguardando o momento oportuno para continuarem a desenvolver-se.

Ao contrário do direito, a ciência dispõe de mecanismo hábil para definir com exatidão o início da vida humana.

Conquanto tais manipulações tenham sido novidade em 1978, atualmente, a criação de seres humanos em laboratório suscita questões que afrontam a vida humana, visto que a ciência não vislumbra a existência de vida onde, cientificamente, ela existe.

¹² Maria Helena Diniz. *O estado atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 552.

Justifica a ciência com várias teorias¹³ o início da vida humana, ignorando que ele se dá no momento da concepção.

Ao passo que a concepção natural não se tem exatamente o momento da concepção, o contrário ocorre quando se está diante da fertilização *in vitro*, vez que “é fácil determinar em que momento se produz a singamia e, portanto, quando um novo ser humano é criado”¹⁴.

Sendo assim, a ciência promove a possibilidade de que a depender da teoria adotada, mais precisamente da conveniência do momento, opta-se por uma ou outra teoria.

Embora a biologia denomine o embrião *célula totipotente*, reconhece nela a capacidade de se desenvolver em ser humano.

A célula totipotente surge com a *concepção*, isto é, com a penetração do espermatozoide no óvulo, evento que, de poucas décadas para cá, tanto pode ocorrer no ventre como fora dele. A partir desse momento, está criado inequivocamente o código genético de um novo ser humano.

Por qualquer forma se inicie a vida, fato é que o desenvolvimento do embrião é um processo natural.

O desenvolvimento embrionário foi analisado e esquematizado pelo Carnegie Institute of Washington, que propôs o Estádio Carnegie do Desenvolvimento Embrionário Humano Inicial (Semanas 1-8)¹⁵:

<i>Estádio</i>	<i>Idade</i>	<i>Características externas</i>
<i>Carnegie</i>	<i>(Dias)</i>	
1	1	Ovócito fertilizado

¹³ Maria Helena Diniz, *Dicionário*, cit., v. 4, p. 629. Teoria é “hipótese confirmada e aceita por cientistas, mas sujeita a alteração, conforme as novas descobertas havidas”.

¹⁴ Gabriel Wolf Oliveira e Reinaldo Ayer (Org.), *Doente terminal*, cit., p. 47.

¹⁵ Nielson Toledo Louzada. *Tutela jurídica do embrião humano congelado no direito civil (vida latente)*. São Paulo: tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 35-36.

2	2-3	Mórula (4-16 células).
3	4	Blastocisto livre.
4	5-6	Blastocisto prende-se ao endométrio.
5	7-12	Implantação do embrião bilaminar com o saco vitelino primário.
6	13-15	Embrião trilaminar com linha primitiva e vilosidades coriônicas.
7	16	Gastrulação e formação do processo notocordial.
8	18	Nó de Hansen e fosseta primitiva, notocorda e cana neurentérica, aparecimento da placa e pregas neurais e ilhotas sangüíneas.
9	20	Aparecimento dos primeiros somitos e do sulco neural profundo, elevação das pregas neurais cefálicas, tubos endocárdicos iniciais.
10	22	Início da fusão das pregas neurais, formação dos sulcos óticos, presença dos primeiros dois arcos branquiais, início dos batimentos cardíacos, dobramento do embrião.
11	24	Fechamento do neuropólo cefálico, formação das vesículas óticas, rompimento da membrana orofaríngea.
12	26	Fechamento do neuropólo caudal, formações dos arcos branquiais 3 e 4, aparecimento dos brotos dos membros superiores e brotos da cauda, formação da vesícula ótica.
13	28	Aparecimento dos brotos dos membros inferiores, placóide do cristalino, separação da vesícula ótica do ectoderma superficial.
14	32	Formação da vesícula do cristalino, do cálice ótico e das fossetas nasais.
15	33	Desenvolvimento das placas das mãos, seio urogenital

- primário, fossetas nasais proeminentes, evidência de hemisférios cerebrais.
- 16 37 Desenvolvimento das placas dos pés, pigmento da retina visível, desenvolvimento das saliências auriculares, formação dos lábios superiores.
- 17 41 Aparecimento dos raios digitais dos dedos das mãos, aumento rápido do tamanho da cabeça, seis saliências auriculares, formação do sulco nasolacrimal.
- 18 44 Aparecimento dos raios digitais dos dedos dos pés e da região do cotovelo, início da formação das pálpebras, ponta do nariz distinta, presença de mamilos.
- 19 48 Alongamento e endireitamento do tronco, início da formação da hérnia do intestino médio no cordão umbilical.
- 20 51 Dobramento dos braços nos cotovelos, dedos das mãos distintos, mas com membranas, aparecimento do plexo vascular do couro cabeludo, degeneração das membranas anal e urogenital.
- 21 52 Dedos das mãos mais longos e livres, dedos dos pés distintos, mas com membranas, genitália externa indiferenciada.
- 22 54 Dedos dos pés mais longos e livres, pálpebras e ouvidos externos.
- 23 57 Cabeça arredondada, fusão das pálpebras.

Nielson Toledo Louzada alerta para que seja conferida ao embrião congelado, com sua vida em estado de latência, toda uma envoltura jurídica para sua defesa. Lembra ainda que “da 8ª semana em diante até o

apresentando, a cada segundo, a capacidade organizacional do mundo celular, construindo o notável hoje homem, amanhã *sapiens*”¹⁶.

O Comitê Italiano Nacional de Bioética¹⁷ assim compreende as diferentes fases do desenvolvimento do ser humano, que convém comparar com as que elaborou o Carnegie Institute of Washington. A apresentação em tabela é de nossa responsabilidade:

<i>Estágios</i>	<i>Dias</i>	<i>Características</i>
<i>Estádio 1</i>	1	União dos dois genomas (patrimônios genéticos codificados nas seqüências do DNA contido no cromossomos) dos pais, já em comum no citoplasma desde o momento da fecundação, associam-se para formar o zigoto.
<i>Estádio 2</i>	2-3	Nesse período, ocorrem as primeiras subdivisões mitóticas do zigoto e a formação da mórula (2-16 células). Inicia-se a atividade de transcrição da informação genética contida no zigoto, exprimindo os caracteres específicos do indivíduo.
<i>Estádio 3</i>	4-5	Forma-se a blastociste (64 células): as células derivadas do zigoto, que até este momento são “totipotentes”, ou seja, podem exprimir cada uma o programa genético completo de um indivíduo humano, a partir deste estágio perdem tal propriedade, limitando-se essa expressão apenas à forma integrada.
<i>Estádio 4</i>	6	Início da implantação da blastociste na parede uterina, consolidando-se as interações entre o embrião e o organismo materno, já presentes na condição bioquímico-

¹⁶ Nielson Toledo Louzada, *Tutela jurídica do embrião humano congelado*, cit., p. 35-36.

¹⁷ Jussara Maria Leal de Meirelles. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 114-116.

endocrinológica no ambiente tubário.

- Estádios 7-12* & Ocorrência de processos biológicos muito significativos.
- 5 e 6 13-15* Por um lado, completa-se a implantação da blastociste e é possível distinguir nitidamente a componente embrionária daquela extra-embriônica, que dará lugar à formação das membranas (placenta, âmnio, saco vitelino, cordão umbilical). Por outro lado, aparece (15º dia) a linha ou estria primitiva que permite identificar o eixo craniocaudal, as extremidades, as superfícies dorsal e ventral, a simetria direito-esquerda, em outras palavras, o plano construtivo do embrião.
- Estádio 8 18* Caracteriza o aparecimento da placa neural, da qual terão origem as estruturas do sistema nervoso central e periférico.

Analisando o desenvolvimento do embrião, observa-se que sua vida evolui diariamente, a par da nossa, que envelhecemos sem perceber todos os dias, dado que tanto a formação inicial da vida quanto o envelhecimento ocorrem sutilmente, de maneira quase imperceptível.

Assim, conquanto se trate de desenvolvimento normal de um ser humano, tal como ocorre com todas as outras espécies vivas que necessitam de um período de desenvolvimento inicial, a ciência prevê o início da vida por meio de cinco perspectivas diferentes:

1 – “VISÃO GENÉTICA. A vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro”.

2 – “VISÃO EMBRIOLÓGICA. A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque, até 12

dias após a fecundação, o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez”.

3 – “VISÃO NEUROLÓGICA. O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª”.

4 – “VISÃO ECOLÓGICA. A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto”.

5 – “VISÃO METABÓLICA. Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozóides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural”¹⁸.

Sob tais perspectivas, em nosso sentir, o início da vida do embrião sujeita-se à ótica da genética. Afirmar que a vida tem início apenas na terceira semana após a concepção, ou com o início da atividade cerebral, ou quando o embrião consegue manter-se vivo fora do útero da genitora é fazer crer que, em seu início, a vida tem pouco, quase nenhum valor, e que se valoriza apenas à medida que passa o tempo.

- *Pré-embrião*: a fase do pré-embrião inicia-se no momento da fecundação dos gametas masculinos e femininos, persistindo até o anidamento

¹⁸ Eliza Muto e Leandro Narloch. O primeiro instante. *Revista Super Interessante*, edição 219, nov/2005, p. 59.

do produto da concepção no útero materno ou ainda da aparição da linha primitiva, o que se verifica aproximadamente aos quatorze dias da fecundação;

- *Embrião*: do momento em que surge a linha primitiva até as estruturas principais do produto da concepção, isto é, das primeiras duas semanas até a décima primeira e décima quarta semana do desenvolvimento embrionário;

- *Feto*: do surgimento das estruturas principais do embrião até seu nascimento.

Não comporta o termo *pré-embrião*, a nosso ver. Por não existir um pré-ser humano, é impossível, conseqüentemente, existir um pré-embrião. O que há, em verdade, é tão-somente o ser humano em franco desenvolvimento.

A criança não se torna adulta do dia para a noite. É imprescindível aguardar o processo evolutivo tal qual ocorre com o embrião.

Ao cientista, como orienta Dalton Luiz de Paula Ramos, cabe desenvolver seu trabalho buscando o bem de todos, observando a dignidade da vida humana, independentemente da situação em que o ser humano se encontre - zigoto, embrião, feto, criança, adulto, idoso: sadios ou doentes -, não se observa a ética quando do sacrifício de alguns em prol de outros¹⁹.

Denominações imprecisas ou incorretas na discussão de um tema de tamanha importância não contribuem para elucidar a visão do problema.

Este é o momento, como afirma Jaime Espinosa, de questionar aqueles que afirmam a existência do pré-embrião qual seria sua espécie. Questiona ele: “Será da espécie caprina, bovina ou suína?²⁰” Outra não é a natureza do embrião senão a humana.

E ter sua vida começado *in vitro* não o transforma em nenhuma outra espécie ou em *coisa*.

¹⁹ Dalton Luiz de Paula Ramos. *Células-tronco*. Disponível em <http://www.ghente.org/temas/celulas-tronco/artigos_dalton.htm>, acessado em 10/10/07.

²⁰ Jaime Espinosa. *Questões de bioética – 1. O embrião humano*. Disponível em <http://.quadrante.com.br/Pages/especiais020905_print.asp?id=152>, acessado em 06/03/07.

Várias são as teorias que permitem fixar o momento em que o embrião é considerado *pessoa*. Nielson Toledo Louzada²¹ as explica:

Teoria da fecundidade - não resta dúvida de que, desde a fecundação, considera-se o embrião pessoa.

Teoria da nidação - a que dá suporte aos argumentos que utilizam a expressão “pré-embrião”, vez que apenas com a nidação, que ocorre por volta do décimo quarto dia, o embrião merece tutela²².

Teoria do aparecimento da atividade cerebral - pela qual, sem atividade elétrica cerebral, não há como afirmar o início da vida. Utiliza-se o mesmo critério para afirmar a morte cerebral, que ocorre com a cessação da atividade elétrica, contrapondo-se à *teoria da nidação*.

Teoria do surgimento da crista neural – complemento da teoria anterior, vez que o embrião necessita não só dos impulsos cerebrais como também do sistema nervoso próprio, que demora cerca de vinte e quatro semanas.

Teoria da identificação sexual – que considera o embrião pessoa a partir da diferenciação dos órgãos sexuais, por volta da décima segunda semana.

Teoria da viabilidade – para a qual o embrião se torna pessoa somente depois de apresentar vida autônoma.

Teoria do nascimento – que estabelece esse o momento em que embrião adquire autonomia e individualidade própria.

O Relatório Warnock distingue *pré-embrião* de *embrião*. Denomina-se *pré-embrião* a fase de seu desenvolvimento até o décimo quarto dia, a contar da fecundação, quando se torna *embrião*. Sabiamente afirma

²¹ Nielson Toledo Louzada, *Tutela jurídica do embrião humano congelado*, cit., p. 39-40.

²² Gabriel Wolf Oliveira e Reinaldo Ayer (Org.), *Doente terminal*, cit., p. 46. Bem questiona Miguel Kottow Lang, ao dizer que “supondo que haja algum limite, a partir do qual se determina evolutivamente o momento em que se aceita um novo ser humano, seu *status*

Loureiro que essas denominações se prestam a legitimar o embrião em objeto de experimentação²³.

O que o Relatório Warnock permite, sem embargo, é a legalização da afronta ao direito à vida humana, que custou décadas de esforço jurídico para resguardar dignamente..

Vicent Bourguet explica que, para o relatório Warnock, o ser humano apenas “surge” por volta do décimo quarto ou décimo quinto dia, a contar da fecundação. Observa-se que o relatório é permeado de fases, parâmetros de referência de estágios de desenvolvimento que buscam fixar o início da vida. Embora tenha vida em potencial, considera-se esse ser humano detentor de alguma tutela apenas em determinado momento estipulado no relatório²⁴.

Não é por outra razão que se faz necessário refletir sobre a denominada *teoria do pré-embrião*, pela qual, antes da formação do embrião, haveria algo de não-humano, condição que desapareceria a partir do décimo quarto dia, em face da nidação.

Explica P. J. Femenía López que “(...) el término “pré-embrión” es, sin embargo, inútil científicamente porque, antes de embrión sólo hay un óvulo y espermatozoide, y, hasta que algun de éstos no ha fecundado al primero, no existe un ser nuevo. Non se puede hablar, por tanto, de pre-embrión por que, por defición, el embrión es la forma más joven de un ser”²⁵.

Para a teoria do pré-embrião, até o décimo quarto dia há apenas células desempenhando suas funções para sintetizar o novo ser e não propriamente um ser humano.

ontológico e moral. E, um dia antes desse acontecimento, não se aceita nada? Isso também é absurdo”.

²³ Jussara Maria Leal de Meirelles, *A vida humana*, cit., p. 122.

²⁴ Vincent Bourguet, *O ser em gestação*, cit., p. 55.

²⁵ P. J. Femenía López. *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 268.

Bem, e o que poderia advir de tais células, diferentemente do ser humano?

Ora, por definição, o genoma humano não se altera em momento algum, isto é, embrião, recém-nascido, criança, adolescente ou adulto mantêm todos o mesmo genoma.

Se assim é, como comprova a ciência, não há como negar que o início da vida humana se constata com a concepção, exatamente no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide.

Corroborando as constatações da ciência, Jérôme Lejeune ensina que o início da vida humana se dá com a concepção e explica: “Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 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”²⁶. Prossegue, ainda, no sentido de que “(...) se logo no início, justamente depois da concepção, dias antes da implantação, retirássemos uma só célula do pequeno ser individual, ainda com aspecto de amora, poderíamos cultivá-la e examinar os seus cromossomos. E se um estudante, olhando-a ao microscópio, não pudesse reconhecer o número, a forma e o padrão das bandas desses cromossomos, e não pudesse dizer, sem vacilações, se procede de um chimpanzé ou de um ser humano, seria reprovado. Aceitar o fato de que, depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano, desde a sua concepção até a sua velhice, não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental”²⁷.

²⁶ Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, constante do apêndice.

²⁷ Disponível em <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo122.shtml>>, acessado em 23/01/07.

Com a concepção, origina-se uma nova entidade biológica, surgindo no momento da fecundação “um novo projeto, que se reconstrói a si mesmo e é o ator principal de si”²⁸.

Se merece reprovação o aluno que não reconhece naquele *amontoado de células*²⁹ a origem de um ser humano, como pode a ciência dizer que não há vida humana a partir da concepção?

Está coberto de razão Luiz Felipe Pondé quando alerta que é preciso analisar as conseqüências antes de afirmar categoricamente quando se dá o início da vida humana. O bom senso sugere que é melhor dizer sim ao início da vida no momento da fecundação, sob o risco de, ao final, constatar que os embriões humanos tinham vida e que, de alguma forma, se prestaram apenas como recurso natural, como se coisa fossem³⁰.

Obviamente, o assunto enfrenta questões de toda ordem, seja em prol do avanço da ciência, seja em detrimento dos seres humanos, mas não é possível manter-se silente em face dos avanços e fingir ignorar que estão sendo eliminados seres humanos³¹.

Não se nega que a maioria opina em favor do sacrifício dos embriões, em favor do avanço da ciência sob o argumento de que embriões não passam de *amontoados de células*. Entretanto, se a sociedade propender pela

²⁸ Elio Sgreccia. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 342-343.

²⁹ Rick Weiss. O poder de dividir. *National Geographic*, julho de 2005, p. 56. “Se eles tivessem um coração que batesse, faria enorme diferença. Mas os embriões são punhados de células, e eu seria incapaz de jogá-las no lixo quando podem ser tão úteis ao avanço da ciência”.

³⁰ Luiz Felipe Pondé. A vida começa na fecundação? *Jornal do advogado* n° 301, p. 10.

³¹ Gabriel Wolf Oliveira e Reinaldo Ayer (Org.), *Doente terminal*, cit., p. 46. Bem questiona Miguel Kottow Lang, ao dizer que “supondo que haja algum limite, a partir do qual se determina evolutivamente o momento em que se aceita um novo ser humano, seu *status* ontológico e moral. E, um dia antes desse acontecimento, não se aceita nada? Isso também é absurdo”.

eliminação dos embriões, será impossível corrigir o erro e ressuscitar seres humanos em nome da resignação da ciência³².

O problema em relação aos embriões é a utilização das células-tronco embrionárias que resultam em sua morte.

A fase de especialização das células, como visto anteriormente, ainda demanda muitas explicações da ciências, podendo o mesmo dizer-se do processo inverso: uma vez especializadas as células, a ciência desconhece o mecanismo de retorno ao estado primitivo, não especializado, caso seja preciso corrigir algum erro.

A princípio, portanto, prejudicadas estão algumas das terapias tão prometidas como revolucionárias com a utilização das células-tronco embrionárias.

Tão grave é não aceitar que o embrião é humano e tem vida desde a concepção que Jérôme Lejeune afirma que a visualização da vida no embrião trata-se de *vidência experimental*.

Se a ciência dispõe de elementos que comprovam originar-se a vida no momento da concepção, salvo melhor juízo, não cabem interpretações outras, considerando que é sobre o valor inestimável de vidas humanas que gira a discussão.

É de suma importância ater-se às explicações de Daniel Serrão, para cuja transcrição pedimos vênua: “O embrião humano é um ovo humano em desenvolvimento; viajando na trompa e, depois, fixando-se no útero, ele procede à constituição progressiva de um ser humano capaz de sobreviver em meio

³² Márcia Regina Machado Melaré. A vida começa na fecundação? *Jornal do advogado n° 301*, p. 11. “O momento do início da vida deve ser caracterizado pelo início da atividade cerebral, base da vida humana racional. A vida somente pode ser entendida iniciada com o início das atividades cerebrais do feto (critério encefálico), após o início dos batimentos cardíacos, ou seja, a partir da oitava semana da fecundação, perdendo-se quando constatada a morte encefálica ou a ausência de atividade encefálica do ser. Esta é uma conceituação precipuamente utilitária da definição do momento do “início da vida”. É uma concepção não-científica, mas válida para a definição jurídica de quando a vida – digna e racional – começa a ter significado moral e merece ser tutelada pelo Direito”.

aéreo, fora do corpo da mulher; constituído no laboratório, revelará a sua capacidade intrínseca para se desenvolver, durante 6 a 7 dias, fora do corpo da mulher; mas não mais, por falta de componentes epigenómicos que o meio de cultura laboratorial não pode ainda fornecer. Não há embriões in vitro com 14 dias. Portanto, do que se trata é de um ser humano nas primeiras fases do seu desenvolvimento contínuo, fora de um corpo de mulher, e que irá suspender o desenvolvimento e morrer pelo 7º - 8º dia de cultura se não for transferido para

desenvolver ou que, por depender de sua genitora, sua vida é inviável quando está fora do útero³⁵.

Contra-pondo-se a esse entendimento, Botella Llusia explicita seu pensamento com profundidade, motivo pelo qual, pedimos vênua para transcrevê-lo:

“(...) hablemos de la independencia del ser concebido con respecto de su propia madre. Esta es una independencia genética. Los seres vivos, y muy particularmente los humanos, tenemos inscritos en nuestras células, como en una interminable cinta de computadora, una serie de rasgos, no visibles, pero sí desarrollables a lo largo de la vida; en los cuales está preestablecido todo nuestro devenir. A estos rasgos se les llama genes. En el momento en que el espermatozoide y el óvulo se juntan, se reúnen también los genes del padre y de la madre. Pero esta unión no es simplemente una suma; como se sumarían las herencias aportadas, como bienes parafernales de uno y otro cónyuge. Antes de madurar, espermio y óvulo, cada uno de ellos renuncia a la mitad de sus cromosomas y, por tanto, renuncia también a la mitad de su carga genética. Lo que se une, es una combinación establecida al azar de la mitad de cromosomas maternos con la otra mitad de los cromosomas paternos. El nuevo ser así engendrado en nada se parece al padre o a la madre, tiene rasgos de uno y de otro, pero ya desde el momento mismo en que las dos células sexuales se reúnen para formar una célula hija, con un solo núcleo común; y antes de que esta célula empiece a dividirse en dos, cuatro, ocho, dieciséis, treinta y dos elementos; ya repito, está establecida una línea de herencia, que hará que aquel individuo sea un ser nuevo, distinto del padre y la madre, con rasgos que habrá heredado unas veces de uno y otras veces de otro, pero que,

³⁵ Mayana Zatz. *Clonagem e células-tronco*. Disponível em: <http://www.scielo.br>, acessado em 08/08/06. “(...) Sabemos que 90% dos embriões gerados em clínicas de fertilização e que são inseridos em um útero, nas melhores condições, não geram vida (...)”.

combinados de una manera diferente, le darán una mismidad biológica, inconfundible y propia; esto es, una personalidad”³⁶.

Como se denota, fácil é concluir que em momento algum o concebido se torna parte integrante de sua genitora. Ele é um ser independente, o qual, merece toda a proteção jurídica.

De qualquer forma, também não há como negar que o ser humano se desenvolve a partir de uma única célula indiferenciada. Uma só célula faz com que se desenvolva o organismo complexo do ser humano. Uma só célula origina tantas outras que formarão toda a estrutura humana.

Se assim é e considerando que médicos e cientistas renomados, como demonstrado, aceitam e reconhecem que, a partir da concepção, origina-se um novo ser, como negar esta constatação científica?

Nesse sentido, atualmente não subsistem dúvidas de que, no momento da concepção, se verifica a criação de um novo programa genético. Os 46 cromossomas determinam a estrutura e o desenvolvimento desse novo ser. Nenhum de seus caracteres se altera no transcorrer de toda a vida, sendo eles determinados na concepção. Desde o início, então, por meio do genoma, sua identidade está resguardada, resultando em autonomia em todo o desenvolvimento e caracterizando a individualidade do embrião. Tal individualidade não se afasta sob o argumento de depender ele do meio ambiente materno³⁷.

Jussara Maria Leal de Meirelles informa que o Tribunal de Justiça de Maryville, Tennessee, em 1989, entendeu que a unidade do novo ser surge no momento da concepção. Assim, o Tribunal constatou e reconheceu que no zigoto definida está sua identidade, sendo seu desenvolvimento mero

³⁶ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 118-119.

³⁷ Jussara Maria Leal de Meirelles, *A vida humana*, cit., p. 103.

processo de expansão do que já se encontrava inscrito no seu núcleo, permanecendo inalterável³⁸.

Observa-se que a maneira como a Lei de Biossegurança está traçada desconsidera dados científicos importantes, não reconhecendo no embrião a vida humana.

A ciência parece andar desenfreada e não preocupada suficientemente para constatar os danos prováveis que a própria humanidade virá a sofrer, razão por que é imprescindível haver ponderação entre o avanço da ciência e o direito do ser humano.

Pautar-se corretamente acerca do início da vida poupará a humanidade de conseqüências graves, talvez irreversíveis, semelhantes às de que foram vítimas os escravos considerados até o século XIX meras coisas e não seres humanos.

Independentemente de ser ou não o embrião uma pessoa, o que se busca é a tutela da sua vida, enquanto ser humano que é.

O grave entendimento errôneo de que o embrião não é tutelado desde a concepção desqualifica-o como ser humano.

Insta dizer que a vida, “a gênese humana corresponde, também, ao nascimento da entidade humana: não apenas o ato de nascer, mas abrangente do ser humano como organização corpórea, anímico-espiritual, entidade livre – a partir da “vitalidade plasmada no desenvolvimento do embrião, um novo ser humano, vivência de tempo e de espaço”.³⁹.

1.3 Termo inicial para o início da vida e da personalidade no direito.

A tutela ao embrião, para o direito, prescinde da análise do que vem a ser *personalidade e capacidade civil*.

³⁸ Jussara Maria Leal de Meirelles, *A vida humana*, cit., p. 103.

³⁹ Maria Garcia, *Limites*, cit., p. 161.

Conceitualmente, na seara do direito civil, *personalidade* é a “aptidão, reconhecida juridicamente, para exercer direito e contrair obrigações”⁴⁰.

A *capacidade civil* é “a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa para adquiri-los, praticar atos e contrair obrigações na vida civil. Pode ser plena ou limitada, segundo possa a pessoa praticar sem restrições todos os atos da vida civil ou sofra alguma limitação no exercício de seus direitos”⁴¹.

Não é fácil a tratativa da personalidade no que pertine ao embrião. Tudo porque, como bem salienta Roberto Adorno, depara-se com as seguintes formulações: o que é o embrião – uma coisa, uma pessoa, um ser intermediário? Pode existir algo que medeie a coisa e a pessoa?⁴²

De qualquer maneira, inicia-se a análise com a seguinte reflexão, proposta por Vincent Bouguert, no sentido de que “interrogar-se sobre a personalidade é, em primeiro lugar, levar em conta a pressuposição de que o ser humano é pessoa para um outro. Nesse “para um outro” reside a fragilidade de ser-uma-pessoa, transpira a contingência desse estatuto que se mantém somente graças a interditos – dos quais o primeiro é “não matarás” - graças aos quais o ser humano deixa de ser tratado como o resto da natureza e é precariamente absolvido do regime comum das “coisas”, daquilo sobre o que o poder de usar e abusar não conhece nenhum limite”⁴³.

Reinaldo Pereira e Silva cita os que defendem que *pessoa* é a expressão que melhor se adapta ao homem. Termo que se opõe a *indivíduo*, que se prestaria à “delimitação sujeito a sujeito dos requisitos intrinsecamente humanos, ou seja, a análise biológica da natureza humana”⁴⁴. Entretanto em sua

⁴⁰ Maria Helena Diniz, *Dicionário*, cit., v. 3, p. 661.

⁴¹ Idem, *ibidem*, v. 1, p. 579.

⁴² Roberto Adorno. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editora Tecnos, 1998, p. 93.

⁴³ Vincent Bouguet, *O ser em gestação*, cit., p. 86.

⁴⁴ Reinaldo Pereira e Silva. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: LTr, 2002, p. 104.

opinião, não se trata de conceitos diversos, pois se destinam a um único ser

Nas palavras de Roberto Adorno, “Se tiene la impresión que, desde que se abandona el punto de partida indiscutible de la nueva vida, a saber, la concepción, todo se vuelve impreciso, y una fuerte dosis de arbitrariedad se impone. En efecto, la pretensión de adoptar un cierto estadio de desarrollo biológico para indicar el comienzo de la persona parece conducir a un callejón sin salida. En primer lugar, porque la definición de “persona” escapa a la competencia de la biología. En segundo lugar, porque pareciera que cada científico pretende construir una noción de “persona” a posteriori, en función del tipo de investigaciones que quiere hacer con los embriones. Es por esto que la posición menos ideológica – si es que querer proteger la vida humana tiene algo de ideológico – parece ser la que postula el respeto del embrión desde el instante en que éste existe, es decir, desde el momento de la concepción”⁴⁷.

A evolução do conceito de pessoa se denota, inicialmente, quando ela era considerada apenas sob o aspecto metafísico, atinente aos pensadores cristãos medievais, resumindo-se o conceito de pessoa na frase proferida por Boécio: “persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia”⁴⁸. A personalidade vincula-se intimamente à razão, pois por meio dela o ser humano se diferencia dos demais seres vivos da natureza.

Ademais, considerando que a alma era divina, advindo de Deus, não se podia afirmar personalidade pautando-se nos parâmetros fixados pela biologia e, como a alma apenas acometia o ser a partir de quarenta a noventa dias após a concepção, o embrião, apenas com alma, era considerado pessoa⁴⁹.

Em seguida, a concepção de pessoa assume conotação fenomenológica, tornando-se objeto, a capacidade de relação. Tanto que a frase

⁴⁷ Roberto Adorno, *Bioética* y, cit., p. 67.

⁴⁸ Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.19. “Diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional” (tradução livre).

⁴⁹ Leo Pessini Barchifontaine e Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 68.

que permeia esse período é que “pessoa sou eu e minhas circunstâncias”⁵⁰. Nesse momento, observa-se que a personalidade se inicia no ventre de sua genitora, não cessando em momento algum, mesmo com o nascimento, a juventude e a fase adulta. Denota-se que a personalidade tem por processo a autoconstrução, consistindo não só para a abertura do indivíduo para o mundo, como também em sua transcendência. Conseqüentemente, observa-se que, quanto mais abrangente e harmoniosa as relações existente entre os indivíduos, maior será sua personalidade⁵¹.

Outra noção acerca da personalidade pauta-se na teoria da evolução, sendo certo que cada ser humano, no momento de sua concepção, recapitula os passos da evolução humana durante os milênios. Embora tenha a carga genética de um adulto, o embrião não pode ser considerado pessoa, exceto em potência. A potência é latente, surgindo quando o embrião tomar consciência de si, tornando-se apto para agir com liberdade⁵².

Para alguns autores, *pessoa* significa agente moral, isto é, o início da vida biológica não é o início da vida da pessoa, não se vislumbrando assim o surgimento do agente moral. Tanto que são meses que transcorrem de vida biológica antes que haja comprovação da vida da mente. Posteriormente, anos passam sem que seja possível verificar provas da vida de uma pessoa como agente moral⁵³.

Anne Fagot-Largeault se manifesta no sentido de que “o respeito, no sentido kantiano, destina-se ao agente moral, isto é, a um ser capaz de se autodeterminar, de se comportar segundo a representação que ele tem do imperativo moral. Um embrião no estado de blastocisto não tem autonomia moral. Aqueles que têm sua autonomia moral são os adultos beneficiários dos transplantes, os pesquisadores e os assistentes que desenvolvem as técnicas, os

⁵⁰ Leo Pessini Barchifontaine e Christian de Paul, *Problemas*, cit., p. 68.

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 68.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 68.

⁵³ H. Tristan Engelhardt. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 308.

representantes do povo que fazem as leis, todos nós representados por eles e que nos perguntamos se, neste universo que se pretende solidário ao ponto de trocar elementos do corpo para tratar aqueles que estão doentes, existem limites que não devem ser transpostos ao preço de atentar contra a dignidade humana. Nossa dignidade exprime-se na recusa seletiva de certas técnicas reparadoras ou, ao contrário, na doação, talvez na engenharia, de tecidos reparadores? Há um risco *moral* em “recortar” células humanas, além do risco biológico bem real decorrente de eventuais inabilidades nas manipulações?”⁵⁴

H. Tristan Engelhardt explica que “(...) essas entidades precisam refletir sobre si mesmas; precisam ser *autoconscientes*. Precisam, além disso, ser capazes de conceber regras de ação para si mesmas e para os outros, de maneira a considerar a possibilidade da comunidade moral. Precisam ser criaturas *racionais*. Essa racionalidade deve incluir uma interpretação da noção de merecimento de acusação ou elogio: *um sentido moral mínimo*. Os sociopatas deixariam de ser agentes morais (pessoas no sentido moral) apenas se perdessem a capacidade de entender o merecimento de acusação, a ponto de não poderem acusar aqueles que os ferem. Finalmente, as entidades precisam ser capazes de pensar em si mesmas como criaturas livres. Estas quatro características, a autoconsciência, a racionalidade, o sentido moral e a liberdade identificam as entidades capazes de discurso moral, capazes de dar permissão”⁵⁵.

Denota-se daí que, para ele, nem todos os membros da espécie humana são considerados pessoa, devendo centrar-se para verificar o momento em que o ser humano torna-se pessoa, quando adquire as habilidades por ele expostas acima⁵⁶.

No mesmo sentido se posiciona Peter Singer, admitindo a existência de membros da espécie humana que não são considerados pessoas,

⁵⁴ Anne Fagot-Largeault. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. *Revista de estudos avançados* (18), 51. São Paulo: 2004, p. 240.

⁵⁵ H. Tristan Engelhardt, *Fundamentos*, cit., p. 174.

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 174.

embora admita mais: como existência de seres pessoais, mas que não pertencem à espécie humana. Para conceituar *pessoa*, ele se utiliza dos denominados *indicadores de humanidade*⁵⁷.

Tais indicadores consideram a consciência de si, o autocontrole, o senso de futuro e de passado, a racionalidade, a capacidade de relacionar-se com os outros, a preocupação com os outros, comunicação e curiosidade. O conceito de pessoa, para Peter Singer, vincula-se à consciência e à racionalidade, incorporando assim o conceito de “membro da espécie *Homo sapiens*”, devendo servir de parâmetro para apontar as referências biológicas de seres humanos não-pessoais⁵⁸.

Especificamente ao embrião, Ronald Dworkin explica que sua personalidade é ambígua e de pouca utilidade prática⁵⁹.

Para ele, *pessoa* é o ser que detém direitos e interesses próprios, demonstrando o “sentido prático” do termo *pessoa*, no seguinte sentido: “(...)“En este sentido, la afirmación de que el feto es una persona significa únicamente que tiene el derecho a ser tratado *como* una persona, es decir, del mismo modo como creemos que deberían ser tratadas las criaturas que son indudablemente personas, como usted y como yo. Por lo tanto, entiendo la cuestión jurídica – la de si el feto es una persona constitucional – como la cuestión de si la Constitución exige a los estados tratar al feto como si tuviera los mismos derechos que tienen los niños y los adultos; y la cuestión moral - la de si el feto es una persona moral – como la cuestión de si deben otorgarse al feto los mismos derechos morales que indudablemente tienen los niños e los adultos”⁶⁰.

⁵⁷ Peter Singer. *Ética e prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 96.

⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 97.

⁵⁹ Ronald Dworkin. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia Y la libertad individual*. Barcelona: Editora Ariel, 1993, p. 34.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 35.

Observa-se que, para ele, não é a atribuição do termo *pessoa* que determina o valor a ser dado ao embrião e os limites para a sua manipulação. Denota-se que Ronald Dworkin infere valor do grau de investimento natural e social feito em determinado ser humano.

Jean-François Malherbe pontua que o conceito de *pessoa* apenas refere-se ao ser humano *tridimensional*, isto é, o que é apto a se comunicar nos planos simbólico, psíquico e orgânico. Denota-se que a utilização do termo *pessoa* se utiliza em oposição ao termo *organismo*, referente ao ente existente no âmbito biológico. Conclui-se daí que antes de ser pessoa, o indivíduo é pessoa em potência⁶¹.

Para Kant, *pessoas* são os seres dotados de racionalidade e finalidade intrínseca. Revela-se a pessoa por possuir valor absoluto, sendo um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada, isto é, utilizada como meio para fins arbitrários⁶².

Vincent Bourguet compreende *pessoa* como todos os seres humanos, sendo certo que “a pessoa representa a idéia de um ser que tem um valor interior absoluto, o que significa que a atitude moral em relação à pessoa é o respeito incondicional”⁶³. Se assim é, não é correto afirmar que o embrião não é pessoa, se não há como evitar que seja reconhecido como indivíduo da espécie humana.

Nas palavras de Elio Sgreccia, “(...) quando dizemos que um homem é uma pessoa, queremos dizer que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual da natureza, como são elementos individuais da natureza um átomo, uma espiga de trigo, uma mosca, um elefante. O homem é sim um animal e um indivíduo, mas não como os outros. O homem é um

⁶¹ Jean-François Malherbe. Estatuto personal del embrion humano: ensayo filosófico sobre el aborto eugenésico. *Federación Internacional de Universidades Católicas* (Org.). La vida humana origen y desarrollo. Barcelona: Instituto Borja de Bioética, 1989, p. 89.

⁶² Immanuel Kant. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 58-59.

indivíduo que se governa por si mediante a inteligência e a vontade; existe não só fisicamente, pois há nele um existir mais rico e elevado, uma superexistência espiritual no conhecimento e no amor. É assim, de certo modo, um todo e não apenas uma parte; é um universo à parte, um microcosmo, no qual o grande universo pode estar contido todo inteiro por meio do conhecimento; por meio do amor pode se dar livremente a outros seres, que são para ele como que outros ele mesmo, relação esta cujo equivalente não se pode encontrar em todo o universo físico. Em termos filosóficos, isso quer dizer que na carne e nos ossos humanos há uma alma que é um espírito que vale mais que o universo todo. A pessoa humana, por mais dependente que seja dos menores acidentes da matéria, existe pela própria existência de sua alma, que domina o tempo e a morte. É o espírito que é a raiz da pessoa”⁶⁴.

Reinaldo Pereira e Silva posiciona-se no sentido de que o homem é pessoa, considerando-o o único ser vivo, com a capacidade de transcender a si mesmo, compreendendo o significado das coisas, vez que, desde a concepção, compreende o sentido do universo, bem como dos valores da humanidade⁶⁵.

Reinaldo Pereira e Silva cita Rager, que se coloca no sentido de que “a pessoa se caracteriza como um ser que existe por si mesmo (*per se existere*) e, assim, excede em dignidade a todos os seres não pessoais. Ainda que o sentido de pessoa corresponda a uma unidade autônoma, a pessoa não existe sozinha, necessitando sempre das outras pessoas para desenvolver seu ser pessoal, a exemplo da trindade das pessoas divinas”⁶⁶.

Comparativamente e analisando o exposto, vê-se que os autores Vincent Bouguet e Elio Sgreccia manifestam-se no sentido de que a *pessoa* vincula-se ao indivíduo da espécie humana, fundamentando na existência de algo transcendente à existência corpórea. Objetivam equiparar *pessoa* e *alma*.

⁶³ Vincent Bouguet, *O ser em gestação*, cit., p. 210.

⁶⁴ Elio Sgreccia. *Manual de bioética*, cit, p. 129.

⁶⁵ Reinaldo Pereira e Silva, *Introdução*, cit., p. 152.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 143.

Contra-pondo-se aos autores acima citados, H. Tristan Engelhardt e Peter Singer exigem mais do que a mera existência corporal, sendo necessária a razão. Pertencer o indivíduo à espécie humana não é condição suficiente para lhe atribuir o status de pessoa.

Grosso modo, observa-se que todas as correntes afirmam que não basta a matéria. É imprescindível que haja o *plus*, seja o espírito, seja a racionalidade ou qualquer outro requisito.

Conquanto sejam requisitos, nota-se que nenhum deles pode ser objeto de constatação.

Em meio a tantas indefinições acerca do que vem a ser pessoa, maior a dificuldade em verificar a questão atinente ao embrião.

Roberto Adorno se posiciona, em face das dificuldades em afirmar se seria o embrião pessoa ou não, seja no âmbito da biologia ou da filosofia, que a questão deve ser resolvida no plano prático, delineando o que é aceitável, ou não, em face dos embriões. Sendo assim, em verdade, se verificariam os deveres dos seres humanos já nascidos em face dos embriões⁶⁷.

Importa refletir sobre a questão de o embrião pertencer à espécie humana, o que deveria garantir sua proteção e respeito.

Em nosso sentir, essa é a razão fundamental para que seja tutelado devidamente o embrião, vez que, se não bastasse ser um ser humano em franco desenvolvimento, a biologia demonstra que o marco inicial da sua vida se dá no momento da fecundação.

Não há dúvida de que a noção de pessoa no âmbito filosófico diferencia-se na seara do direito, cumprindo ao operador do direito saber, em verdade, o que compõe a pessoa sob o prisma do direito.

Conquanto seja diferente a noção de pessoa, fato é que, mesmo se o direito negar ao embrião o reconhecimento de que ele é pessoa, para que possa

⁶⁷ Roberto Adorno, *Bioética*, cit., p. 104.

tutelá-lo de maneira correta, no âmbito filosófico e no da biologia, desde sua concepção, considera-se o embrião pessoa.

Nota-se que a dificuldade em fixar o início da personalidade não é de um só país.

Tanto que Ferriol afirma que “non es tarea fácil la de fijar jurídicamente el concepto de persona, em primer por tratarse de un término muy general; y después por las inevitables que inmediatamente se originan, y que seguramente se derivan en buena parte de los prejuicios religiosos, sociales, filosóficos, cuando no políticos, que prejuzgan o predeterminan la posición del jurista, cuando trata de fijar en un ámbito estrictamente jurídico ese fundamental concepto de persona”⁶⁸.

Para Alfredo Orgaz, não há dúvida de que, mesmo antes de nascer, o embrião tem proteção jurídica, tanto no âmbito público como no privado, exemplificando que, no direito argentino, o embrião é resguardado na seara penal, haja vista as disposições que versam sobre o aborto. Ademais, é são devidos alimentos à mulher grávida, no âmbito civil, e o direito trabalhista resguarda a licença-gestante⁶⁹.

Conquanto hoje polêmica é fato que o Código Civil estabelece, no artigo 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, não fazendo qualquer menção acerca do embrião.

Assim sendo, desnecessária seria tal menção, vez que, para o direito, com a concepção surge a figura do nascituro e, portanto, pela lei estaria abrangido.

Ao consagrar no artigo 2º a palavra *pessoa*, garantiu todos os direitos no Código Civil previstos, de maneira indistinta para qualquer ser

⁶⁸ P. J. Femenía López, *Status jurídico civil del embrión*, cit., p. 73.

⁶⁹ Alfredo Orgaz. *Personas Individuales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947, p. 135-138.

humano, independentemente de seu sexo, idade, credo, raça e por que não incluir ainda de que maneira venha a ser concebido.

Muitas são as divergências na doutrina acerca do início da personalidade e, como alerta Renan Lotufo, “as divergências doutrinárias continuarão e teses sobre esse assunto hão de surgir. Mas o fato é que, em tempos atuais, com recursos da ciência que permitem a identificação da carga genética do embrião e inclusive a realização de tratamentos e cirurgias intra-uterinas, cresce a tendência em proteger o nascituro e seus direitos desde a concepção”⁷⁰.

No instante da concepção, são-nos dado códigos próprios que, em momento algum, se alteram no transcorrer de toda a vida, fato que igualmente ocorre com os embriões criados no laboratório.

Tanto assim é que, felizmente, “a doutrina sobre o assunto tem reconhecido em maior ou menor grau essa similitude entre os embriões e os seres humanos já nascidos. Isso vem resultar na maior ou menor valoração dos seres embrionários comparativamente às pessoas nascidas. Em tal sentido, três grandes linhas de pensamento se formaram:

a) a que admite que a origem de toda pessoa humana e o termo inicial do necessário amparo encontra-se na concepção – posicionamento pelo qual o embrião teria igual valor a uma pessoa plenamente desenvolvida;

b) a que reconhece diferenciada proteção, conforme as diversas fases de desenvolvimento do novo ser que se forma (assim, somente a partir do 6º dia após a concepção; ou depois da nidação do zigoto no útero; ou 14 dias após a concepção, quando se vislumbra o início de formação do sistema nervoso central; ou após o 18º dia, com a formação da placa neural; ou somente após a configuração dos órgãos; ou confirmada a viabilidade do ser que se forma; ou após a infusão da alma; ou se possível a reidentificação, etc.) e

⁷⁰ Renan Lotufo. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*, volume 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

c) a que identifica no embrião uma pessoa humana potencial, com autonomia a lhe assegurar um estatuto próprio”.

Para o ordenamento jurídico, não há dúvida, em consonância com o disposto no artigo 2º, do Código Civil, que a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, confere a personalidade jurídica formal ao embrião, tendo ele direito não só à vida como também à dignidade humana.

Desenvolvendo um raciocínio *a contrario sensu*, quando a Lei de Biossegurança restringe as manipulações genéticas, como o faz em seu artigo 6º⁷¹, indiretamente está a reconhecer a personalidade jurídica formal aos embriões.

Para o direito, há que destacar que a vida é um direito condicionante consagrado na Constituição Federal, artigo 5º, *caput*, e mesmo em face de sua omissão em precisar o exato momento do início da vida, coíbe todos os atentados contra ela, prevendo o júri, por exemplo, no caso do aborto.

Aliando o disposto na Constituição Federal ao Código Civil, fácil e perceber que o Poder Público tem o dever de zelar pela vida humana, desde o

⁷¹ “Art. 6º Fica proibido: I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual; 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; IV – clonagem humana; V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação; VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação; VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos”.

momento da concepção, o que hoje pode ocorrer *in vitro*, inclusive, abrangendo portanto o direito à vida do embrião.

Tanto que não há qualquer disciplina legal que informe que a concepção apenas deve se verificar *in vivo* e não *in vitro*.

Até mesmo o Código Brasileiro de Deontologia Médica (Resolução nº 1.154/84), do Conselho Federal de Medicina, preceitua como princípio IX que “o médico, ainda que em caráter de pesquisa, guardará sempre

Em face da aparente contradição, a doutrina criou várias teorias, com o objetivo de determinar a partir de quando se dá o início da personalidade civil do homem e que, em nosso entender, deve-se estender à espécie *humana*, possibilitando a proteção dos embriões, como a seguir se analisa.

1.3.1 Teoria natalista

Para a teoria natalista, o embrião antes do nascimento não é considerado ser humano e, conseqüentemente, está privado de personalidade jurídica, embora se reconheça expectativa de personalidade, não lhe sendo negados, por exemplo, alguns direitos, entre os quais alimentos e proteção em face de eventual aborto.

O nascituro, portanto, sob a ótica dessa teoria, não é considerado pessoa, embora tenha expectativa de direito, desde o momento da concepção, para o que lhe seja vantajoso.

Nas palavras de Ana Cristina Rafful, “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, cujo embasamento é estabelecido através do art. 4º do Código Civil brasileiro; entretanto, como se pode notar, esta teoria não explica por completo a situação jurídica do nascituro, uma vez que não menciona o porquê do reconhecimento de direitos ao nascituro”⁷².

Não tendo o nascituro personalidade jurídica, logicamente, não possui capacidade de direito.

Assim sendo, a lei apenas o protege em possíveis direitos que serão adquiridos no momento do nascimento com vida.

⁷² Tereza Rodrigues Vieira (Coord.). *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004, p. 57. Observa-se que a autora remete o leitor à análise do artigo 4º do Código Civil de 1916, o qual estabelecia “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Hoje, a redação conferida pelo Código Civil de 2002 apresenta os termos: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Se assim é, o nascituro é considerado parte de sua genitora, revestindo-se de personalidade apenas no momento em que nascer com vida, argumento utilizado inclusive em face da teoria concepcionista, haja vista que não tem o embrião existência própria, mas constitui parte das vísceras da genitora.

Para essa corrente mister é saber exatamente o que vem a ser nascimento, vez que a expectativa tornar-se-á direito, em tal momento.

Para a Organização Mundial da Saúde o define, o “nascimento com vida se dá com a expulsão ou extração completa do corpo da mãe, independentemente da duração da gravidez, de um produto de concepção que, depois da separação, respire ou apresente qualquer outro sinal de vida, tal como batimentos do coração, pulsações do cordão umbilical ou movimentos efetivos dos músculos de contração voluntária, estando ou não desprendida a placenta. Cada produto de um nascimento que reúna essas condições se considera como uma criança viva”⁷³.

Ensina Jussara Maria Leal de Meirelles, para a corrente natalista, a personalidade tem início com o nascimento com vida, não se considerando o nascituro pessoa, embora receba proteção legal. A personalidade fica sob a égide de condição suspensiva “nascer com vida”. Logo, as expectativas de direitos nascentes no momento da concepção, tornam-se efetivamente aquisição com o nascimento com vida⁷⁴.

Ou, como explica Sérgio Abdalla Semião, “segundo a doutrina natalista, o nascituro é mera expectativa de pessoa e, por isso, tem meras expectativas de direitos e só é considerado como existente, desde a sua concepção, para aquilo que lhe é juridicamente prov

concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade da lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código Civil Brasileiro”⁷⁵.

Entre os doutrinadores, são partidários desta corrente Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola, João Luiz Alves, Sérgio Abdalla Semião, Caio Mário da Silva Pereira etc.⁷⁶, Paulo Carneiro Maia, Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, João Luiz Alves, Eduardo Espínola e Sady Cabral Gusmão⁷⁷.

Exemplificativamente, a teoria natalista é adotada pelo Código Civil dos seguintes países: Espanha⁷⁸, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália⁷⁹.

1.3.2 Teoria da personalidade condicional

A teoria da *personalidade condicional* reconhece a personalidade desde o momento da concepção, mas sob a condição de nascer com vida. Dessa forma, se o nascituro não nascer com vida, a personalidade não se verifica.

Essa teoria entende que “embora o nascituro tivesse adquirido a personalidade desde a concepção, sua efetivação estaria ligada ao nascimento com vida, ou seja, pressuposto para a aquisição da personalidade”⁸⁰.

Essa teoria consiste em atribuir a personalidade a partir da concepção, observando-se a condição suspensiva até que ocorra o nascimento.

⁷⁴ Jussara Maria Leal de Meirelles, *A vida humana*, cit., p. 52.

⁷⁵ Sérgio Abdalla Semião, *Os direitos*, cit., p. 40-41.

⁷⁶ Idem, *ibidem* cit., p. 34.

⁷⁷ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 145.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 76.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 63.

⁸⁰ Tereza Rodrigues Vieira (Coord.), *Bioética*, cit., p. 57-58.

Logo, se o embrião nascer com vida, é como se a sua personalidade retroagisse ao momento da concepção.

Assim confere-se ao embrião o amparo da lei, no intuito de garantir seus direitos de cunho personalíssimo e patrimonial. Tais direitos, em face da condição suspensiva, apenas se integram ao embrião no momento em que nascer com vida.

Não é por outra razão que se admite, exemplificativamente, que com o objetivo de garantir tais direitos, seja nomeado curador.

Miguel Maria de Serpa Lopes ensina que “de fato, a aquisição de tais direitos, segundo o sistema do nosso Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência; se tal sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direito, como deverá de suceder, se o nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos”⁸¹.

Essa teoria é seguida por Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes, Gastão Grossé Saraiva, Walter Moraes, entre outros⁸².

1.3.3 Teoria verdadeiramente concepcionista

A teoria concepcionista considera que a personalidade civil tem início no momento da concepção, sendo o nascituro titular de direitos, não condicionando a qualquer evento futuro e incerto.

Logo, sendo a personalidade atribuída no momento da concepção, considera-se o embrião pessoa.

⁸¹ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 154.

⁸² Idem, *ibidem*, cit., p. 148-158.

Pela clareza da exposição, pedimos vênia para transcrever os ensinamentos de Ana Cristina Rafful, no sentido de que “a atribuição da personalidade jurídica é norma de ordem pública não podendo ser modificada pelos particulares, e se a mesma foi atribuída aos nascituros quando o Código menciona colocar a salvo seus direitos, o faz fixando esta personalidade como sendo um pré-requisito, o fundamento ou mesmo um pressuposto para que se possa adquirir direitos e contrair obrigações. Desta forma nenhum direito poderia ser resguardado se o nascituro não tivesse personalidade. O nascimento com vida não seria uma condição suspensiva, mas um pressuposto para aquisição da personalidade jurídica material”⁸³.

Se o nascituro tem direitos expressamente previstos e que não são taxativos, é considerado pessoa em face da lei, pelo fato de que apenas pessoa é sujeitos de direito, imbuída de personalidade jurídica.

Entre os direitos que o nascituro detém, compreende-se: direito à posse, direito de receber doações, direitos de ser adotado, entre outros.

Se assim é, inadmissível compreender que o nascituro seja detentor de direitos mas que não seja pessoa, vez que o próprio legislador além de delinear alguns direitos no âmbito civil, contempla de maneira rigorosa o crime de aborto que apenas se dá em face da pessoa.

De todos os direitos que assistem o nascituro, nem todos estão sob a condição de nascer com vida. Se assim não fosse, não seria possível compelir o devedor de alimentos à sua prestação para o nascituro, tampouco seria possível a tutela da vida e de seja integridade, seja ela de ordem física ou moral.

Essa corrente difere da personalidade condicional, no sentido de que a personalidade inicia-se na concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos direitos não dependem da condição *nascer com vida*, como ocorre com os direitos da personalidade.

⁸³ Tereza Rodrigues Vieira (Coord.). *Bioética*, cit., p. 58.

Ressalta-se a observação feita por Silmara J. A. Chinelato e Almeida, no sentido de que Teixeira de Freitas, em nota ao artigo 221, do Esboço de Código Civil “desmente que seria partidário da teoria da personalidade condicional. Ali o autor defende com veemência, o entendimento no sentido de que o nascituro é pessoa desde a concepção e que existem direitos e estados que independem do nascimento com vida”⁸⁴.

Para a autora, por exemplo, a personalidade do nascituro é incondicional e independente de evento subsequente, garantindo-se assim, os direitos personalíssimos, quais sejam, a vida, a liberdade entre outros. Não nega que para os direitos patrimoniais é necessário que o nascimento ocorra com vida. Afirma ainda que o Código Civil teria adotado a teoria concepcionista, se se interpretado sistematicamente, ao explicar que “a tomada de posição de eu o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie, por inaplicável, a regra de hermenêutica ‘excepciones sunt strictissimae interpretationis’. Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no texto do art. 4º que, ao contrário, refere-se genericamente a ‘direitos do nascituro’”⁸⁵.

Os fundamentos principais dessa teoria consistem, por exemplo, que o direito ampara o nascituro, como se pessoa fosse, desde o momento da concepção, punindo o aborto, por compreendê-lo como crime contra a vida e, diga-se que na verdade, o que existe é o nascituro, autoriza-se a posse em nome do nascituro, podendo ser representado por curador. Admite-se o reconhecimento de filhos ainda não nascidos. Possibilita o recebimento de

⁸⁴ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 148.

⁸⁵ Idem. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. *Revista de informação legislativa* n° 97. Brasília. p. 185.

doações. Se assim é, “com o nascimento o ser humano entra para o mundo jurídico como elemento de suporte fático, em que nascer é o núcleo”⁸⁶.

A teoria concepcionista se subdivide em doutrina concepcionista (verdadeira) e a doutrina concepcionista da personalidade condicional.

Insta dizer que alguns doutrinadores dividem a teoria concepcionista em duas: a verdadeiramente concepcionista e a concepcionista da personalidade condicional. Para a primeira, a personalidade tem início no momento da concepção e não no momento do nascimento, não havendo quaisquer tipos de condições, vinculando-se apenas à vida, pois com ela os demais são consequência. Para a segunda corrente, embora a personalidade seja reconhecida desde o momento da concepção, fica subordinada à condição de nascer com vida.

Salienta, Maria Helena Diniz, que o nascituro, por ter vida intra-uterina e embrião por ter vida extra-uterina, ambos têm personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos da personalidade⁸⁷.

Explica, também, que tanto o embrião quanto o nascituro possuem carga genética diferenciada desde a concepção, o que em momento algum é negado cientificamente, citando, para isso, a Recomendação nº 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa e o Pacto de São José da Costa Rica, art. 4º, I. A personalidade jurídica material é que englobaria os direitos patrimoniais e os obrigacionais, apenas seriam recebidos no momento do nascimento com vida⁸⁸.

Em relação aos doutrinadores, são adeptos desta teoria, Teixeira de Freitas, Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro, Rubens

⁸⁶ Renan Lotufo, *Código Civil*, cit., p. 13.

⁸⁷ Maria Helena Diniz, *O estado*, cit., p.127.

⁸⁸ Idem, *Código*, cit., p. 8.

Limongi França, Francisco dos Santos Amaral, Mário Emílio Bigotte Chorão⁸⁹, Silmara J. A. Chinelato⁹⁰ e Maria Helena Diniz⁹¹.

Para que a tutela do embrião seja efetiva, adotamos a teoria concepcionista, compartilhando assim, dos ensinamentos proferidos por Silmara J. A. Chinelato e Almeida, no sentido de que “observamos a tendência e proposta da melhor doutrina no sentido de se lhe reconhecer personalidade jurídica, por sua natureza humana inegável – *individua substantia rationalis naturae*, na lição de Boécio”⁹², muito embora haja entendimentos em contrário⁹³.

Até porque fato é que o que se quantifica, em verdade, é a capacidade, o que não ocorre com a personalidade. Ou a personalidade é integral ou simplesmente não existe⁹⁴.

Assim, em nosso sentir, ao embrião, que também tem natureza humana, tal proteção deve ser estendida e, na falta de proteção específica, que seja promovida sua proteção como se nascituro fosse.

A proteção ao nascituro ao embriões, em alguns países, se dá da seguinte forma:

Na Argentina, o Código Civil, nos artigos 63 e 70, trata do início da personalidade no momento da concepção. Expresamente preceitua que “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno” e que “desde la concepcion em el seno materno comienza la existencia de lãs personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos

⁸⁹ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 158.

⁹⁰ Idem, *ibidem*, cit., p. 161.

⁹¹ Maria Helena Diniz, *Código*, cit., p. 8.

⁹² Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 162.

⁹³ Tereza Rodrigues Vieira (Coord.). *Bioética*, cit., p. 61. Valéria Silva Galdino e Roberto Kazuo Rigoni Fujita se manifestam no sentido de que o ovo fecundado não é pessoa, sendo imprescindível a ocorrência da nidação e, posterior, desenvolvimento do feto. Só assim o pré-embrião de ser mera expectativa potencial de vida para adentrar à vida do nascituro, sendo protegido pelo ordenamento jurídico.

si los concebidos em el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados se du madre”.

Sérgio Abdalla Semião informa que a maioria das legislações repudiam a teoria concepcionista, mas lembra que esta teoria é adotada na Argentina e, embora com pouca variação, na Áustria e na Venezuela⁹⁵.

Preceitua o artigo 55, do Código Civil Chileno: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

Nota-se que o artigo transcrito se assemelha ao Código Civil brasileiro pois, embora não reconheça personalidade ao que está por nascer, garante-lhe proteção, como se infere da leitura do artigo 75, do mesmo Código: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas as providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

O Código Civil Espanhol, no artigo 29, estabelece que “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca com lãs condiciones que expresa el artículo siguiente”, que assim determina: “Para los efectos civilis, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Denota-se que por ele, apenas com o nascimento surge a personalidade. Diversamente do Brasil, que apenas requer o nascimento com vida, na Espanha é necessário ainda que o produto da concepção tenha forma humana, devendo sobreviver por vinte e quatro horas após a separação da mãe.

⁹⁴ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 168.

⁹⁵ Sérgio Abdalla Semião, *Os direitos*, cit., p. 50.

O artigo 1º, do Código Civil Italiano, dispõe: “La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita”⁹⁶. Observa-se assim, que a Itália adota personalidade condicional.

No entender de Sérgio Abdalla Semião, a Itália adota a teoria natalista, embora não seja este o entendimento de Gabriele Tusa, para o qual, a teoria adotada é da personalidade condicional.

O Código Civil português, no artigo 66, determina que “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

Em Portugal só há nascimento se o nascido estiver despreendido totalmente da mãe, devendo estarem separados pois, enquanto estiver ligado pelo cordão umbilical, não houve ainda o nascimento.

A Alemanha dispõe de lei específica para tutelar os embriões - Gesetz zum Schutz von Embryonen. Nos termos da lei, embrião tem o seguinte significado: “Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag”⁹⁷.

⁹⁶ “A capacidade jurídica se adquire no momento do nascimento. Os direitos que a lei reconhece a favor do concebido estão subordinados ao evento do nascimento”. Tradução livre de Gabriele Tusa.

⁹⁷ “Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, o óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo”. Tradução livre de Gabriele Tusa.

A nosso ver, o Brasil necessita de legislação própria para amparar as questões voltadas ao embrião, sob pena de sucumbir aos demandas da ciência.

1.4 A personalidade do embrião

Nielson Toledo Louzada informa que o embrião pode se revestir das seguintes personalidades⁹⁸:

Personalidade incompleta que, como o próprio nome sugere, é incompleta, vez que se aperfeiçoa apenas no momento do nascimento e, nesse momento, o embrião adquiriria a plena posse da personalidade jurídica.

Personalidade antecipada, intimamente relacionada à retroação, possibilitando alguns efeitos ligados à personalidade que seriam antecipados.

Personalidade condicional, pela qual condições são fixadas para a atribuição da capacidade, tais como, nascer respirando.

1.5 Ética: há ou não há, pois não existe o “mínimo” de ética

A palavra ética origina-se do latim *ethica*. Num estudo mais aprofundado, verifica-se que indiretamente origina-se também do ηθική, *ethiké*.

Pode-se afirmar que a ética é um ramo da filosofia, considerando os valores, haja vista que se observa o que seria adequado e moralmente correto, diante da conduta humana.

Para o desenvolvimento desse trabalho, busca-se a definição de *ética* no âmbito da filosofia, compreendendo, portanto:

⁹⁸ Nielson Toledo Louzada. *Tutela jurídica do embrião humano*, cit., p. 70.

“a) Estudo filosófico dos valores morais e dos princípios ideais do comportamento humano; b) deontologia; c) ciência dos costumes ou moral descritiva (Ampère); d) conjunto de prescrições admitidas por uma sociedade numa dada época; e) ciência que tem por objeto a conduta humana; etologia; etografia; f) ciência que toma por objeto imediato o juízo de apreciação de atos; juízo de valor relativo à conduta (Lalande); g) ciência do comportamento moral do ser humano no convívio social (Geraldo Magela Alves); teoria ou investigação de uma forma de comportamento humano”⁹⁹.

Em outras palavras, diz-se que a ética demonstra o que é aceito moralmente pela sociedade, objetivando o que é *bom* ou o que é *ruim* para a sociedade, de maneira absoluta.

A ética é absoluta, não comportando que uma conduta humana seja *meio* ética. Ou ela é inteiramente ética, ou não é, como bem ensina Maria Garcia¹⁰⁰.

A ciência, ainda mais quanto pertine ao direito à vida de um ser humano, tem de observar a ética, por mais que implique na não evolução da ciência.

O surgimento das células-tronco revolucionam a ciência, ainda mais quanto se refere às células-tronco embrionárias, vez que existe a expectativa de que elas possam se tornar em qualquer célula ou tecido, sendo pelos laboratórios criadas em massa. Mas curiosamente, percebe-se que até o país mais desenvolvido do mundo, os Estados Unidos, proíbem as experiências com as células-tronco embrionárias, vez que inevitavelmente ocorre a destruição do embrião¹⁰¹.

A ciência não é *terra de ninguém* como ocorreu, exemplificativamente, no caso dos exploradores de cavernas, onde um deles é

⁹⁹ Maria Helena Diniz, *Dicionário*, cit., v. 2, p. 509.

¹⁰⁰ Aulas ministradas no curso de mestrado.

¹⁰¹ Antônio Moser. *Biotecnologia e bioética: para onde vamos?* Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 180.

morto para garantir a sobrevivência dos demais, de onde se retira uma reflexão: “(...) no momento em que Roger Whetmore foi morto pelos réus, eles se encontravam não em um “estado de sociedade civil” mas em um “estado natural”, como se iria na singular linguagem dos autores do século XIX. A consequência disto é que a lei que lhes é aplicável não é a nossa, tal como foi sancionada e estabelecida, mas aquela apropriada a sua condição. Não hesito em dizer que segundo este princípio eles não são culpados de qualquer crime”¹⁰².

Por mais que a ciência queira negar que o momento do início da vida se dá na fecundação, a tentativa é infrutífera e, em face de constatações científicas observadas no início desse trabalho, não eximirá que os responsáveis pela inobservância de critérios éticos sejam punidos, vez que não estão no *estado natural*, mas sim, sob a égide da lei que disciplina toda e qualquer atividade na área científica, mais precisamente em relação aos embriões.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato, é fato que o avanço tecnológico enseja vários e novos problemas, aguardando solução do campo ético. Além disso, se o ser humano, sem exceção, deve ser considerado como pessoa e em decorrência ter a devida proteção da ordem jurídica, a questão que se coloca é a partir de qual momento a existência do homem deve ser reconhecida? Seria exatamente no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide ou a partir da segunda semana após a concepção ou com o nascimento com vida e, por fim, o aborto intencional equivaleria ao homicídio? Nesta esteira de pensamentos, não foge a interrogação as questões atinentes ao embrião criado no laboratório e, assim, seria ele uma pessoa? Embora a medicina domine a técnica de reprodução medicamente assistida, é ético a produção desenfreada de embriões humanos para que sejam utilizados como matéria-prima da indústria de cosméticos ou com o fito de pesquisa científica?¹⁰³.

¹⁰² Lon L. Fuller. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 14-15.

¹⁰³ Fábio Konder Comparato, *A afirmação*, cit., p. 32-33.

Os cientistas de todas as áreas necessitam vivenciar a ética como algo que lhe é fundamental, tal qual o ar que se respira. Se assim fosse, certamente, a história não contaria os desmandos feitos pelo homem.

Acerca dos embriões, é ético seu congelamento ou ainda disponibilizá-los para pesquisa e terapia?

A nosso ver tais procedimentos não são éticos.

Em relação às pesquisas, deve-se destacar que vários foram os experimentos realizados na tentativa de se transformar as células-tronco embrionárias em células beta pancreáticas produtoras de insulina, mas fato é que as dificuldades parecem maiores do que as previstas pelos cientistas¹⁰⁴. Aqui não há dúvida da enormidade de embriões que já foram sacrificados.

Quanto ao congelamento, explica Alice Teixeira Ferreira, que “não é ético congelar o embrião humano porque o congelamento pode levar a alterações irreversíveis dos cromossomos. O fato de se dizer que são viáveis após o descongelamento não quer dizer que resultarão em indivíduos normais. Na rotina da reprodução assistida tem-se vezes mais riscos de ser gerada uma criança mal-formada que pela reprodução natural”¹⁰⁵.

Se assim é e se a ética, salvo melhor juízo, teria de se pautar no *como* agir perante os demais membros da mesma espécie, não é ético manter seres humanos que poderão sofrer conseqüências em decorrência da ação do homem.

O avanço das ciências parece desvendar ao homem um campo amplo de possibilidades parecendo ser descompromissada as possibilidades frente à ética.

¹⁰⁴ Anne Fagot-Largeault, *Embriões, células-tronco e terapias celulares*, cit., p. 243.

¹⁰⁵ Alice Teixeira Ferreira et al. *Vida: o primeiro direito da cidadania*. Goiânia: Gráfica e Editora Bandeirante Ltda, 2005, p. 42-43.

Alberto Silva Franco sinaliza que “o progresso científico feito à margem da perspectiva jurídica pode apresentar deformidades graves que se traduzem em efeitos perversos para a humanidade”¹⁰⁶.

Em relação aos embriões e em face da Lei de Biossegurança, é impossível desassociar a assertiva de Einstein,¹⁰⁷ no sentido de que os “cientistas, cujo trágico destino tem sido ajudar a fabricar os mais hediondos e eficazes métodos de aniquilação, devemos considerar nossa missão fazer tudo que estiver em nosso poder para evitar que essas armas sejam usadas para propósitos brutais. Que missão poderia ser mais importante para nós? Que finalidade social estaria mais próxima de nossos corações? (...) Por uma penosa experiência, aprendemos que o pensamento racional não é suficiente para resolver os problemas de nossa vida social. O intelecto tem um olho aguçado para os métodos e ferramentas, mas é cego quanto aos fins e valores”.

Pautar-se em parâmetros éticos faz da ciência nobreza. O que não é ético, é afirmar que o embrião é desprovido de vida, quando sabe-se que o ser humano, dotado de racionalidade que é, nem sempre avalia corretamente as conseqüências para que possa melhorar sua qualidade de vida ou até mesmo a própria vida.

Se a ética se revela como uma reflexão filosófica sobre o que seria moralmente correto ou incorreto, servindo de parâmetros para a conduta humana, como considerar ética a conduta que mata seres humanos apenas para experimentos¹⁰⁸?

¹⁰⁶ Alberto Silva Franco. *Genética humana e direito*. Disponível em <www.cfm.org.br/revista/411996/genet.htm>, acessado em 10/02/2007.

¹⁰⁷ André Franco Montoro. *Cultura dos Direitos Humanos*. *Revista Literária de Direito*. Ano V, nº 25, setembro/outubro de 1998, p. 10 e 11.

¹⁰⁸ Marco Segre e Cláudio Cohen (Org.). *Bioética*. 3ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 49. Em sentido contrário Marco Segre e Fermin toland Schramm: “Se quisermos um conceito menos materialista da vida e adotar o princípio aristotélico da ‘sabedoria’, como parece ser o caso da ética quando deve tomar posições caso a caso frente às descobertas imprevistas das biotecnologias, então me parece mais ‘sábio’ (em sentido aristotélico) entregar os embriões excedentes à pesquisa científica do que jogá-los no lixo”.

Se a conduta do homem sempre fosse ética, desnecessária seria a criação de tratados internacionais resguardando o direito à vida do ser humano. Não basta saber que a ética tende a lidar com as noções de bem e mal, certo ou errado entre outros binômios que podem ser desenvolvidos, mas torna-se fundamental que as pessoas que a ela se sujeitam ajam com discernimento.

Além disso, suportar os danos nem sempre é o que se resolve as questões suscitadas pela ética, pois quando as discussões passam por ela, normalmente as conseqüências que se obtém são catastróficas, sendo impossível o retorno ao estado natural das coisas.

Quando se trata de embriões, vale relembrar o disposto no artigo 2º, da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, do conselho da Europa, que preceitua: “o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

Daniel Serrão participou dos debates para a elaboração da Convenção e afirma que, “(...) em esquema é assim:

a) Não é eticamente aceitável que um País utilize embriões humanos para investigação sem ter legislação que regule tal prática;

b) Qualquer País pode ter legislação que proíba o uso de embriões humanos em investigação (Artigo 27º da mesma Convenção);

c) Um País que legisle autorizando esta investigação deve proteger, adequadamente, na legislação produzida, os embriões humanos a utilizar. Na verdade o que o Comité Director de Bioética quis afirmar neste Artigo é que não toma posição, nem emite um juízo de valor sobre a qualidade ética da decisão social de realizar, ou não, investigação destrutiva em embriões humanos; o que afirma é que se um País decidir autorizar tal investigação deve fazê-lo no quadro de uma lei que assegure, de forma que tal País considere adequada, a protecção do embrião. Esta afirmação subentende que o embrião não é uma coisa, embora o Plenário do CDBI tenha decidido não fixar nenhum conceito de embrião.

(...)

A tensão entre ética individual e éticas sociais é não só inevitável como saudável para dar a cada um o espaço necessário à sua realização, simultaneamente como Pessoa e como membro de uma Sociedade Civil, politicamente organizada em Estado. São responsabilidades de nível diferente, mas ambas importantes, quer a pessoa seja um cidadão comum, um investigador, um profissional de saúde, um filósofo, um jurista ou um detentor de poder político.

É no exercício desta tensão entre a ética pessoal e a eticidade social que terá de ser encontrada a forma adequada de proteger o embrião humano, em Portugal”¹⁰⁹. Salvo melhor juízo, não só em Portugal, como também em nosso País.

Quando se trata de seres humanos, sejam eles em quaisquer dos seus estágios de desenvolvimento, cabe ressaltar o ensinamento de Fernando Savater, o qual salienta que “devemos manipular as coisas como coisas e tratar as pessoas como pessoas, deste modo as coisas nos ajudarão em muitos aspectos, e as pessoas em um aspecto fundamental, que nenhuma coisa pode suprir, o de sermos humanos”¹¹⁰.

Ensina Olinto A. Pegoraro, que “o cientista é antes de tudo um cidadão sobretudo na partilha da liberdade; nem o cientista nem o político são livres de fazer tudo o que imaginam. Isto é, as liberdades devem ser compatibilizadas entre si, o que exige aceitar limitações e negocia-las democraticamente. Foram os cientistas nazistas que tentaram impor arbitrariamente à humanidade um ideal científico de raça e deu no que deu. Em síntese, sendo o cientista absolutamente livre em seu trabalho laboratorial (pode fazer até a quimera, se puder), ele, por ser cidadão, deve submeter o uso de seus

¹⁰⁹ Daniel Serrão, *Uso de embriões humanos em investigação científica*, cit., p. 13-14.

¹¹⁰ Jorge Pinheiro Castelo. A prova do dano moral trabalhista. *Revista do advogado*, ano XXII, nº 66, junho 2002, p. 53, citando Fernando Savater, *Ética para meu filho*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 90/91.

resultados às normas políticas da cidadania, que se supõe justa e democrática, solidária e independente de impérios econômicos”¹¹¹.

Não é possível desenvolver raciocínio que afaste as questões éticas quando seres humanos tornam-se objeto da ciência.

O primeiro princípio embasador de toda ética consiste em que o ser humano deve existir como um fim em si mesmo, não de maneira que seja meio para fazer valer vontades a seu bel-prazer. Informa ainda que em relação aos seres da natureza, desprovidos de racionalidade, têm valores relativos e, por isso, de meios, e não é por outra razão que denominam-se coisas, ao contrário dos seres racionais, que se denominam pessoas, pois a própria natureza os fazem que sejam um fim em si mesmo, não podendo servir de meio, o que serve de limite ao nosso livre arbítrio¹¹².

Denota-se com certa facilidade, que eticamente, embriões excedentários não deviam existir.

Em relação à bioética, com o advento da Lei de Biossegurança os debates relativos à utilização das células-tronco embrionárias ensejam cada dia mais dúvidas acerca dos limites que a ciência deve observar.

Não é por outra razão, que tramita no Supremo Tribunal Federal a ação de inconstitucionalidade nº 3510, que objetiva declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º, da referida lei o que, ao que nos parece, salvo equívoco, está longe de ocorrer, considerando as manifestações dos advogados da união.

As primeiras pesquisas com células-tronco embrionárias datam de 1998, pela equipe do professor James A. Thomson, da Universidade Johns Hopkins¹¹³.

¹¹¹ Olinto A. Pegoraro. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 31.

¹¹² Fábio Konder Comparato, *A afirmação*, cit., p. 21.

¹¹³ José Roberto Goldim. *Pesquisas com células tronco*. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/celtron.htm>>, acessado em 23/12/06.

A posição por nós inclusive assumida, reside no fato de não haver argumento plausível que justifique a morte de alguns seres humanos em face de outros.

Tal posicionamento não é diferente do que se verificava inclusive em 1853, como informa José Roberto Goldim, ao expor o posicionamento de Claude Bernard, para o qual pedimos vênias para transcrevê-lo: “o princípio da moralidade médica e cirúrgica é nunca realizar um experimento no ser humano que possa causar-lhe dano, de qualquer magnitude, ainda que o resultado seja altamente vantajoso para a sociedade”¹¹⁴.

Não há que se pautar na moral ou na religião para impor determinada posição. O que não pode ocorrer é fechar os olhos para a ciência, que demonstra clara e indubitavelmente que não há qualquer experiência com células-tronco embrionárias que demonstre a viabilidade superior do que as próprias células-tronco adultas, as quais, convém ressaltar, demonstram maiores possibilidades de sucesso quando de sua aplicação.

Muito embora seja possível colher relatos como o manifestado por Tereza R.Vieira, no sentido de que “a consciência humana, as leis, a humanidade, a consciência dos médicos condenam a experimentação no homem, mas ... ela é sempre feita, se faz e se fará por ser indispensável ao progresso da ciência médica para o bem da humanidade”¹¹⁵, com ele não concordamos. Pois em verdade, os experimentos realizados com o homem se pautam em seu conhecimento e aceitação para a prática de experiências e que em sua maioria das vezes não os condena à morte, o que ocorre diversamente quando se está diante do embrião. O embrião não pode consentir e tampouco ter outra destinação a não ser a própria morte.

¹¹⁴ José Roberto Goldim. *Pesquisas com células tronco*. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/celtron.htm>>, acessado em 23/12/06.

¹¹⁵ Idem, ibidem, disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/celtron.htm>>, acessado em 23/12/06.

Ademais, se há outras formas de se obter células-tronco para fins terapêuticos diversos dos embriões, por que insisti

CAPÍTULO II

DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da Terra; se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse o solar de teus amigos ou o teu próprio; a morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos dobram: eles dobram por ti” (John Donne)¹¹⁷.

2.1 Direito à vida

Embora seja teoricamente fácil compreender o significado lexical de *vida*, difícil apreender sua extensão quando isso envolve conferir-lhe proteção – caso dos embriões – não obstante a comprovação científica de que é a partir da concepção que a vida tem início¹¹⁸.

Fixando a atenção às acepções do *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, que mais de perto nos dizem respeito, encontramos para *vida* “(...) 3 - o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte;

¹¹⁷ Maria Garcia, *Limites*, cit., p. 258.

¹¹⁸ Maria Helena Diniz, *Dicionário*, cit. v. 4, p. 879. “VIDA. 1. *Direito autoral*. Animação em obra artística ou literária. 2. *Direito civil*. A) Espaço de tempo entre o nascimento e a morte de uma pessoa; b) subsistência. 3. *Direito do trabalho*. a) Profissão; b) principal ocupação; e) emprego. 4. Nas *linguagens comum e jurídica* em geral: a) modo de viver; b) força interna que dá ânimo à pessoa e aos animais irracionais; c) existência; d) causa; e) origem; f) fundamento”.

existência (...) 5 - motivação que anima a existência de um ser vivo, que lhe dá entusiasmo ou prazer; alma, espírito (...) 8 - o conjunto dos acontecimentos mais relevantes na existência de alguém; 9 - meio de subsistência ou sustento necessário para manter a vida (...) ¹¹⁹.

Qualquer que seja a maneira de reprodução, seu início é sempre, sem exceção, a partir de uma célula. Desde a concepção, o desenvolvimento do ser humano não cessa, processando-se de forma contínua e ininterrupta. A partir daí, não há mais possibilidade de desacelerar o processo vital daquele novo ser humano, a menos que o congelemos, a par do que ocorre nas fertilizações medicamente assistidas.

Por ser a vida direito fundamental do ser humano, cabe ao Estado protegê-la, nos termos do disposto na Constituição Federal, da forma mais ampla e irrestrita possível.

Maria Helena Diniz explica que a vida humana inicia-se a partir da fecundação, seja ela intra ou extra-uterina, sendo tutelada juridicamente, vez que o direito à vida permanece com a pessoa e abrange não só o direito à própria vida, como também, “o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF, art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII, e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico”¹²⁰.

Analisando a vida do embrião, Ronald Dworkin afirma que a maioria das pessoas partilham da idéia de que *la vida humana individual es sagrada*. *Sagrada* no sentido conotativo, nem sempre teísta, pois sua

¹¹⁹ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2858.

¹²⁰ Maria Helena Diniz, *O estado*, cit., p. 24.

admissibilidade não se pauta pela religiosidade. *Sagrada* no sentido de tornar a vida inviolável e indisponível¹²¹.

Sabe-se, entretanto, que nem todos compartilham desse entendimento, tanto que Hume julga que “no es importante que haya más personas. Pero una vez que una vida humana ha empezado, es muy importante que florezca y no se desperdicie”¹²².

O direito à vida é inviolável, inclusive em relação ao embrião, vez que “cualquier criatura humana, incluso el embrión más inmaduro, es un triunfo de la creación divina o evolutiva, que produce, como de la nada, un ser complejo y racional, y es también un triunfo de lo que a menudo llamamos el ‘milagro’ de la reproducción humana, que hace que cada nuevo ser humano sea distinto de los seres humanos que lo crearon y, al propio tiempo, una continuación de los mismos”¹²³.

Antonio Chaves pergunta com tom quase poético “quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de uma para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?”¹²⁴,

José Joaquim Gomes Canotilho entende que a vida é direito subjetivo de defesa, haja vista que o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia de sua não-agressão, implica garantia em dimensão protetiva desse direito. Em outras palavras, perante o Estado, tem o indivíduo o

¹²¹ Ronald Dworkin, *El dominio de la vida*, cit., p. 22.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 94.

¹²³ Idem, *ibidem*, p. 112.

¹²⁴ Antônio Chaves. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 16.

direito de não ser morto, surgindo uma obrigação negativa, no sentido de se abster das práticas que violem tal direito. Enfaticamente informa que o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade¹²⁵.

Registre-se, por oportuno, que, embora José Joaquim Gomes Canotilho entenda que o indivíduo tem o direito de não ser morto, em decorrência do direito à vida, em relação ao embrião, a situação é diferente, no que relativiza o autor. Afirma ele que “(...) o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa, a vida intra-uterina (independentemente do momento em que se entenda que esta tem início). É seguro, porém, que: (...) (b) a proteção da vida intra-uterina não tem de ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento”¹²⁶, entendimento de que não compartilhamos.

Destaque-se que, para Reindranath V. A. Capelo de Souza, o que se aplica aos embriões em sua inteireza, “a vida humana, qualquer que seja sua origem, apresenta-se-nos, antes de mais, como um fluxo de projeção colectivo, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital global...constitui um elemento promordial e estruturante da personalidade... a vida humana é susceptível de diversas perspetivações”¹²⁷.

Para esse autor, não existe apenas o direito de vida, no sentido de estar preservada a vida que já existe. É mais do que isso: engloba o sentido do direito à vida, observando o processo de evolução que, a nosso ver, vai da concepção até o momento do nascimento com vida.

¹²⁵ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 526-539

¹²⁶ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 175.

¹²⁷ Reindranath V. A. Capelo de Souza. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 203/204.

Alfredo Orgaz compreende a vida como pressuposto essencial da qualidade de pessoa. Logo, não se trata de direito subjetivo, devendo sua tutela ser pública, independentemente da vontade dos indivíduos. Se assim é, observa-se que o consentimento dos demais indivíduos torna-se ineficaz para alterar a tutela conferida à vida, desdobrando-se em direito privado à vida. Logo, todos os atos jurídicos pelos quais alguém põe sua vida à disposição de outrem ou se submete a grave perigo são absolutamente nulos¹²⁸.

Vê-se que não é fácil estreitar a amplitude do direito à vida, razão por que merece destaque o posicionamento de José Afonso da Silva, vez que afirma que a tentativa de defini-la pode acarretar conclusões que a nada levam, embora tenha por imprescindível tecer algumas considerações acerca da vida. E assim o faz, nos seguintes termos: “*Vida*, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil compreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida”.

Entretanto, qualquer que seja a definição, deve a vida ser tutelada de forma absoluta, não podendo existir nenhum tipo de relativização, ainda mais quando se refere à vida inicial de seres humanos.

A proteção do embrião à luz do disposto no Constituição Federal ganha relevo a medida que existe “uma tendência entre os defensores da pesquisa que usa embriões como matéria-prima a extrair de opções médicas e benefícios terapêuticos potenciais alegações absolutas. Mas a pesquisa destrói os

¹²⁸ Alfredo Orgaz. *Personas Individuales*, cit., p. 211.

materiais que usa *agora* – e irrecuperavelmente. Embora importantes, os interesses de quem sofre de uma doença não têm de se tornar absolutos para obrigar uma sociedade que tem de estar comprometida com todos os valores morais. A solidariedade social com os doentes e sofredores, que aloca recursos necessários e valiosos para a pesquisa biomédica, também tem de estabelecer prioridades para esses recursos”¹²⁹.

O artigo 5, *caput*, da Constituição Federal de 1988, assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida, nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nas palavras de Pedro Lenza, o direito consagrado no artigo acima transcrito engloba entre vários direitos, o de continuar vivo. Neste particular, é relevante a questão do embrião, que tem o direito constitucionalmente assegurado de continuar vivo¹³⁰.

O embrião é um ser vivo e apenas por esse fato inegável e comprovado cientificamente tem o direito de se manter vivo.

Há que refletir: “onde termina ‘o que é vivo’ em um organismo e onde começa o ‘não vivo’? Ou, em outras palavras, quando é que um agregado de moléculas deixa de ser meramente uma mistura química e se torna um organismo vivo?”¹³¹,

¹²⁹ Volnei Garrafa e Leo Pessini. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 174.

¹³⁰ Pedro Lenza. *Direito constitucional esquematizado*. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 470.

¹³¹ Baker & Allen. *Estudo da biologia*. Trad. Elfried Kirchner. São Paulo: Editora Edgard Blucher, 1975, p. 1.

Não há dúvida de que o embrião necessita da tutela constitucional para ficarem assegurados os seus direitos, embora não seja pacífico tal entendimento¹³².

Ademais, não há como negar ao embrião esse direito, mesmo que por meio do congelamento, sendo ilícito, salvo melhor juízo, submetê-lo a experimentos ou terapias, que inevitavelmente acarretam sua morte.

O direito à vida, como ensina Alexandre de Moraes, é direito fundamental, considerando que a existência e exercício de qualquer outro direito vincula-se à existência e à defesa da vida. Ele ainda destaca que a Constituição Federal imprime proteção à vida de maneira geral, englobando a vida uterina. Se assim é, a interpretação em prol da vida deve ser ampla e, se admitida está a proteção da vida uterina, com razão igual precisa que a vida extra-uterina ser protegida, vez que os meios pelos quais ela surge foram alterados pelo avanço da ciência¹³³.

Ao comentar o direito à vida em face da Constituição Federal, José Cretella Junior assim expõe: “Bastaria que se tivesse dito “o direito” ao invés de “a inviolabilidade do direito à vida”. Se “vida é um direito” garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não “inviolado”. Se eu digo que é ‘inviolável’ (a correspondência, a intimidade, a residência, o sigilo profissional), ‘ipso facto’, estou querendo dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade (inviolabilidade da correspondência, da intimidade, da residência, do sigilo profissional)... O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o “direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde” e (b) “o direito de subsistência”: o primeiro, ligado à segurança física da

¹³² Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Direito penal e bioética: o aborto e os embriões congelados e descartados. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo: SP, 2002, p. 15. Para o autor não há qualquer afronta quando da destruição do embrião, considerando que o direito constitucionalmente assegurado apenas se remete aos que sejam nacionais ou estrangeiros, sendo requisito o nascimento.

pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao “direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto”¹³⁴.

Se o direito à vida é inviolável constitucionalmente de forma absoluta, como legalizar o sacrifício de várias vidas em prol de nada? Qual o fundamento que valida a morte de outro ser humano?

O parâmetro para a análise deve ser que a vida é um direito fundamental, o mais importante deles, tanto assim que, sem vida, não há outros direitos a tutelar.

Descabido é o argumento de que se a fecundação se desse *in vivo*, muitos embriões sucumbiriam, o que valida as pesquisas e terapias.

Não se nega que apenas setenta e cinco por cento das concepções naturais são abortadas espontaneamente¹³⁵, mas não é possível conferir ao homem o poder de determinar o embrião cuja vida será respeitada.

Pontes de Miranda ensina que o direito à vida é inato, que quem nasce com vida tem direito a ela e explica que as regras jurídicas constitucionais têm de manter a incolumidade da vida, sob pena de serem decretadas inconstitucionais. Para ele, o direito à vida é ubíquo, isto é, existe em qualquer ramo do direito, inclusive no sistema jurídico supraestatal. Alerta que o direito à vida não se confunde com o direito à comida, à casa ou outro direito, prevalecendo mesmo sobre o direito à integridade física ou psíquica¹³⁶.

Não é só a Constituição Federal que resguarda o direito à vida.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, preceitua que “o

¹³³ Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 61.

¹³⁴ José Cretella Júnior. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. I. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988. p. 182-183.

¹³⁵ Eliane Elisa de Souza e Azevêdo. *O direito de vir a ser após o nascimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 66.

¹³⁶ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado: parte especial, tomo VII*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Editor Borsoi: 1971, p. 14-29.

direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

A Convenção Européia dos Direitos Humanos (1950), no artigo 6º, preceitua: “1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida (...).” Tão fundamental é esse preceito que “ (...) uma pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez (...).”

Em 1948, na esteira da II Guerra Mundial, surge a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, considerando crime contra a humanidade “o assassinio, o extermínio, a redução à condição de escravo, a deportação e todo ato desumano, cometido contra a população civil antes ou depois da guerra, bem como as perseguições por motivos políticos e religiosos, quando tais atos ou perseguições, constituindo ou não uma violação do direito interno do país em que foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência de todo e qualquer crime sujeito à competência do tribunal, ou conexo com esse crime”.

Não haver diploma específico ao embrião implica que o direito à vida é constitucionalmente assegurado, sem limitação para esse ou aquele ser humano.

Em nenhuma outra situação, salvo a dos embriões, duvida-se da extensão da proteção que a Constituição confere.

Até porque “(..) interessa-nos apenas discutir o direito fundamental do ser humano à vida, que é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecida, e que pertence ao ser humano não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter sido concebido. É-lhe inerente e não concedida”¹³⁷.

¹³⁷ Ives Gandra da Silva Martins. Fundamento do direito natural à vida. *Revista dos Tribunais* n° 623. Setembro de 1987, p. 27-30.

Ademais, se as vidas que têm origem intencional, merece tutela ainda maior pela Constituição Federal, vez que a criação dos embriões em laboratório é um o processo controlável e intencional. Logo, se, de um lado, cumpre garantir a vida desse novo ser, não se pode desconsiderar que, de outro, existe apenas a conveniência médico-social da reprodução medicamente assistida, bem como a da investigação científica¹³⁸.

Maria Garcia não tem dúvida de que os embriões são uma unidade que merece a proteção jurídica, a despeito das interpretações diversas que podem iludir, regredir ou mudar o que a ciência apresenta¹³⁹.

Além de a violação da vida embrionária se revelar um atentado, ela ameaça de maneira irrestrita a humanidade.

Pré-embrião ou embrião é sabido que são nomenclaturas incorretas, vez que, em verdade, são embriões em desenvolvimento, cuja vida goza de proteção constitucional.

Não é por outra razão que o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras, de 1994, preceitua que “as pessoas pertencentes às gerações futuras têm direito à vida, ao 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, étnico, racial ou religioso”.

Se não fosse suficiente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras proíbe de maneira inequívoca a possibilidade de *causar dano de qualquer maneira que seja à forma humana de vida*, destino inevitável a que se sujeita o embrião ao utilizá-lo em pesquisa ou terapia.

¹³⁸ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. *Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 152.

Como a tutela ao direito à vida dos embriões se efetiva?

Pela riqueza do ensinamento proferido por Ives Gandra da Silva Martins, ao confrontar o artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 2º do Código Civil, pedimos vênua para transcrevê-lo.

“(…) Do ponto de vista jurídico, à luz da Constituição, dos Tratados Internacionais e do direito civil, a vida deve ser respeitada, no Brasil, sempre, desde a concepção. De início, o legislador claramente declara que a vida começa na concepção; de resto, reproduzindo disposição do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário e cujo artigo 4º está assim redigido:

Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção.

Tendo o Pacto de São José, de que são signatários os países americanos, sido fundado “no respeito aos direitos essenciais do homem” (preâmbulo) é tratado internacional, que se integra à Constituição Brasileira, nos termos do § 2º do art. 5º, assim redigido:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, pois cuidando de direito e garantias fundamentais. Esta lei está vigendo no país, ao menos em nível de lei ordinária.

Parece-me, pois, que, nitidamente, os tratados internacionais sobre direito fundamentais, a lei suprema e a lei civil – todos, todos, todos – cuidam do direito à vida, como direito essencial *e que deve ser salvaguardado desde a concepção.*

É de lembrar que o Código Civil nada mais fez do que reproduzir, em seu artigo 2º, o princípio constitucional (...).

Nada seria tão ilógico, tão irracional, tão incoerente quanto dizer que:

¹³⁹ Maria Garcia, *Limites*, cit., p. 178-179.

Todos os direitos do nascituro estão garantidos

Menos “o direito à vida”!!!

O que mais impressiona, todavia, é que esta percepção de garantias jurídicas vem do direito romano. No direito romano, os direitos do feto eram considerados garantidos desde a concepção (*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*), como se lê no Digesto, Livro I, título V, enunciado 7^o¹⁴⁰.

A Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, por meio da Recomendação 1046, de 1986, tem por princípio que “o embrião e o feto humanos devem beneficiar-se, em qualquer circunstância, do respeito devido à sua dignidade humana”.

Se assim ocorresse no Brasil, a Lei de Biossegurança deveria autorizar que as pesquisas e terapias apenas se destinassem a salvaguardar a própria vida ou os interesses dos embriões.

Não se pode esquecer de que o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, em seu artigo 4º, impõe limites para o avanço da ciência, no campo genético, que se traduzem no respeito à vida, à dignidade, à integridade e à individualidade de cada ser humano e este avanço deverá estar acima de interesses mesquinhos, econômicos e científicos, porque assim estarão assegurados os valores da pessoa humana.

Se assim é, como compatibilizar o Pacto e a Constituição Federal em face da Lei de Biossegurança?

Para nós, com todo o respeito que merecem opiniões em contrário, importa garantir a vida de maneira absoluta, em face do preconizado na Constituição Federal, que a protege inclusive em estado de sítio ou de emergência.

Até porque, como bem expõe Roberto Adorno, “(...) nadie está autorizado para decidir si otro individuo humano es un ‘sujeto de derechos’. Por

el contrario, es la sola pertenencia a la especie *homo sapiens* lo que debería determinar su status de ‘persona’. Cualquier otro criterio convertiría a algunos hombres en jueces de otros y la noción de derechos humanos quedaría suprimida de raíz. Pero, si aceptamos que los derechos humanos existen, parece innegable que el primero de estos derechos consiste en que nadie está autorizado para poner en discusión la pertenencia de otro a la categoría de hombre que posee semejante derecho. Pues, ‘si alguien estuviera autorizado a plantear esta cuestión y, por consiguiente, a privarme de ese derecho – en virtud de propiedades que no dependen de mi libre albedrío – ese derecho no sería tal, sino una concesión’. Por ello, ‘sólo cuando el hombre es reconocido como persona sobre la base de lo que es simplemente por naturaleza, puede decirse que el reconocimiento se dirige al hombre mismo y no a alguien que cae dentro de un concepto que otros han convertido en criterio para el reconocimiento. Como es natural, de aquí se deduce que todo límite temporal para su reconocimiento inicial como hombre es convencional, y por lo tanto, tiránico”¹⁴¹.

Conclui-se daí que, em relação à vida, não há critério de proporcionalidade que possa superá-la, mesmo que sejam outros direitos fundamentais, pois, pelo que já foi dito, sem ela nenhum outro direito será tutelado.

O Conselho da Europa, por meio da Recomendação nº 1.046, sancionada em 24 de setembro de 1986, considera que “fin dalla fecondazione dell’ óvulo la vita umana si sviluppa in modo continuo, sicchè no si possono fare distinzioni durante le prime fasi del suo sviluppo”¹⁴².

Permite-se assim, a manipulação do embrião, desde que seja para seu exclusivo benefício, não, em hipótese alguma, para privá-lo da vida.

¹⁴⁰ Alice Teixeira Ferreira *et al*, *Vida*, cit., p. 45-47.

¹⁴¹ Roberto Adorno. *Bioética y dignidad de la persona*, cit., p. 70-71.

¹⁴² “Desde a fecundação do óvulo a vida humana se desenvolve de modo contínuo, assim não se podem fazer distinções durante as primeiras fases do seu desenvolvimento”. Tradução livre de Gabriele Tusa.

Tanto que a Recomendação nº 1.100/89 estabelece que “L’embrione umano pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione pré-implantatorio, embrione, feto) manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo e, tuttavia, mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica”¹⁴³.

Dessa maneira, salvo melhor juízo, o concebido deve ter seus direitos resguardados.

Daí seguirá a afirmação de que, embora o embrião tenha sido concebido, não teria ele condições de se desenvolver, haja vista que não ocorreu a implantação.

Mesmo sendo isso fato incontestável, fato também é que, se proporcionados os meios, ele se desenvolverá, devendo ser resguardados portanto todos os seus direitos, máxime o de vida.

Bem alerta Daniel Serrão que o embrião extra-uterino é sensível, cabendo a cada um que o examina refletir acerca do que não é visível aos olhos comuns, devendo ser conhecido por meio da ciência biológica que o analisa aos olhos do microscópio¹⁴⁴.

Não é por outra razão que entendemos, *data venia*, que o Direito apenas é válido se seu objetivo essencial for proteger a vida, em qualquer de suas fases de desenvolvimento.

Foram anos até chegarmos à exclusão e repúdio coletivo dos castigos físicos como os presenciados na II Guerra Mundial, da escravidão, da tortura, razão de sobra para estranharmos, em nome do avanço da ciência, o desrespeito à vida.

¹⁴³ "o embrião humano, ainda que se desenvolva em faseiii8.72()-0.147i95254()-49.315(o)-459(n)3.9.49

Salvo melhor juízo, se não houver responsabilidade de todos os seres humanos em tutelar o maior direito do ser humano – a vida – estará próximo o tempo em que o valor da vida humana se tornará relativo, comprometendo a geração que ainda está por vir.

Adriana Diaféria cita Sgreccia, que é mais conservador. Para ele, “o embrião humano não está certamente em condições de exercer as atividades tipicamente humanas, nem o feto ou o recém-nascido são capazes de se exprimir por meio das faculdades mentais; não se pode negar, contudo, que desde o momento da fecundação está constituída a capacidade real de ativar essas atividades superiores. Nem é preciso esperar que se forme a linha primitiva e se estruture o primeiro núcleo do sistema nervoso, pois o embrião possui na realidade a capacidade ativa de realizar tanto o órgão, ou o cérebro, como a função. Essa capacidade real se enraíza na própria essência da individualidade humana, cuja corporeidade é informada e estruturada pelo espírito que a vivifica. É por essa razão que não se pode afirmar a distinção ontológica, isto é, real entre indivíduo humano – qualquer que seja o estágio de desenvolvimento a partir da fecundação – e pessoa humana – qualquer que seja o estado de amadurecimento intelectual”¹⁴⁵.

Por isso, há que criar um mecanismo próprio para que os direitos dos embriões, em qualquer situação se encontrem, sejam preservados, sob pena de aceitar situações de barbárie, como já vividas e demonstradas pela História.

Como adotamos a teoria concepcionista, o embrião tem direito tanto à vida como à sua tutela.

Não se imagina nenhuma outra vida, quando da união do óvulo com o espermatozóide, a não ser o próprio ser humano.

¹⁴⁵ Adriana Diaféria. Proposta de regulamentação sobre células-tronco embrionárias para usos científicos e terapêuticos no Projeto de Lei de Biossegurança (versão aprovada na Câmara dos Deputados) – necessidade de ponderação acerca dos preceitos constitucionais, p. 14.

Saliente-se que, interpretando sistematicamente o ordenamento jurídico, se não fosse conferido ao embrião a tutela de sua vida, desnecessário seria tipificar o crime de aborto, pois, no âmbito penal, não se questiona em momento algum, para a incidência da sanção, se o nascituro é pré-embrião, embrião ou feto.

Se ao embrião se dispensa a tutela à vida, que razão move a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, para disciplinar que “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”?

Se os embriões excedentes devem permanecer criopreservados, como afirmar que são desprovidos de vida?

Assim, qualquer ato que atente contra a integridade física do embrião, resultando inclusive em sua destruição, está em pleno desacordo com as disposições constitucionais e civis.

Entretanto, o legislador não confere direitos ao *nada*, pois, em não considerando o nascituro como sujeito de direitos, não há por que o artigo 2º do Código Civil afirmar que estão assegurados seus direitos desde a concepção.

Não há dúvida de que, no útero, o *conceptus* é um nascituro. Por que não aceitar que o embrião também é *conceptus*, embora em decorrência de atos extracorpóreos?

No âmbito penal, é mais claro perceber que não há *período* em que o produto da concepção mereça, ou não, tutela, dado que, desde o momento da concepção e em qualquer estágio da gravidez, havendo interrupção voluntária da gravidez, configura-se o crime de aborto. Assim, parece-nos forçoso concluir que é absoluto o direito do nascituro à vida.

Sem embargo, temos por cristalino que não se fala em expectativa de vida se há punição ao crime de aborto, visto não haver punição de expectativa de direito, senão em relação a direito propriamente dito.

Nesse caso, observa-se que a violação à vida do nascituro é violação do seu direito à vida, acarretando todas as conseqüências na lei previstas.

Para o direito, pouco importam as várias e infundáveis nomenclaturas - *ovo, zigoto, embrião, concebido, feto* ou *nascituro* -, pois todas são denominações conferidas ao mesmo fato: *produto da concepção*. Igualmente, o Código Civil, no artigo 2º, não faz distinção alguma, apenas estabelece que, desde a concepção, o nascituro merece tutela. Não determina, portanto, nenhuma diferenciação quanto à forma pela qual se origina o nascituro.

Concordamos com que, “independentemente de reconhecer o atributo da personalidade jurídica, (...) seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção do nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos”¹⁴⁶.

Com todo o respeito que merecem posições em contrária, o embrião não é coisa, não é amontoado de células: é um ser humano em desenvolvimento e ter sido criado em laboratório não altera sua essência.

Analogicamente, pode-se dizer que, se o embrião manipulado é *coisa* ou não tem natureza humana, então não pode parecer irracional afirmar que filhos adotados também não são filhos, já que sua natureza tampouco foi compartilhada pelos pais afetivos, mas apenas pelos pais biológicos.

O argumento de que o embrião é amontoado de células ou uma coisa não prospera. Como uma coisa ou um amontoado de células, uma vez

¹⁴⁶ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil: parte geral, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2002.

implantado, torna-se um ser humano? Milagre ou mero desenvolvimento de um ser já humano que estava se desenvolvendo?

A nosso ver, salvo melhor juízo, não se trata de milagre, mas de mero desenvolvimento do ser humano que ali se encontrava.

Não merece guarida a afirmação de que, por serem elevados os custos das técnicas, o custo-benefício continua vantajoso, vez que, em cada procedimento, criam-se números incertos de embriões.

Data venia, por caros que sejam, não valem mais que uma vida humana. Se a mulher pode sofrer conseqüências advindas da estimulação hormonal para que ocorra hiperovulação, tem de estar preparada tanto para a não-confirmação de uma gestação desejada como para submeter-se à repetição do tratamento.

O que não se admite é que a vontade humana tenha valor maior, tornando-se capricho e desprezo pela vida humana.

Embora a crioconservação não seja a melhor opção, em face dos embriões excedentários, ela ainda atende ao respeito à vida, mesmo quando os submete ao congelamento, em temperatura inferior a -196°C , em nitrogênio líquido. O glicerol evita o estilhaçamento do embrião e o mantém vivo.

Não se pode permitir a perda do direito à vida de seres humanos, repetição funesta da rodina dos campos de concentração. Lá, “o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E, nesse esforço puramente animal, tudo era permitido:

o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos”¹⁴⁷.

Com os embriões, por não estarmos diante do recém-nascido propriamente dito, alguns querem ver situação diversa. Trata-se verdadeiramente de um recém-nascido potencial para a vida, que demana um período para identificar nele o ser humano que é, em detrimento das células a que procuram limitá-lo.

Há que relembrar que toda pessoa humana já foi um embrião, vez que faz parte de seu desenvolvimento, uma das muitas fases por que passa ao longo de toda a existência.

Afirmar, porém, que o embrião não tem *fase de desenvolvimento* soa como ficção, vez que não há como negar que, a partir da concepção, sua carga genética é própria e individual, tornando-o singular.

Em verdade, não é o embrião que merece o direito à vida, mas é a própria vida – bem inestimável – que exige a garantia do amparo legal.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “o bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica”¹⁴⁸.

Ademais, deixou de prevalecer a figura que o direito romano denominava *monstrum*, *prodigium* ou *portentum* ao definir crianças nascidas deformadas ou com aspecto animalesco. Não enxergar nas células um ser humano, senão células tão-somente, ainda assim não lhes retira o caráter de embrião, muito menos, nos exime do respeito à sua vida.

¹⁴⁷ Fábio Konder Comparato, *A afirmação*, cit., p. 23.

Razão têm Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para quem, “sem a violação ao princípio da tipicidade, levando em conta o fato de a lei penal não definir o que seja aborto, não se poderia negar proteção jurídica a um embrião fecundado *in vitro*, pelo simples fato de se formar fora do útero materno. O aspecto circunstancial não pode prevalecer sobre a razão da norma. A lei tutela a vida desde a sua formação, e o fato de o desenvolvimento embrionário ocorrer em laboratório não é justificativa para negar aplicação da lei penal. Afinal, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito”¹⁴⁹.

Salvo melhor juízo, embora o Enunciado 2 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, prelecione que, “sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”. Enquanto faltar tal estatuto, fica vedado ao direito negar a tutela aos embriões por meio do artigo 2º, do Código Civil, como se inexistisse tal situação.

Se o próprio Conselho da Justiça Federal reconhece direitos ao natimorto, como se denota do Enunciado I, “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”, maior razão reconhecer tais direitos ao embrião, que é ser vivo em desenvolvimento.

Por fim, vale colacionar o entendimento manifestado por Antonio Chaves de que o respeito à vida é dever absoluto em decorrência de sua própria natureza, não sendo lícito desrespeita-lo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal: parte geral*, v. 1. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157.

¹⁴⁹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso*, cit., v. 1, p. 160.

¹⁵⁰ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 293.

2.2 Princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade humana e da igualdade.

É fundamental o estudo criterioso do princípio geral do direito, vez que, mesmo diante da incompletude do ordenamento jurídico, isto é, na ausência de normas para determinados casos, não pode o juiz deixar de julgar.

Nas palavras de Rubens Limongi França, vale considerar que os princípios gerais de direito, “a não ser nos regimes de desmando e arbítrio, sempre serviram como luzeiro à elaboração do Direito Positivo”¹⁵¹.

Frise-se, por oportuno, que os princípios gerais de direito consagrados pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) são *técnicas de interpretação*.

Desse modo, porque os princípios de direito não são regras jurídicas aplicáveis indistintamente nem tampouco estão sempre expressos na lei, são aplicáveis apenas como regra jurídica por meio de interpretação.

Maria Helena Diniz ensina que *princípio geral de direito* “é fonte subsidiária do direito, por ser diretriz para a colmatação de lacunas. Norma de valor genérico que orienta a compreensão do direito, em sua aplicação e integração”¹⁵².

O objetivo dos princípios, como bem explica Francisco dos Santos Amaral Neto, consiste em orientar não só a interpretação como também a integração das normas jurídicas em face de lacunas, encaminhando o legislador a formalizar os preceitos legais e fazendo com que os operadores do direito construam normas que atendam ao caso concreto¹⁵³.

¹⁵¹ Rubens Limongi França. *Princípios gerais de direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 22.

¹⁵² Maria Helena Diniz, *Dicionário*, cit., p. 852.

¹⁵³ Francisco dos Santos Amaral Neto. *Estratto da <<Roma e América. Diritto romano comune>>*, p. 76.

Nas questões atinentes aos embriões, haja vista a inexistência de lei especial, será imprescindível que os operadores do direito se utilizem também dos princípios gerais do direito.

2.2.1 Dignidade Humana do Embrião

O princípio da dignidade humana, embora seja diretriz de direito constitucional, permeia todas as áreas do direito.

Por isso, conquanto não esteja disposto expressamente no Código Civil, pode afirmar-se que o princípio da dignidade humana também é um dos princípios do Direito Civil.

Os princípios constitucionais são importantes para o direito privado em decorrência do *sujeito-ato-bem* e em virtude de a raiz deles concernir à sociedade e ao Estado, destacando-se os princípios da inviolabilidade dos direitos humanos, no que tange à liberdade e dignidade do homem, o da solidariedade e o da igualdade. Ensina Rosa Maria de Andrade Nery que os princípios de direito revelam a realidade fundamental de que o homem é sempre *sujeito* de direitos, nunca *objeto* de direito¹⁵⁴.

O princípio da dignidade humana é um dos fundamentos da República, na Constituição Federal (art. 1º, inciso III), e não há como negar que por meio da Constituição de 1988, tal princípio ganhou relevo.

Rosa Maria de Andrade Nery explica que, “como a Vida é essencialidade do ser humano e a liberdade é potencialidade expressiva da existência humana, são esses os *valores* que norteiam o *princípio* da dignidade da pessoa humana. Falar em dignidade do ser humano, portanto, é prestigiar-lhe a Vida e a liberdade. O princípio de Direito que se põe a nortear o conhecimento

¹⁵⁴ Rosa Maria de Andrade Nery. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

científico a partir desse parâmetro eleva o *ser humano* a uma dignidade própria dessa sua condição existencial”¹⁵⁵.

Merece destaque o conhecimento científico, mais precisamente no que pertine aos embriões excedentes, os quais devem ser tutelados, sob pena de provocar dúvidas sobre se há verdadeiramente pro

Em relação ao embrião, importa preservar sua dignidade, considerando que ela é inerente aos seres humanos.

Aos embriões e aos homens em geral foi conferida a possibilidade de ser, sendo irrelevante seu estágio de existência, residindo aí sua dignidade. Do início até o término da vida, a dignidade se faz presente, fundando-se em dois pressupostos básicos: o respeito é devido a todas as pessoas e não depende do grau de desenvolvimento do indivíduo¹⁵⁹.

Reinaldo Pereira e Silva assim se posiciona acerca da dignidade: “a dignidade é reconhecida a toda pessoa humana na medida em que ela é um sujeito ético individual, isto é, um ser que possui a potencialidade de se determinar, por intermédio da razão, para a ação em liberdade”¹⁶⁰.

Não é por outra razão que, embora não apresente definição de *ser humano*, a Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina distingue *ser humano* de *pessoa nascida*. A definição torna-se relevante pois só a *pessoa* pode ser titular de direitos, tais como a integridade. Ao *ser humano* garante-se identidade e dignidade, mas não integridade, como já visto anteriormente¹⁶¹.

Mutatis mutandis, em nosso sentir, o ensinamento proferido por Flávia Piovesan, que pedimos vênias para transcrever, se aplica aos embriões, haja vista sua hipossuficiência:

“O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa de interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em

¹⁵⁹ Reinaldo Pereira e Silva, *Introdução ao biodireito*, cit., p. 192.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p.192

grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas”¹⁶².

Saliente-se que a dignidade também é decorrência da submissão às leis editadas pela própria pessoa que ela tutela, em face da sua racionalidade¹⁶³.

Não é por outra razão que entendemos, sem embargo, que a Lei de Biossegurança, quando permite a pesquisa ou terapia com os embriões, torna-se afronta direta ao princípio da dignidade humana. Torna o embrião *coisa*, passível de utilização em especulações científicas cujas conseqüências para o embrião e para a coletividade ainda são desconhecidas.

Devemos fazer valer a dignidade do embrião, como princípio constitucional que é, a par do que fez a Recomendação Parlamentar do Conselho da Europa, defendendo que “o embrião e o feto humanos devem beneficiar-se, em qualquer circunstância, do respeito devido à sua dignidade humana”.

Adverte Maria Helena Diniz que os bioeticistas devem pautar-se pela *dignidade da pessoa humana*, sem esquecer que ela é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como denota o inciso III, artigo 1º, da Constituição Federal. Sobreleva informar que, por ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana sempre prevalece em face dos avanços científicos. Não há como amparar na bioética e no biodireito qualquer conduta que trate a pessoa humana como se coisa fosse, sob pena de privá-la de sua dignidade, direito à vida digna¹⁶⁴.

¹⁶¹ Daniel Serrão, *Uso de embriões humanos em investigação científica*, cit., p. 25.

¹⁶² Flavia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXXII.

¹⁶³ Fábio Konder Comparato, *A afirmação*, cit., p. 21.

¹⁶⁴ Maria Helena Diniz, *O estado*, cit., p. 19.

Preleciona Ingo Wolfgang Sarlet que “todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁶⁵ e, embora possa não parecer, os embriões também se incluem nesse princípio.

Sua dignidade é violada todas as vezes que, depois de criado em laboratório, é morto em função de pesquisa ou terapias como as autorizadas pela Lei de Biossegurança. Outra violação se perpetra quando, em face dos custos elevados se criam embriões em quantidade muito superior à que será implantada, condenando os embriões excedentários à morte certa.

Em nosso sentir, para eliminar essa violação à dignidade e essa condenação à morte, bastaria apenas criar o número necessário de embriões, sem cogitar de excedentes, como pretende o projeto de lei nº 5.134/05, de autoria do deputado federal Hidekazu Takayama, em tramitação na Câmara dos Deputados.

A Lei de Biossegurança não afrontaria tal princípio se limitasse pesquisa e terapia exclusivamente em benefício do próprio desenvolvimento do embrião.

O que constitui afronta ao princípio é legalizar a criação e crioconservação de milhares de embriões quando o Estado ignora o número de embriões nessas condições e não dispõe de dados científicos a seu respeito.

Pedimos vênua para transcrever uma reflexão de Fábio Konder Comparato, que, ao comentar o artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos Humanos de 1950, assim se manifesta: “Que pensar disso tudo, à luz do princípio supremo de respeito à dignidade humana? Certamente, para o óvulo extracorpóreo fecundado e ainda não implantado, e que, portanto, não é tutelado (...) se trata de ‘vida pré-natal’. Mas é, contudo, sempre vida, e precisamente vida humana (não animal ou pré-humana). Com a junção das células germinativas estamos diante de um inconfundível sujeito humano que reúne os

¹⁶⁵ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 301.

conceitos de vida e de dignidade: um jovem embrião humano cujo processo de desenvolvimento, porquanto essencialmente contínuo, não evidencia estados definidos de modo nítido. O óvulo fecundado não é coisa, criatura inferior, mas homem, pessoa – *tertium non datur*”¹⁶⁶.

O princípio em questão funda-se em garantir mecanismos hábeis a preservar a existência digna do ser humano, neste particular, a dignidade do embrião. Conviria relembrar a muitos a amplitude do conceito de dignidade para que os avanços da biotecnologia tenham parâmetros a seguir.

Tanto assim é que Ingo Wolfgang Sarlet conclui que, em face do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana expressamente disposto como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é missão do Estado existir em função da pessoa humana, não o contrário. Em outras palavras, consiste dizer que o homem sempre constitui a finalidade precípua, não sendo meio da atividade estatal¹⁶⁷.

A tutela da dignidade do embrião faz-se necessária, nunca é ocioso relembrar, mormente diante de exemplos como os de Joseph Mengele, médico conhecido como *Nazi Notorius*, que, durante a II Guerra Mundial, utilizou seres humanos como cobaias. Dentre as atrocidades cometidas, Mengele fazia congelar prisioneiros vivos, a quem então surrava, com fins de experimentação militar.

Também o microbiólogo Shiro Ishii deu provas de barbárie ao usar cérebros de prisioneiros, abertos a machado, em experimentos científicos e dissecar prisioneiros vivos¹⁶⁸.

Pergunta-se: e a dignidade desses seres humanos? Aos olhos de seus algazes, decerto nem humanos eram considerados. Guardadas certas proporções, não desempenha hoje a ciência papel semelhante ao dos verdugos do passado? E os embriões não se tornaram as vítimas desses novos verdugos?

¹⁶⁶ Maria Garcia, *Limites*, cit., p. 201-202.

¹⁶⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia*, cit., p. 102-103.

É inadmissível que a ciência se utilize da espécie humana como se ela fosse meio ou matéria-prima.

Faz-se portanto urgente elaborar lei específica que trate o embrião como ser humano, independentemente das questões doutrinárias que possam surgir para lhe conceder, ou não, *status* de pessoa.

O que persiste inegável, imutável é sua condição de ser humano.

Não falamos em risco para a humanidade em tom de apaixonados. A dignidade do ser humano reverte a favor da humanidade sim, considerando que o homem é capaz de barbáries como a História vem relatando há milênios.

Por isso, impossível desconsiderar o risco–benefício das ações do homem em nome do avanço da ciência.

Impossível aceitar experimentos com seres humanos que desrespeitem a dignidade humana.

A própria Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos, de 11 de novembro de 1997, reconhece a dignidade do genoma humano ao preceituar que *“el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos os los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”*.

Pelas razões esposadas é que cumpre harmonizar o princípio da dignidade do ser humano com as experiências ou terapias embrionárias.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka se manifesta nos termos a seguir colacionados: “Quanto à dignidade, ela não é senão a qualidade desta pertença e, se a Humanidade é composta por todos os seres humanos, então todos têm esta mesma qualidade de dignidade. E é nesse plano da Humanidade que se torna possível dizer que todos são humanos e dignos de sê-lo. Visto assim, não há muito assombro, sequer muita polêmica relativamente a

¹⁶⁸ Documentário *O julgamento de Nuremberg*.

este assunto, dividindo, eternamente, as facções que relativizam e as facções que não transigem acerca da dignidade da pessoa humana”¹⁶⁹.

O embrião é ser humano, não sendo possível, portanto, relativizar sua dignidade.

Na Alemanha, a lei dispõe a sua finalidade, preservando sua dignidade de ser humanos, nos seguintes termos: “Zweck dieses Gesetzes ist es, im Hinblick auf die staatliche Verpflichtung, die Menschenwürde und das Recht auf Leben zu achten und zu schützen und die Freiheit der Forschung zu gewährleisten, 1. die Einfuhr und die Verwendung embryonaler Stammzellen grundsätzlich zu verbieten, 2. zu vermeiden, dass von Deutschland aus eine Gewinnung embryonaler Stammzellen oder eine Erzeugung von Embryonen zur Gewinnung embryonaler Stammzellen veranlasst wird, und 3. die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen die Einfuhr und die Verwendung embryonaler Stammzellen ausnahmsweise zu Forschungszwecken zugelassen sind”¹⁷⁰.

Sem embargo, nota-se que a Alemanha não só se preocupa em impor limitações dentro de seu território mas ainda em não servir de exemplo para que outros países, pela conduta que adotou, se estimulem a produzir embriões. E não é só a Alemanha que demonstra tal preocupação.

Em Portugal, o artigo 3º preceitua que “as técnicas de procriação medicamente assistida devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida”.

¹⁶⁹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 348.

¹⁷⁰ “Esta lei tem por finalidade, face ao dever do Estado de respeitar e de proteger a dignidade humana e o direito à vida e garantir a liberdade de pesquisa, 1. vedar, em princípio, a importação e a utilização de células-tronco embrionárias; 2. impedir que, a partir da Alemanha, se estimule a produção de células-tronco embrionárias ou a geração de embriões para a produção de células-tronco embrionárias; e 3. estabelecer as condições sob as quais a importação e a utilização de células-tronco embrionárias podem ser excepcionalmente permitidas para fins de pesquisa científica”.

A dignidade, portanto, não se refere apenas aos beneficiários da técnica mas, principalmente, ao que tange a dignidade dos embriões.

Infelizmente, embora a Constituição Federal deva prevalecer em face dos desmandos que afligem a dignidade, essa não é a nossa realidade atual.

2.2.2 Solidariedade Humana e Socialidade

Intuitivamente, a solidariedade prevalece sobre os valores individuais, pois vê no outro a solução dos problemas não individuais, mas dos da sociedade como um todo. Não é da essência do homem ser individualista.

Entretanto, o que seria imprescindível para que se verifique a solidariedade?

Em princípio, pode-se dizer que ela necessita de respeito pelo outro e igualmente necessita de senso de justiça.

Tudo porque a vida em sociedade apenas se observa de maneira satisfatória quando há respeito de um ser humano pelo outro, mediante o senso comum de justiça, significando dizer que seria a compreensão do que é justo para todos.

Pode-se depreender o que seja solidariedade quando, ao observar o outro, eu me veja, pela semelhança entre nós existente, nele refletida. Por essa razão, cada vez que me vejo e me sinto no outro, minhas condutas serão ponderadas, por eu sentir o que o outro sente.

Relembra Fábio Konder Comparato que o sentido ético da solidariedade humana foi bem delineado por Montesquieu, na primeira metade do século XVIII, quando escreveu que “se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial à minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas não à minha pátria, mas prejudicial à

Europa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao Gênero humano, consideraria isto como um crime”¹⁷¹.

Embora cientistas renomados vejam no embrião um ser humano, a ciência insiste em repudiar tais argumentos, não considerando crime a postura de provocar a morte de outrem.

Se o conceito de solidariedade pode ser depreendido como o “atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo”¹⁷², nem são necessárias tantas argumentações para fazer crer que embrião é ser humano.

Observa-se que a solidariedade social, portanto, se revela na projeção do amor individual ao grupo social, principalmente no que atina à preservação da espécie, o que – é forçoso admitir – não tem sido prática freqüente em nosso dias.

Em nosso ordenamento jurídico, a consagração do princípio da solidariedade denota-se da leitura do inciso I¹⁷³, do artigo 3º, da Constituição Federal, revelando-se um dos fundamentos no anseio da construção de uma sociedade também solidária.

O dispositivo em questão traz um comando, destinado aos submetidos à Constituição Federal do Brasil, cabendo a cada um como parâmetro das ações a praticar promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A sociedade brasileira, portanto, tem o dever de esforçar-se por ser solidária.

¹⁷¹ Fábio Konder Comparato, *A afirmação*, cit., p. 39.

¹⁷² Pedro Buck Avelino. *Princípios da solidariedade*, cit., p. 250.

¹⁷³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Na seara do direito civil, privilegia-se o princípio da *socialidade*,

demais membros da espécie humana, conseqüências que são tanto do princípio da solidariedade como do da responsabilidade coletiva¹⁷⁵.

É de suma importância que os operadores do direito saibam que o descaso com os embriões implica a inobservância não só do princípio da dignidade como também dos da solidariedade e o da socialidade.

2.2.3 Igualdade

Dos três grandes princípios que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, privilegia - liberdade, igualdade e fraternidade – ateremos nossa análise ao princípio da igualdade.

A Declaração considera “que o reconhecimento da dignidade 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 do mundo; considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; (...)”.

Essa Declaração se estende aos embriões, pois, em verdade, se traduz em direitos humanos, dos quais eles não são excluídos.

Fábio Konder Comparato, parafraseando o texto da Declaração, assevera que não importam as diferenças de ordem biológica e cultural, sendo certo que o princípio da igualdade é essencial do ser humano. Ensina que a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana se verifica quando o tratamento entre os indivíduos se pauta for alguma diferença, seja de cunho étnico, social, costumes ou qualquer outro. Embora as diferenças entre os

¹⁷⁵ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Clones, gens e imortalidade - o futuro da reprodução humana assistida: aspectos jurídicos e bioéticos. *Caderno Jurídico da Escola Superior do*

indivíduos não constituam deficiências, tampouco são compreendidas como fontes que devem ser amparadas. E relembrando os ensinamentos de Hannah Arendt, se todas as qualidades do ser humano forem privadas, se obterá uma *frágil e ridícula abstração*¹⁷⁶.

José Afonso da Silva ensina que a Constituição Federal condena as desequiparações entre as pessoas, conferindo de maneira indistinta a igualdade perante a lei, *sem distinções de qualquer natureza*¹⁷⁷, e, embora apense um rol sobre igualdade sem distinção de caráter especial algum, informa que o rol é exemplificativo.

Assim, em face dos avanços científicos, entendemos ser possível encaixar no princípio da igualdade a impossibilidade de diferenciar *embrião e nascituro*, na ausência de legislação própria.

Sabe-se que o princípio da isonomia basicamente preceitua tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Se é errôneo não considerar a desigualdade entre o embrião e o nascituro, cumpre, entretanto, entender que tal desigualdade é meramente de ordem fática. Ambos têm origem na concepção, não importando se *in vitro* ou *in vivo*.

A igualdade que postulamos visa garantir ao embrião o direito à vida, tal qual ocorre com o nascituro.

O direito à vida é inviolável para a *espécie humana*.

Não se olvida que a igualdade de todos os seres humanos, preconizada na Constituição Federal, deve ser analisada sob dois prismas: o da igualdade *material* e o da igualdade *formal*. Verifica-se a igualdade material quando todas as possibilidades são oferecidas igualmente para todos os

Ministério Público do Estado de São Paulo. Ano 1. Vol 1 - nº 2. Julho/01, pág. 26.

¹⁷⁶ Fábio Konder Comparato, *A afirmação*, cit., p. 226.

¹⁷⁷ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 226.

cidadãos, objetivando a equiparação de todos eles. Quanto à igualdade formal, ela está prevista nas normas jurídicas que concedem direitos e deveres aos cidadãos de maneira igualitária.

O princípio da igualdade está intimamente relacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto que a própria Declaração Universal da ONU consagra que todos os seres humanos são iguais tanto em dignidade quanto em direitos. Logo, o respeito à dignidade da pessoa garante proteção de maneira igualitária a todos os seres humanos, que não podem ser tratados de forma discriminatória, razão suficiente para proibir a escravidão, entre outros, por ofensa direta ao princípio isonômico, tanto na esfera formal como na material¹⁷⁸.

Veda-se a desigualdade originada de indivíduos que, na mesma situação, sejam tratados desigualmente de maneira arbitrária¹⁷⁹.

Sem embargo de entendimento contrário, compreendemos que o embrião, esteja ele em qualquer de suas fases, deve ser tutelado como se fosse nascituro, haja vista que a única coisa que o difere é estar ou não no ventre materno.

Entretanto, impossível desconsiderar que tal fato decorreu de vontade alheia à sua, mais precisamente no que pertine à ciência, a qual, por ação de seus operadores, cria um ser humano sem saber que destino lhe dar em seguida e sem julgar-se responsável por isso.

¹⁷⁸ Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 89.

¹⁷⁹ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, cit., p.401.

CAPITULO III

O EMBRIÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

“Sou racionalista, ou seja, procuro sublinhar a importância da racionalidade para o homem. Mas, tal como todos os racionalistas pensantes, não afirmo que o homem seja racional. É óbvio, pelo contrário, que mesmo o homem mais racional é altamente irracional em muitos aspectos. A racionalidade não é patrimônio do homem nem um facto acerca dele. Trata-se de uma tarefa que o homem tem de realizar, uma tarefa dificultosa e cheia de restrições; mesmo que parcial, será difícil conseguir a racionalidade” (Karl Popper)¹⁸⁰.

3.1 Diferenciação de nascituro e embrião

Importa caracterizar com bastante critério o embrião para que os avanços da ciência possam tutelá-lo adequadamente¹⁸¹.

A princípio, o embrião torna-se objeto de estudo na década de 70, em decorrência dos debates que versavam sobre o aborto. Em 1980, devido aos avanços da fertilização *in vitro*, diminui o foco de interesse pelo assunto.

¹⁸⁰ Maria Garcia, *Limites*, p. 108.

¹⁸¹ Na França, o nome *embrião* é conservado em todas as etapas do desenvolvimento a partir da fecundação até a vigésima quinta semana de gravidez - Comitê Nacional de Ética francês. Não há consenso sobre o momento do desenvolvimento do embrião para designá-lo corretamente.

Hoje duas são as situações dos embriões: há os que se originam por método natural e os que têm origem a partir de manipulações em laboratório.

Com o advento da Lei de Biossegurança, que permite destruir embriões ao usá-los em pesquisa ou terapia, o assunto voltou a ganhar relevância, tanto mais que os conceitos que envolvem o tema não estão completamente estabelecidos.

Conquanto os termos *nascituro* e *embrião* tenham diferentes significados, normalmente são utilizados como se sinônimos fossem.

Nascituro, por exemplo, significa “1. Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. 2. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida”¹⁸². Já o *embrião* “é o produto da fecundação do óvulo pelo espermatozóide; estado até o terceiro mês de gestação, que não pode ser manipulado geneticamente, nem produzido, nem armazenado para servir como material biológico disponível, sob pena de prisão”¹⁸³.

Não obstante a denominação que receba, como visto, optamos por usar neste trabalho independentemente da fase de desenvolvimento em que se possa encontrar, nos termos do conceito anteriormente fornecido.

Assim sendo, considera-se que o embrião tem direito à proteção de sua vida, nos moldes aqui desenvolvidos.

A ciência, entretanto, utiliza várias vezes o termo *pré-embrião*. Pela clareza da exposição, pede-se vênua para colacionar o ensinamento de Jérôme Lejeune. Para ele, “cada ser humano tem um começo único, que ocorre no momento da concepção. Embrião: ‘... Essa a mais jovem forma do ser...’.

¹⁸² Maria Helena Diniz, *Dicionário*, cit., v. 3, p. 378.

¹⁸³ Idem, *ibidem*, v. 2, p. 347.

Pré-embrião: essa palavra não existe. Não há necessidade de uma subclasse de embrião a ser chamada de *pré-embrião*, porque nada existe antes do embrião; antes de um embrião existe apenas um óvulo e o esperma; quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, a entidade assim constituída se transforma em um zigoto; e, quando o zigoto se subdivide, torna-se embrião. Desde a existência da primeira célula, todos os elementos individualizadores (*tricks of the trade*) para transformá-lo num ser humano já estão presentes. Logo após a fertilização, o estágio de três células, um ‘pequeno ser humano já existe’. Quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, o resultado disso é ‘a mais especializada das células sob o sol’; especializada do ponto de vista de que nenhuma outra célula jamais terá as mesmas instruções na vida do indivíduo que está sendo criado. Nenhum cientista jamais opinou no sentido de que um embrião seja um bem (*property*). No momento em que é concebido, um homem é um homem”¹⁸⁴.

Para o direito, não há dúvida de que cumpre resguardar os direitos do nascituro. Mas e o embrião?

Explica Maria Helena Diniz que, desde o momento da concepção, o embrião tem carga genética diferenciada, possuindo personalidade jurídica formal. Apenas alcança a personalidade jurídica material com o nascimento com vida¹⁸⁵.

Não é demais lembrar que a natureza faz com que cada espécie apenas gere produtos da mesma espécie. Logo, seres humanos geram apenas seres humanos e os embriões, por sua natureza, também são seres humanos,¹⁸⁶ hoje em dia em condição de ser criados em laboratório.

Nessa mesma esteira de pensamento, Vincent Bourguet traça um paralelo entre o escrúpulo que devemos ter e o que tem um caçador quando vê agitar-se a folhagem na mata: se o movimento tanto pode indicar a presa quanto

¹⁸⁴ Maria Helena Diniz, *O estado*, cit., p. 495-496.

¹⁸⁵ Idem, *Código*, p. 8

¹⁸⁶ Edison Maluf. *Manipulação genética e o direito penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 37.

algum outro caçador, a sensatez aconselha a abster-nos de atirar e manter-nos atentos. Daí, por não dispor de certeza plena, por estar tomado pela dúvida, ele prefere não disparar a arma. De forma que vigora o princípio de, *na dúvida, é mais prudente abster-se*. A lição que o paralelo nos ensina é que cumpre ter plena consciência e conhecimento das conseqüências de nossas ações antes de as tomar. A seriedade da reflexão cresce muitíssimo quando em jogo estão os direitos fundamentias do ser humano. Diante de vidas humanas, não se admite em hipótese alguma o risco. Aliás, “quando ao braço longo de nossos poderes técnicos corresponde o braço curto de nosso saber ético, este *deve* ter mais consideração que aquele”. E o risco não é admitido, pois, em verdade, está a arriscar-se a existência de outro ser humano. O exemplo de Vincent Bourguet é da teologia moral, não sendo aplicável exatamente no caso do embrião, haja vista que, enquanto o caçador *pode* certificar-se de seu ato e não disparar até não sanar a dúvida, no caso dos embriões, não está excluído que, em algum momento, a ciência constate para além de qualquer dúvida que o embrião constitui um ser humano, conforme é nossa firme convicção. A dúvida do caçador se dirime pela mera constatação do fato, mas a de ser ou não o embrião uma pessoa não se resolve de maneira empírica. Nunca a dúvida será sanada quando se analisa o embrião humano, o que fez prever discussões e reflexões por ainda muito tempo. E a dúvida, no caso do embrião, está atrelada à existência muito provável de outra pessoa, exigindo moralmente que inerentemente lhe cabe, mas imporá parâmetros no *talvez*. Em face do respeito e do dever a todos os seres humanos, havendo dúvida de ser ou não o embrião um ser humano, a alternativa que resta é tratá-lo como tal¹⁸⁷.

A diferenciação básica entre *nascituro* e *embrião*, embora relevante, não deveria suscitar dúvidas no meio jurídico, vez que o artigo 2º do Código Civil se refere à concepção sem mencionar de que forma deve ocorrer.

¹⁸⁷ Vincent Bourguet, *O ser*, cit., p. 235-236.

Assim, salvo melhor juízo, em face da lacuna normativa, há que aplicar ao embrião as mesmas disposições concernentes ao nascituro.

Conquanto a diferenciação não seja tão relevante, salvo melhor juízo, entre nós tem sido tarefa muito árdua estabe

considerando que as suas células desenvolvem atividade celular normalmente, multiplicando-se e diferenciando-se com o transcurso do tempo. Tampouco resta dúvida de que esse ser vivo é da espécie *Homo sapiens*, havendo em sua estrutura celular uma integridade individual que o impede de misturar-se ao meio em que é cultivado. Sem valoração moral ou religiosa alguma, chega-se à conclusão singela mas incontestável que o embrião humano é um ente vivo da espécie humana.

3.2 Generalidades do direito da personalidade do embrião

Em relação ao embrião, “a primeira coisa que a lei civil deve tutelar, portanto, é a vida dessas pessoas, pois sem vida eles não poderão usufruir de nenhum outro direito. E se hoje a lei ainda é incerta e contraditória neste ponto – como o era, no tempo do Império, a legislação relativa à escravidão -, nem por isso desaparece a obrigação de aperfeiçoá-la”¹⁸⁸.

O direito da personalidade pode ser definido como “o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto), a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e a sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social) (Goffredo Telles Jr. e R. Limongi França). É o direito comum da existência, porque é simples permissão dada pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta (Goffredo Telles Jr.)”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Jaime Espinosa. *Questões de bioética – 2 Células-tronco*. Disponível em: <http://www.quadrante.com.br/Pages/especiais031005_print.asp?id=168>, acessado em 03/01/07.

¹⁸⁹

Alfredo Orgaz, citando Hugo Donnellus, distinguia no objeto do direito sobre a própria pessoa quatro bens, sendo o primeiro deles a vida e, conseqüentemente a incolumidade corporal, a liberdade e a reputação¹⁹⁰.

Para Hubmann, a personalidade era dividida em três grupos, consistindo o primeiro no desenvolvimento da personalidade, no que toca à liberdade; o segundo, na existência, em relação à vida, sua conservação, a saúde e o corpo e, por fim, o grupo da individualidade, resguardando-se a honra e a imagem¹⁹¹.

Nem em todos os momentos se reconheceram a existência e a validade dos direitos da personalidade e é fácil observar que, nos períodos em que estiveram renegados, isso se deu na esfera subjetiva.

Em face da resistência, muitos doutrinadores se esforçaram para reconhecer tais direitos, dentre os quais, Diogo Leite de Campos¹⁹², para quem “ (...) o homem, anterior e superior à sociedade, exige desta respeito total e incondicionado da sua dignidade. Independente da conjuntura histórica do país, da época, deve-se entender também respeito *independente do sistema jurídico adotado*. Em outras palavras, e como já indicado anteriormente, a pessoa humana é um dado pré-jurídico e, por conseqüência, a proteção de seu núcleo fundamental (sua personalidade e dignidade) desnecessita de expressa previsão legal”.

Conquanto possa transparecer que o direito de personalidade é ilimitado, não procede a assertiva, considerando que direitos absolutos não existem. O que se analisa, entretanto, é o alcance de tais direitos.

¹⁹⁰ Alfredo Orgaz. *Personas Individuales*, cit., p. 124.

¹⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 147-148.

¹⁹² Renan Lotufo. *Curso Avançado de Direito Civil: parte geral*. 2ª ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 85.

Adriano de Cupis entende que “todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”(...)”¹⁹³.

Logo, para observar a personalidade, é imprescindível o mínimo de conteúdo, sem o que os direitos deixavam de existir.

Historicamente, como ensina Renan Lotufo, os direitos da personalidade ganharam relevo após a II Guerra Mundial, com o advento da nova Declaração Universal dos Direitos Humanos, tanto que, em decorrência desses fatos, vários códigos dedicaram capítulo exclusivo aos direitos da personalidade, antes sem guarida ali¹⁹⁴.

Pela relevância do direito da personalidade, observa-se destaque na maioria das Constituições, salientando a observância da dignidade humana. Não é por outra razão que a observância dignidade humana é ponto crucial nos sistemas constitucionais, em contraposição ao estatismo que prevalecia anteriormente¹⁹⁵.

Dito isso, insta conhecer o significado de personalidade, que tem origem no latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), traduzindo-se nos elementos inatos à pessoa, de forma a constituir um indivíduo. Filosoficamente, compreende-se *personalidade* como as qualidades que constituem a pessoa¹⁹⁶.

Pode-se afirmar que *direitos* da personalidade são direitos subjetivos da pessoa, que pode defender tudo o que é seu: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria, etc. Tais direitos subjetivos, também conhecidos como *excludendi alios*,

¹⁹³ Adriano de Cupis. *Os Direitos da Personalidade*. 1ª ed. São Paulo Romana Jurídica, 2004, p. 23.

¹⁹⁴ Renan Lotufo, *Código*, cit., p. 48.

¹⁹⁵ Idem, *ibidem*, p.49.

¹⁹⁶ Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.1035.

abrangem o comportamento negativo de terceiros, tutelando os direitos que são inatos¹⁹⁷.

Ressalte-se que a classificação apresentada por Rubens Limongi França¹⁹⁸, secundada por Maria Helena Diniz, separa os direitos relativos à personalidade em direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral.

No tocante aos caracteres desse direito, Pontes de Miranda destacava que “o direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestrictíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra e igualdade”¹⁹⁹.

Atualmente, são eles absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios, irrenunciáveis, ilimitados, impenhoráveis, inexpropriáveis e necessários. Entretanto, o Código Civil, em seu artigo 11, consagra apenas os caracteres de intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade.

Nas palavras de Orlando Gomes, *direito da personalidade* seria gênero, do qual seriam espécies os direitos personalíssimos e os direitos essenciais, que propiciam o desenvolvimento da pessoa humana e que pela doutrina são vistos como direitos absolutos, sendo impossível sua disposição, por resguardar a dignidade da pessoa humana, evitando assim atos atentatórios por terceiros²⁰⁰.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, estabelece o direito de todos os seres humanos nascerem livres e iguais no que tange à dignidade, resguardando o direito à vida, entre outros.

¹⁹⁷ Maria Helena Diniz, *Código*, cit., p. 26.

¹⁹⁸ Rubens Limongi França, *Direitos da personalidade coordenadas fundamentais*, cit., p. 09.

¹⁹⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*, cit., p. 162.

²⁰⁰ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p.141-149.

Refere-se o direito da personalidade à integridade física, tal como ocorre da análise da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que, no artigo 4^o²⁰¹, dispõe sobre a garantia de respeito à vida de qualquer indivíduo, desde o momento da concepção.

Precisamente em relação ao embrião, esse direito revela-se num conjunto de normas que objetivam protegê-lo de eventuais abusos, excessos ou violações, em todos os seus âmbitos.

Se o embrião pertence à espécie humana, impossível negar-lhe o direito da personalidade.

Nesse sentido, Roberto Adorno informa: “Se tiene la impresión que, desde que se abandona el punto de partida indiscutible de la nueva vida, a saber, la concepción, todo se vuelve impreciso, y una fuerte dosis de arbitrariedad se impone. En efecto, la pretensión de adoptar un cierto estadio de desarrollo biológico para indicar el comienzo de la persona parece conducir a un callejón sin salida. En primer lugar, porque la definición de “persona” escapa a la competencia de la biología. En segundo lugar, porque pareciera que cada científico pretende construir una noción de “persona” a posteriori, en función del tipo de investigaciones que quiere hacer con los embriones. Es por esto que la posición menos ideológica – si es que querer proteger la vida humana tiene algo de ideológico – parece ser la que postula el respeto del embrión desde el instante en que éste existe, es decir, desde el momento de la concepción”²⁰².

A integridade física do embrião, como directo da personalidade que é, tem de ser respeitada.

A ciência já extrapolou os limites, como comprova a história abundantemente. Em nome da ciência, foram submetidos a experiências não só os presos da II Guerra Mundial como também os negros (Tuskegee) sujeitos a

²⁰¹ “Direito à vida. § 1º Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. (...). Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

testes que sondavam a progressão da sífilis, sem nenhum cuidado de lhes preservar a vida. Muitos outros exemplos de que nem sempre a ciência é ética poderiam alongar a lista.

Se atrocidades como essas já ocorreram, com seres humanos sobre cuja natureza humana não pairava dúvida alguma, que garantia tem a humanidade de que eles não se repetirão?

Compartilhamos do ensinamento proferido por Maria Helena Diniz de vetar quaisquer experimentos com os embriões com fins alheios ao da procriação. Se se trata de um ser humano, é inadmissível submetê-lo à vontade dos cientistas aleatoriamente, que decidirão sobre a vida ou a morte deste embrião. A questão merece atenção redobrada para que sejam proibidos: “a) criação de seres híbridos; b) transplante de embrião humano para útero de outra espécie animal e vice-versa; c) experimentações com embrião humano para atender a finalidades cosmetológicas ou para a fabricação de armas biológicas de extermínio; d) clonagem, isto é, formação de embriões idênticos mediante a subdivisão de um embrião humano primitivo, por meio de processos químicos e físicos; e) criação de embriões com espermatozoides de diferentes homens para sua transferência ao útero de uma só mulher; f) implantação uterina, ao mesmo tempo, de embriões oriundos de óvulos de mulheres diferentes; g) uso de material genético de cada doador para mais de uma fertilização; h) manutenção de embrião em proveta, além de quatorze dias (...)”²⁰³.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida ensina que “o direito do *infans conceptus* à vida e à integridade física, *lato sensu*, no qual se inclui o direito à saúde, existe desde a concepção e independe do nascimento com vida. Qualquer ação a ele pertinente – seja para prevenir o dano, seja para ressarcir o que já

²⁰² Roberto Adorno, *Bioética y dignidad de la persona*, cit., p. 60.

²⁰³ Maria Helena Diniz. Questões jurídicas da fertilização “in vitro”. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Ano 1. Vol 1 - nº 2. Julho/01, p. 43.

ocorreu – pode ser ajuizada antes do nascimento, notadamente quando se trata de prevenção de dano iminente’²⁰⁴.

Não há dúvida de que a Lei de Biossegurança, no *caput* do artigo 5º, atenta à dignidade dos embriões.

O embrião, dotado de identidade genética própria, está protegido pela Constituição Federal seja no que respeita à honra ou à imagem.

Não importa de onde venha a violação de seu direito da personalidade, o *caput* do artigo 12, do Código Civil, prevê cessar a “ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Nesse artigo, verificam-se os princípios da prevenção e da reparação integral nos casos de lesão aos direitos da personalidade.

A III Jornada de Direito Civil (2004), promovida pelo Conselho da Justiça Federal, estabeleceu que “a primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo”.

Se assim é, abrange a ameaça ou lesão prevista pela Lei de Biossegurança, podendo o juiz fixar multa diária (*astreintes*), com o intuito de fazer cessar a lesão aos direitos da personalidade.

Ademais, abstrai-se o princípio da precaução, o que, intuitivamente, significa cuidado. Logo, pode-se dizer que o princípio da precaução consiste na ação de afastar eventuais danos que possam comprometer a humanidade.

Entretanto, falhando o princípio da precaução, há que verificar a reparação integral do dano sofrido pelo ambiente, nesse caso, o que sofreram o embrião ou a humanidade.

²⁰⁴ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 319.

José Rubens Morato Leite cita Canotilho para explicar que, “comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta”²⁰⁵.

Independentemente do nome conferido pela doutrina, fato é que o princípio da precaução visa à preservação do meio ambiente que, neste particular, engloba o ser humano.

²⁰⁵ José Rubens Morato Leite (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 48.

CAPÍTULO IV

LEI DE BIOSSEGURANÇA E O EMBRIÃO HUMANO

“Um estado que não é agradável ou aprazível para mim também não será para ele; e como posso impor ao outro um estado que não é agradável ou aprazível para mim?” (Samyutta Nikaya V, 353.3-342.2)²⁰⁶.

4.1 Análise da lei de biossegurança quanto aos embriões.

Não existe lei no Brasil que objetiva proteger o embrião humano. Pelo contrário, a Lei de Biossegurança, quando de seu advento, apenas favoreceu a violação dos seus direitos.

A Lei nº 11.105/2005²⁰⁷, conhecida como *Lei de Biossegurança*, estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados ao criar o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), que reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e fixa as bases da política nacional de biossegurança.

Essa lei deveria tratar dos assuntos de maneira diversa da disciplinada: um dos seus objetivos deveria ser a regulamentação dos transgênicos e o outro o tratamento às células-tronco, o que não ocorreu. Assim grande é a polêmica que a envolve.

Observa-se que o artigo 5º da Lei de Biossegurança assim disciplinou:

²⁰⁶ Rosa Maria de Andrade Nery, *Noções*, cit., p. 153.

“Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

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

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

Informa Cristiane Beuren Vasconcelos ter havido uma inobservância ética, moral e jurídica quando da promulgação da Lei nº 11.105/2005, vez que demonstra e ratifica o desprezo pela vida humana de embriões ao autorizar o uso das células-tronco humanas como se fossem coisa, admitindo que são matéria-prima, com o único requisito subjetivo de que tais embriões são inviáveis²⁰⁸.

O artigo 5º contrapõe-se ao disposto no artigo 1º, pelo qual se contempla o respeito à vida humana, resultando num aparente conflito de normas, ao permitir a utilização das células-tronco embrionárias, incentivando

²⁰⁷ Apenas analisamos a Lei nº 11.105/2005, haja vista que a lei nº 8.974/95 foi revogada por aquela.

²⁰⁸ Cristiane Beuren Vasconcelos. Embriões excedentes: breves considerações para o direito penal-constitucional. *Carta Forense*. Ano V. nº 45, fevereiro de 2007, p. 37.

que as fertilizações assistidas produzam embriões em número superior ao necessário para a implantação, de que resultam embriões excedentários.

O interesse pela utilização das células-tronco embrionárias cresce na mesma proporção que as esperanças de cura revolucionária alimentam o entusiasmo de legiões de doentes, embora a medicina séria admita que até agora se trata tão-somente de pura *esperança*²⁰⁹.

Urge repetir: quando da utilização das células-tronco embrionárias, não há como preservar o embrião da morte, o que enseja o debate nas áreas das ciências, inclusive no direito, ainda mais quando a Lei de Biossegurança permitiu tais pesquisas e terapias.

Conquanto o Projeto de Lei nº 1.184/03 limite a criação de embriões em número não superior a dois, da maneira como foi disposta a lei e em virtude de não ter decisão alguma na ação de inconstitucionalidade, as clínicas continuam criando embriões na quantidade que bem julgam necessária, em aberta afronta à vida humana e à sua dignidade, indiferentes de seu uso como cobaias humanas.

A função do ser humano é sempre a de fim, a de tornar-se um ser humano completo, de onde cumpre garantir o máximo respeito ao seu desenvolvimento.

Os problemas decorrentes do artigo 5º dessa lei pautam-se, basicamente, pela resposta dada a cada uma das proposições aqui sugeridas: Quando a vida tem início? Como legalizar que seres humanos – *embriões* sejam utilizados como se fossem cobaia ou coisa? O que significa *embriões inviáveis*? O que fazer com os embriões excedentários?

²⁰⁹ Anne Fagot-Largeault. Embriões, células-tronco e terapias celulares, cit., p. 227-45. “Para que as esperanças terapêuticas se concretizem, é preciso que se aprenda a garantir a segurança do processo de diferenciação e de multiplicação celular. Uma célula susceptível de se multiplicar e de se desdiferenciar é também uma célula susceptível de se tornar cancerosa”.

A lei não faz nenhuma menção ao momento em que a vida tem início e, para ela, sem embargo, os embriões são desprovidos de vida.

É aparente a proteção ao ser humano que o artigo 6º procura estabelecer ao proibir intervenções em material genético *in vitro*, excetuadas as hipóteses de tratamento para defeitos genéticos, a produção, armazenamento e manipulação dos embriões com finalidade de material biológico, tipificando tais condutas como se crime fossem.

Sem embargo de entendimento contrário, as disposições constantes no artigo 6º confrontam diretamente com o disposto no artigo 5º, vez que é autorizada a pesquisa e terapia com embriões inviáveis, sem que a ciência tenha fornecido até o presente momento informação sobre o que entende por *inviáveis*.

O Brasil, como dito, não dispõe de lei que assegure os direitos dos embriões, como o faz a Alemanha, exemplificativamente. Entretanto, não há como negar que o Brasil é pioneiro no que pertine à legislação de células-tronco embrionárias.

Ressalte-se que a Lei de Biossegurança torna-se muito genérica ao permitir a utilização de embriões inviáveis. Não é possível conhecer o que seja *embrião inviável* nos termos da lei, mesmo remetendo-se ao Decreto nº 5.591/05, em cujo artigo 3º se lê que são inviáveis os embriões “com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiverem 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”.

É sabido, por exemplo, que a Síndrome de Down é uma alteração genética e a falta de qualquer membro uma alteração morfológica, o que, então,

leva a crer que o respectivo Decreto, salvo melhor juízo, propugna a seleção de pessoas portadoras de deficiência.

Como resignar-se ao silêncio em face de lei que contempla tamanho extermínio?

O que muito era temido torna-se objeto de lei, que coíbe o desenvolvimento dos seres humanos, à revelia de aprovação da sociedade, visto sermos quase todos leigos perante a complexidade e a tecnicidade da lei.

Países há que autorizam pesquisas e manipulações com embriões ao lado de outros que as proíbem. Fácil concordar com as manipulações e, ao final, dizer: há países que as aceitam; logo, não há mal. Ora, por extensão de raciocínio, não haveria mal tampouco em autorizar o consumo de drogas ou o aborto, visto serem práticas legais em muitos países. Como é possível recorrer a tais argumentos se a Constituição Federal consagra o direito á vida e à dignidade?

Importa observar que a permissão de utilizar embriões para pesquisa e terapia, desperta interesses não só de investidores como também do próprio governo, que impinge que as ações sejam bem-sucedidas²¹⁰.

O disposto nos incisos I e II do artigo 5º revela total contra-senso com o preceituado no Decreto nº 5.591/05, o qual, em seu artigo 1º, estabelece “(...) a proteção à vida e à saúde humana (...) e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, bem como normas para uso mediante autorização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia”.

Com a Lei e o respectivo Decreto, observa-se que não estender ao embrião as mesmas garantias do nascituro, *data venia*, configura, no mínimo, crime contra a humanidade, pois haverá restrição quanto à implantação, por exemplo, de um embrião com a mínima deficiência.

Embora a maioria dos pesquisadores entenda que o embrião é um mero amontoado amorfo de células, não há como desatender aos princípios constitucionais anteriormente demonstrados.

Considerar o embrião um amontoado de células autoriza, com efeito, qualquer intervenção ou manipulação, fazendo avançar a pesquisa em busca da cura de diversas enfermidades genéticas.

Não há como escapar de maior cautela, vez que, detectada a existência de vida, em qualquer grau, estar-se-á diante de uma pessoa humana, cuja vida merece proteção²¹¹.

Ao assim dispor, deixa de consagrar princípios fundamentais para a pesquisa ou terapia com tais embriões.

Oportunas são as considerações de Maria Helena Diniz quando afirma que “a pesquisa biomédica que, individual ou coletivamente, envolva ser humano, de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou em parte, incluindo o manejo de informações ou materiais, tendo por escopo fins terapêuticos ou de prevenção de moléstias, reger-se-á por princípios consignados na Resolução CNS nº 196/96 e pelos quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça”. E relembra que, “pelo alto risco que envolve, a experiência científica em seres humanos requer: a) Consentimento escrito, livre e esclarecido do indivíduo-alvo ou de seu representante legal, resguardando sua autonomia (Código de Ética Médica, art. 123). (...) b) Ponderação entre riscos e benefícios. (...) f) Reparação dos danos causados. (...) k) Adequação aos princípios científicos que a justifiquem e com possibilidades concretas de responder a incertezas. (...) m) Respeito aos valores morais, éticos, culturais, sociais e religiosos. (...)”²¹³.

Em primeiro lugar, ressalte-se que o embrião é hipossuficiente, privado de condições de consentir, como obviamente se conclui.

Nessa condição, entretanto, é princípio que o seu representante legal o faça, assim como menciona o parágrafo 1º do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Chega-se à conclusão: reconhecer seus genitores como seus representantes importa reconhecer o embrião como pessoa. Se assim é, a disposição da sua vida, que é inviolável para todos, se tornaria violável por vontade de seus genitores?

²¹² Daniel Serrão, *Uso de embriões humanos em investigação científica*, cit., p. 7.

²¹³ Maria Helena Diniz, *O estado*, cit., p. 430-434.

Em relação à ponderação entre riscos e benefícios, infelizmente, a ciência, salvo melhor juízo, não está ponderando os riscos que a manipulação do embrião pode acarretar.

Como será feita a reparação aos embriões que sejam prejudicados em decorrência das pesquisas com ele efetuadas?

Não há forma de reparação, a exemplo dos muitos erros médicos, literalmente cobertos pela terra. Que dizer então dos erros cometidos em relação aos embriões?

Por essa razão, entendemos que a responsabilidade apurada diante dos abusos contra os embriões deve ser revertida para a coletividade, com o escopo primordial de conferir mecanismo que viabilizem a fiscalização efetiva em relação às manipulações com embriões.

Não se pretende, quando se exige adotar princípios que norteiem as manipulações de embriões, a adequação entre a competência do pesquisador e o projeto proposto, pois, nem sempre a meta do projeto é lícita.

Sacrificar vidas humanas, estejam elas em qualquer estágio de desenvolvimento, não é viável, em nosso sentir, muito menos aconselhável.

Demonstra-se relevante a observância dos valores morais, éticos, culturais, sociais e religiosos, razão por que insistimos – diante da importância do tema manipulação de embriões – num debate aberto e esclarecedor com toda a sociedade, pelo qual ela colha os reflexos de todas essas manipulações.

Não há como conceber que sejamos responsáveis por algo em que não consentimos. Saliente-se, ainda, que o debate deve envolver todas as ciências afins, para esclarecer de maneira inequívoca o início da vida humana e o modo de a tutelar.

Resumidamente, a situação das experiências com células-tronco embrionárias é a que segue²¹⁴: a) autorizam sua manipulação: Reino Unido,

²¹⁴ Márcia Regina Machado Melaré. *Pesquisa com células-tronco para uma vida melhor*. Disponível em: < <http://www.saravajur.com.br>>, acessado em 19/09/06.

Suécia, Suíça, Espanha, Holanda, Grécia e Finlândia. b) não autorizam: Estados Unidos, França, Alemanha, Irlanda, Itália, Portugal.

4.2 A inconstitucionalidade da lei de biossegurança.

O Brasil é signatário de vários pactos internacionais, em que é nítida a defesa do direito à vida e à dignidade humana.

Segundo Flávia Piovesan, ter-se um país tornado signatário de tais pactos, “de um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Conseqüentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado – eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados²¹⁵”.

A manipulação de embriões em nosso país está regulada pela Lei de Biossegurança e, em nosso entender, pelo Código Civil, Constituição Federal e outras legislações que objetivam a tutela da vida humana.

A Lei nº 11.105/05, como se viu, embora inicialmente destinada a regulamentar a produção, distribuição e comercialização de produtos que contivessem organismos geneticamente modificados no Brasil, culminou por dispor acerca da utilização de células-tronco retiradas de embriões de maneira equivocada, tanto que, até o presente momento, mantém-se acesa a polêmica sobre essas disposições.

²¹⁵ Flavia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 80.

Contraditória se apresenta, vez que, embora expressamente declare pautar-se pela dignidade da pessoa humana e pelo direito à vida, não se confirmam tais declarações quando da leitura integral da lei.

Não é por demais dizer que a Constituição Federal resguarda tanto a dignidade da pessoa humana quando o direito à vida como direitos fundamentais e, sem embargo de entendimento contrário, não nos parece admissível que uma norma infraconstitucional – a Lei de Biossegurança -, prevaleça sobre os direitos previstos constitucionalmente.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, bem como as Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, fácil é perceber o pendor pela proteção da vida humana, o que reforça a inaceitabilidade de destruição de embriões, *data venia*, seres humanos em desenvolvimento.

Quando da tramitação da Lei nº 11.105/05, houve inobservância da Lei Complementar nº 95/98, vez que se inseriram ali questões alheias a seu propósito inicial.

Conquanto a Lei nº 11.105/05 tivesse por objetivo regulamentar os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal (meio ambiente), desviou-se ela de seu intento, refeito ao meio ambiente.

Por isso, a expressão *manipulação genética*, conforme disposto no inciso II deste artigo, deveria referir-se exclusivamente às manipulações com o meio ambiente, jamais envolver seres humanos.

Se pretendia regulamentar a manipulação de seres humanos, a lei regulamentadora deveria estar relacionada diretamente à proteção da vida humana e não ao meio ambiente, como se fez.

Ressalte-se que o artigo 5º, *caput*²¹⁶, da Lei de Biossegurança não contempla a manipulação de embriões humanos.

²¹⁶ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: (...)”

Insta dizer que a tutela da vida do ser humano foi construída por longos anos, não só no ordenamento jurídico interno, mas também nas Convenções Internacionais que nosso país firmou.

Curiosamente, a Lei nº 11.105/05 faz cessar toda e qualquer proteção à vida do ser humano, transformando-o em coisa ou matéria-prima da ciência.

O contra-senso da Lei de Biossegurança inicia-se no artigo 1º, que define a sua finalidade:

“Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

Em momento algum, o artigo acima exposto atribuiu-se poder de regulamentação do uso de embriões com o escopo de pesquisa e terapia.

Logo, é inoportuna a regulamentação dessa prática no artigo 5º.

A utilização de embriões, mormente *humanos*, não é pacífica quando se pretende utilizá-los para pesquisa ou terapias.

Salvo melhor juízo, o tema demanda ampla divulgação, inclusive com informações científicas, para que, apenas ao final, possa afirmar-se se é lícita ou não a utilização de tais técnicas.

Como isso não ocorreu e já se implementou a disciplina da pesquisa ou terapia, não é mais possível impedir que os embriões ditos *inviáveis* sejam objeto de pesquisa ou de terapia, como permite e consagra a lei, em franco desacordo com as normas universais de proteção aos direitos humanos.

A despeito das supostas boas intenções da lei, a regulamentação se deu de maneira precária e muito deficiente, particularmente porque as questões dispostas no artigo 5º tratam de vida humana.

Com todo o respeito que merecem as opiniões em contrário, a lei não deveria ter sido disposta da maneira como foi, sem discussões entre todas as ciências que a ela estarão sujeitas. Tais discussões, lastimavelmente, nunca foram promovidas no país.

Como era de esperar, vozes isoladas sugeriram destinações várias aos embriões, mas em muitos casos não se levou em conta a responsabilidade que envolve a questão.

O legislador disciplinou, no inciso do artigo 5º da Lei de Biossegurança, a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e terapia, contanto que decorrentes de manipulação *in vitro* e inviáveis ou congelados há mais de três anos, a partir da publicação da lei. Questiona-se: qual o critério científico para o período de três anos? E exatamente para que finalidade julga o legislador inviáveis essas células?

É patente a falta de técnica no trato do assunto, como revela a imprecisão em expressar conceitos. A redação *embrião inviável* é exemplo lapidar de falta de conhecimento perante um assunto de importância vital.

Não se define que é embrião viável nem tampouco quem pode avaliar essa condição. Seriam apenas os cientistas, os geneticistas, os médicos em geral ou todos eles?

O inciso II, ao permitir as pesquisas ou terapias, fere o princípio da dignidade humana, como anteriormente analisado.

Em verdade, há que lembrar que só existem embriões excedentes porque sua criação se deu de maneira aleatória e negligente.

Em nosso sentir, sem embargo, é imprescindível limitar o número de embriões, sob pena de continuarmos a ver repetirem-se esses problemas éticos por longos anos.

Conquanto o legislador tenha autorizado o uso dos embriões por ele designados, ainda se faz necessário o consentimento dos genitores, como denota leitura do parágrafo 1º do artigo 5º da Lei.

Se o próprio legislador dispõe que “*é necessário o consentimento dos genitores*”, conclui-se que ele admite genitores para os embriões e que – consequência forçosa - aceita os embriões como pessoas cuja ascendência reconhece.

Mas o problema não é só esse. O legislador parece ter-se esquecido de regulamentar as questões que envolvem embriões decorrentes da doação de óvulos ou gametas ou cujos “genitores” não estejam mais vivos ou ainda que abandonado os embriões. Como se dará o consentimento? A lei autorizaria, nesse caso, a pesquisa ou terapia com tais embriões, suspendendo a obrigação do consentimento?

O artigo 6º da Lei de Biossegurança não proíbe o uso diante da falta de consentimento advinda de não se localizarem os genitores daquele embrião.

Outra questão por responder é quem será o responsável por colher tal consentimento e de que modo deve proceder?

Convém lembrar que, embora a lei remeta a autorização aos genitores, estes – na maioria esmagadora dos casos – desconhecem as minúcias técnicas que podem determinar a existência ou não da vida humana alheia.

Além disso, se ninguém pode tirar a própria vida, haja vista o suicídio, como admitir que o Estado conceda aos genitores a decisão de eliminar a vida de seus filhos?

Por fim, os embriões não são coisas das quais os genitores podem dispor livremente e a bel-prazer; são formas muito incipientes, mas inequivocamente humanas de seres vivos como nós, cuja destruição não é absolutamente lícita, exceto quando resultante do próprio desenvolvimento do embrião.

O Conselho Nacional de Saúde, por meio da Resolução nº 196/96, prevê ressarcimento ao casal submetido ao tratamento de reprodução assistida. Considerando, portanto, os embriões congelados de um casal que venham a destinar-se à pesquisa e à produção de material biológico, enquadrar-se-ia o casal nesse ressarcimento?

A indagações propostas revelam à sociedade que a lei malogra em fornecer limites objetivos, claros e inequívocos sobre o uso de embriões.

Sem embargo de entendimento em contrário, julgamos que a Lei de Biossegurança é inconstitucional, por não respeitar sequer os ditames de nossa Constituição Federal, violando de maneira aviltante o direito à vida que essa mesma Constituição não se cansa de enaltecer.

A Lei de Biossegurança fere o artigo 5º, *caput*, e o inciso III do artigo 1º, ambos da Constituição Federal.

A inviolabilidade do direito à vida não comporta exceção, ainda mais quando se trata de vida humana.

Conseqüentemente, há que respeitar a dignidade do ser humano dado que é impossível conceber a permanência de qualquer direito sem a preservação escrupulosa da dignidade e da vida humana.

4.3 A ação de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República

O Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, em face da Lei de Biossegurança, promoveu a Ação Direta de Inconstitucionalidade²¹⁷, fundando-se, basicamente, em que a *vida humana acontece na, e a partir da, fecundação*, como consta da petição inicial.

²¹⁷ Inclusa no apêndice.

O objeto da ação consiste na impugnação do artigo 5º da Lei de Biossegurança²¹⁸.

A razão parece-nos estar com a tese sustentada pelo Procurador-Geral da República, vez que a ação é fundamentada em face da inobservância do texto constitucional constante no artigo 1º e 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal, que resguardam inequivocamente o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

O Procurador-Geral da República fundamenta-se em depoimentos de cientistas das áreas médicas que entendem surgir a vida humana a partir do momento da fecundação.

Pelo profundo conhecimento esposado, pede-se vênia para a transcrição do depoimento de Dernival da Silva Brandão, para quem “ a ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-formado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente do da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da

²¹⁸ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

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

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

fecundação seja nos primeiros momentos somente uma “matéria germinante”²¹⁹.

Outro fundamento da ação consiste no avanço científico muito mais promissor com células-tronco adultas do que com as embrionárias.

Nas palavras de Damián Garcia-Olmo, “(...) no hay ningún estudio clínico aprobado para el uso de células madre procedentes de embriones. Esto es actualmente inviable por los enormes riesgos potenciales que conlleva (tumores, problemas de rechazo, necesidad de terapia inmunosupresora, etc.). Sin embargo, en España, hay al menos tres programas de uso clínico de células madre adultas en patología humana que están demostrando que el uso de estas terapias es factible y seguro (...)”²²⁰.

Logo, a ação funda-se nas premissas de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se.

Entre os documentos juntados na ação, em especial – o livro *VIDA: O Primeiro Direito da Cidadania*²²¹ – cujos autores são profissionais renomados não da área médica como também da área jurídica. Para nenhum dos autores resta qualquer dúvida de o embrião *ser* um ser humano em suas fases iniciais de desenvolvimento.

Tanto é assim que, ensina Paulo Leão, “embrião é a designação dada ao ser humano do início de sua existência, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, até o final da oitava semana”²²².

Quando se afirma que o embrião não deve ser sacrificado para salvar qualquer outro ser humano, a afirmativa tem base científica, considerando que ele “é um ser humano completo e não um projeto de ser ou ainda um amontoado de células indiferenciadas. Ele tem, por isso, toda a

²¹⁹ Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, p. 3.

²²⁰ *Idem*, p. 8.

²²¹ Constante no apêndice.

²²² Alice Teixeira Ferreira et al. *Vida*, cit., p. 11.

grandeza e direitos inerentes à espécie humana. Não pode ser degradado a um animal de laboratório”²²³.

O advogado da União redarguiu, às fls. 82 a 115, que “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente. Assim, imperioso concluir que as razões ora expostas evidenciam inexistirem os requisitos de plausibilidade jurídica da impugnação, não se vislumbrando, por conseqüência, razões para o deferimento do pedido”²²⁴.

Salvo melhor juízo, não houve observância de o direito à vida sobrepor-se ao direito à saúde e à livre expressão científica, vez que, sem ela, como várias vezes afirmado, não existem direitos a nenhum outro direito. *Data venia*, parece-nos não haver interpretação sistemática do ordenamento jurídico para que a conclusão seja proferida nos termos expostos.

O consultor-geral da União manifesta-se no mesmo sentido, mas com argumentos diversos.

Sustenta ele que a vida garantida constitucionalmente só existe em face dos brasileiros nascidos ou naturalizados, sendo imprescindível o nascimento com vida. Informa que não se discute a existência da vida biológica desde a concepção, não condicionando ela a existência ao direito à vida. Assim, conclui que “não parece ocorrer qualquer atentado à inviolabilidade do direito à vida – e muito menos à *pessoa* humana – podendo, pelo contrário, a regra impugnada permitir o avanço da pesquisa e das terapias em benefício da coletividade o que lhe confere razoabilidade inquestionável e constitucionalmente suficiente”²²⁵.

²²³ Idem, ibidem, p. 14.

²²⁴ Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, p. 114/115.

²²⁵ Idem, p. 116-118.

Todas as manifestações até o presente momento são no sentido acima expostos.

Dessa maneira, é fácil verificar hoje a grande tendência de atestar que a Lei de Biossegurança é constitucional, opinião de que nos é impossível compartilhar.

Os fundamentos básicos que negam a inconstitucionalidade pautam-se pela não-violação dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, pelo direito à saúde e pelo avanço tecnológico como medidas.

Não podemos concordar com o parecer de Flávia Piovesan e de Adriana Esteves Guimarães, ofertado nesta ação, nos seguintes termos: “Há que assegurar a possibilidade de pesquisa científica com a utilização de células-tronco, considerando o seu potencial para extraordinários benefícios à saúde humana (com o alívio da dor e do sofrimento e a garantia de uma vida mais digna), bem como considerando a liberdade indispensável à pesquisa científica (observados os parâmetros éticos da ciência e da tecnologia). Há que assegurar a todos o direito fundamental de desfrutar dos avanços científicos, realizando escolhas morais, com base nos direitos à liberdade religiosa, autonomia e autodeterminação e, sobretudo, com base na responsabilidade ética e integridade moral de realizá-las, de forma a conciliar a ousadia da ciência e a prudência da ética. O Direito Brasileiro, em consonância com a ordem internacional e com o Direito Comparado, nos termos do artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105/05, celebra a prevalência do direito à vida digna em face dos dogmas religiosos, com o triunfo da dignidade humana, no marco de um Estado laico, pluralista e democrático”²²⁶.

Com todo o respeito que merece a opinião acima transcrita, cumpre dizer que não há nenhum avanço extraordinário com a utilização das células-tronco embrionárias. Muito pelo contrário. Mostram-se totalmente

²²⁶ Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, p. 215-216.

incapazes de transformar-se no tecido ou órgão querido pelos cientistas, podendo mesmo vir a constituir tumores malignos.

A conduta de utilização ou não das células embrionárias não se funda em dogmas religiosos, que não se prestam a fundamentar opiniões pessoais, o que, de fato, não se vislumbrou em momento algum na exordial.

A ação não se funda em nenhuma outra coisa senão na própria ciência para tutelar o direito à vida dos embriões.

Pelas razões expostas, causa espanto a contraposição do direito, visto não existir pesquisa alguma que demonstre que a utilização de células-tronco adultas responde de maneira espantosa em comparação com as embrionárias, as quais podem acarretar sérios danos. E, se não fosse suficiente, é assustador que o direito relativize a vida em prol do direito à saúde e ao progresso científico, com franco extermínio de outros seres humanos.

Embora as circunstâncias demonstrem que a ação restará prejudicada, ainda assim acreditamos necessário esclarecer os seres humanos que aceitam em algum momento a relativização da vida.

CAPÍTULO V

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO À VIDA E A INTEGRIDADE FÍSICO-PSIQUÍCA DO EMBRIÃO

“Perturbo-me muito profundamente, diante da atitude de um homem maduro – seja velho ou jovem – que se sente, de fato e com toda a alma, responsável pela consequência de seus atos e que, praticando a ética da responsabilidade chega, em certo momento, a declarar: ‘não posso agir de outro modo; detenho-me aqui’.” (Max Weber)²²⁷.

5.1 Generalidades

Suscintamente, apresentamos um histórico da responsabilidade a fim de analisar a responsabilidade por dano a embrião.

Inicialmente, surge a vingança privada e coletiva, pela qual cada lesado se defende em face do mal sofrido da maneira que melhor lhe convém, defendendo-se, em geral, o dito lesado na mesma proporção da lesão sofrida.

Nesta fase, as pessoas ou grupos não observam regra ou limite algum.

Num próximo momento, a lei estipula quando e em que condições a vítima teria o direito de retaliação – estamos no período da Lei das XII Tábuas, em que justiça ainda é exercida pelas próprias mãos, sem regras ou limites bem definidos, valendo o brocardo “olho por olho, dente por dente”.

Ao período de taliação segue-se o da composição.

²²⁷ Maria Garcia, *Limites*, cit., p. 254-255.

A maneira de uso da composição é disciplinada pelo legislador, impedindo a prática da justiça pelas próprias mãos em princípio, tendo a vítima de acatar a composição determinada pela autoridade.

O lesado recebe alguma coisa ou algum valor, para a compensação do prejuízo, embora ainda possível escolher entre a vingança privada ou a composição.

Posteriormente, o Estado assume a função de punir, estando todos submetidos à sua vontade.

Ensina José de Aguiar Dias que, “traçada em síntese, é esta, pois,

inicialmente existente autônomo e completo e para que a atuação do homem seja parcial, o que impede de determinar todas as variáveis possíveis²²⁹.

É fato que o direito não se antecipa às situações de todas as ordens, não tendo o legislador capacidade de antever todas as situações jurídicas que ensejam a tutela do direito, mas uma vez ocorridas tais situações, cabe ao direito posicionar-se de maneira rápida para ser eficaz.

Quando analisada a responsabilidade civil relativa aos embriões, não há material que determine exatamente quais seriam as responsabilidades nem tampouco como se daria sua reparação.

Inicialmente pelas questões que envolvem o embrião, de ser ele dotado, ou não, de personalidade. Como a grande maioria dos doutrinadores compreendem que ele não é dotado de personalidade, não se analisa conseqüentemente a reparação civil.

Para aqueles que aceitam a possibilidade de conceder personalidade ao embrião, principalmente para o resguardo de seus direitos, mister se faz analisar as questões atinentes à responsabilidade civil, como é o nosso caso.

Para tanto, há que ressaltar que *responsabilidade civil* é gênero, compreendendo como espécies a responsabilidade civil *contratual* e a responsabilidade civil *extracontratual*, esta última também denominada *aquiliana*.

Independentemente da espécie de responsabilidade civil, como observa José de Aguiar Dias, “(...) todos os casos de responsabilidade civil obedecem a quatro séries de exigência comuns: a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral; b) e a relação de causalidade, a *causal connexion*, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano, são seus pressupostos indispensáveis; c) a força

²²⁹ Hans Jonas. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Tradução de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997, p. 111.

maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa e efeito, o mesmo efeito preclusivo; d) as autorizações judiciais e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade”²³⁰.

Dito isso, vale acrescentar que a responsabilidade contratual verifica-se com o dano causado por uma parte em face da outra, em decorrência da inobservância de obrigações contratuais assumidas.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana não decorre de infringência contratual, mas da infração de dever de conduta.

O objetivo da responsabilidade civil é recompor à vítima ao *statu quo ante*. Nas palavras de Maria Helena Diniz, “a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”²³¹.

A Lei de Biossegurança, como também o Código Civil, demonstrando o avanço na seara da responsabilidade civil, consagra a responsabilidade civil objetiva.

Para a responsabilidade civil objetiva a culpa do causador do dano é irrelevante, sendo necessários três elementos para a sua caracterização, quais sejam: a ação ou omissão, o dano e o nexo causal.

Como ensina Sérgio Cavalieri Filho, no âmbito da responsabilidade objetiva, “teremos uma conduta ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual se fala em responsabilidade independentemente de culpa”²³².

²³⁰ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade*, cit., p. 131-132.

²³¹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 19ª ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40.

²³² Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153.

A responsabilidade civil também pode ser subjetiva, sendo necessários para caracterizá-la os seguintes elementos: ação ou omissão do agente, dano, culpa e nexos causal.

O ato ilícito está delineado no artigo 186 do Código Civil, que assim dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Observa-se que se considera ilícito o ato praticado em inobservância ao preceituado na lei, que viole e cause prejuízo a terceiros, acarretando assim, o dever de indenizar.

Apenas a prática do ato ilícito não resulta em responsabilização, sendo imprescindível a existência do dano, até porque, na seara civil, não há responsabilização por dano hipotético.

O ilícito pode decorrer de contrato, conforme determina o artigo 389 do Código Civil, ensejando a responsabilidade civil contratual, ou de atos ilícitos extracontratuais, como dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais devem ser observados conjuntamente, resultando assim na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

O ato ilícito, portanto, é uma das fontes das obrigações, gerando, por vezes, o dever de indenizar.

Vale ressaltar que a responsabilidade civil não se confunde com a penal, podendo o agente causador do dano ser responsabilizado nas duas esferas, como se vê do artigo 935 do Código Civil²³³.

O Código Civil consagra a possibilidade de responsabilização tanto em decorrência de dano material como também de moral.

²³³ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

O dano moral está respaldado no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, que assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O inciso X do mesmo artigo menciona os direitos da personalidade que podem ensejar o dano moral. Assim, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O abuso de direito está disciplinado no artigo 187 do Código Civil da seguinte forma: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

No âmbito da Lei de Biossegurança, grande é a possibilidade de caracterizar o abuso de direito, haja vista que consiste no exercício de direito com a intenção de prejudicar outrem.

Merece destaque o exposto por Georges Ripert de que “há exemplos muito claros deste abuso no exercício do direito de propriedade. A Corte de Cassação, num acórdão de junho de 1857, põe o princípio: ‘Devem-se prevenir e reprimir todos os atos praticados por ódio e por maldade e sem utilidade para quem os pratica’. Se com o rigor se pode sustentar que há exercício anormal do direito quando alguém se entrega a um concerto discordante para espantar a caça, ou que se constroem paliçadas com estacas de ferro para destruir as aeronaves em evoluções é, pelo contrário, certo que a construção dum falsa chaminé, a construção dum tapume, as escavações para cortar o veio dum fonte, são atos em si irrepreensíveis, mas que se tornam abusivos quando praticados para prejudicar o vizinho. O fim prejudicial será revelado pela inutilidade voluntária do ato”²³⁴.

²³⁴ Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.180.

Conseqüentemente, o abuso de direito se contrapõe aos princípios da eticidade e da socialidade.

A maioria da doutrina compreende que a responsabilidade é objetiva e verifica-se o abuso de poder, independentemente de culpa, vez que se verificam as conseqüências do ato, analisando o resultado obtido. Nesse sentido, o enunciado 37, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe “Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

A culpa se verifica quando da inobservância do dever de cuidado, tornando-se a ação ou omissão imprudente, negligente ou imperita.

Analisada *lato sensu*, a culpa decorre do dolo, conduta intencional em prejudicar terceiros, ou culpa *stricto sensu*, quando o dano se verifica de maneira não intencional.

Em decorrência do artigo 944 do Código Civ4()-109.170438448(i)

O nexos causal se depreende da verificação da causa e efeito da conduta culposa ou do risco criado.

Se a causa do dano advier de mais de uma causa, isto é, causa múltipla, ter-se-á a teoria das concausas, que se verifica quando duas ou mais pessoas praticam o ato ilícito e, em face do disposto no artigo 942 do Código Civil, a responsabilidade será solidária.

Em situações excepcionais, conquanto presentes todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, pode haver excludentes da responsabilidade civil, que são: culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro ou caso fortuito e força maior (parágrafo único do artigo 393 do Código Civil).

Se a culpa for concorrente, a indenização será diminuída na proporção da ação de cada um dos agentes.

Observa-se, assim, que, com a existência dos elementos acima informados, estará configurada a responsabilidade civil, podendo ser *subjetiva* (necessária a culpa) ou *objetiva*, que independe de culpa, servindo de parâmetro a análise do risco da atividade.

O artigo 927²³⁶, parágrafo único, do Código Civil disciplina a responsabilidade civil objetiva, sendo seu fundamento maior a teoria do risco, embora possa ser verificada não só no Código Civil como também em leis especiais.

Para a sua caracterização, basta demonstrar nexos de causalidade e de dano.

Rui Stoco informa que “a doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta-se na equação binária

²³⁵ Aguiar Dias, *Da responsabilidade*, cit., p. 120 e 121.

²³⁶ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade”²³⁷.

A Lei de Biossegurança dispõe expressamente que a responsabilidade é objetiva, como denota a análise do artigo 20²³⁸.

Mas, para tanto, é necessário responder à seguinte questão: quem são os responsáveis?

Conquanto a Lei de Biossegurança não seja clara ao preceituar os que responderão de maneira objetiva, em seu artigo 2º determina que “as atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais conseqüências ou efeitos advindos de seu descumprimento”.

Assim, nos parece que quaisquer entidades, sejam elas públicas ou particulares, quando desenvolvem as atividades preconizadas no artigo 2º, sujeitas estão à responsabilidade objetiva.

²³⁷ Rui Stoco. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 151.

²³⁸ “Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa”.

Embora a Lei de Biossegurança, em seu artigo 1º, demonstre preocupação em manter “a proteção à vida e à saúde humana”, a arrefece quando, no artigo 5º, permite a utilização de embriões.

Qualifica como crimes, no artigo 24²³⁹, por exemplo, utilizar o embrião de maneira diversa da prevista no artigo 5º. Os artigos seguintes também consagram alguns crimes, sem embargo, não mais graves do que o permitido pela própria lei: manipular embriões humanos com fins científicos ou terapêuticos.

Não é por acaso que a lei está sendo submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal e, pela gravidade das questões por ela disciplinadas, não há como excluir responsabilidade objetiva dos sujeitos à Lei de Biossegurança, especialmente em relação ao risco da atividade.

Como expõe José de Aguiar Dias, “na doutrina do risco, nitidamente democrática, não se chega jamais à conseqüência de afirmar o princípio, aparentemente individualista, mas, em essência, de sentido oposto,

²³⁹ “Art. 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.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Agrava-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa”.

nitidamente autocrático, de que o direito de um pode prejudicar o outro, pode ultrapassar as raias da normalidade e fazer do seu titular um pequeno monarca absoluto”²⁴⁰.

Convém lembrar que, para caracterizar a responsabilidade objetiva, é necessário apenas demonstrar o nexo causal e o dano.

A responsabilidade objetiva, portanto, decorre essencialmente de dois fatores: da lei ou da atividade, se oferecer risco para o direito dos demais.

Logo, os sujeitos à Lei de Biossegurança respondem objetivamente seja em decorrência da própria previsão legal, seja em face da teoria do risco-criado.

A natureza das manipulações em embriões, salvo melhor juízo, implica riscos para terceiros e, se assim é, sua reparação se fará independentemente da comprovação de culpa.

Se em sede do Código Civil persiste a dúvida sobre o que vem a ser essa *atividade*, em sede da Lei de Biossegurança a dúvida não ocorre, visto

estariam sujeitos à lei, mas, salvo engano, não é essa a disposição expressa da lei.

É fato que é da natureza da atividade o risco e que não é possível delinear todos os riscos em que as manipulações com os embriões podem resultar.

Pode-se pretender controlar os riscos para que eventuais danos não ocorram, mas, tal como os danos praticados nas áreas médicas que, vulgarmente explicando, a terra se incumbe de cobrir, que esperar em relação aos embriões, por muitos considerados tão-somente um amontoado de células?

Por essa razão, não cremos haver maneiras hábeis que impeçam pesquisas e terapias com os embriões sem envolver danos. Que os danos não sejam experimentados pela coletividade, mas apenas por eles, embriões, basta, em nosso entender, para configurar responsabilidade objetiva, como disciplinada pela Lei de Biossegurança.

Ademais, possibilitar a prática da atividade sem risco ou perigo, descaracterizaria a responsabilidade objetiva.

Não se olvida que o critério da responsabilidade objetiva em face da Lei de Biossegurança ganhará contornos perante os julgados que, no momento, não existem em nossos Tribunais.

Impossível não considerar que, inexistindo dano, não há reparação, vez que o direito civil não indeniza dano hipotético.

Mas, sem embargo de entendimento contrário, todas as vezes que inúmeros embriões são utilizados em pesquisas, embora a lei não permita seu descarte, ele ocorre como consequência.

Concluída a pesquisa ou terapia que utilizou o embrião, o que será feito dele? Ou melhor, o que estão fazendo com ele?

Obviamente, o estão descartando e, se compreendemos que se trata de seres humanos, com tutela ao seu direito à vida, como não exigir reparação diante desse sacrifício diário de vidas?

Mister se faz, portanto, controlar rigorosamente cada local em que se trabalhe com embriões.

O dever de indenizar, portanto, embora previsto de maneira expressa, como responsabilidade objetiva, há que verificar que, não bastasse o risco diante da manipulação genética, comporta ainda a inobservância ao direito à vida, à dignidade, entre tantos outros já demonstrados.

Assim sendo, embora seja fácil constatar que as atividades da biotecnologia devem responder objetivamente, cumpre considerar a possibilidade de criar um preceito legal que acompanhe os avanços da biotecnologia.

Assim, preciosos são os ensinamentos de Giselda Hironaka, que defende a criação de um preceito legal único, suficientemente amplo para abranger as hipóteses ainda desconhecidas do mundo jurídico, vez que importa seja ele suficiente amplo para abduzir as hipóteses novas, atraídas pela subsunção existente nessa norma. Nem tão ampla que se torne perigosa, mas que seja um preceito legal equilibrado, sem a pretensão de supor que nela tudo caiba, tais como os existentes na França, Espanha, Portugal, preceito que a autora denomina *responsabilidade pressuposta*²⁴².

Considerando as normas que já temos, vale mencionar que Rui Stoco adverte para o abandono do Código Civil atual da culpa presumida em parte, adotando de forma expressa e restritivamente a responsabilidade objetiva, exemplificando com as atividades perigosas, como descrito no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, entre outros²⁴³.

No caso dos embriões excedentes, não há como dizer que as atividades desenvolvidas não implicam risco.

Entendemos que todos os que manipulam os embriões devem responder objetivamente, haja vista que em decorrência de ato consciente os

²⁴² Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Responsabilidade*, cit., p. 154-155.

²⁴³ Rui Stoco, *Tratado*, cit., p. 150.

embriões foram criados, a bel-prazer da ciência e de progressos que, nem de longe, estão cientificamente comprovados²⁴⁴.

Conquanto a própria Lei de Biossegurança, em seu artigo 20, tenha consagrado a responsabilidade objetiva, importa lembrar que o Brasil é signatário da Declaração Universal do Genoma Humano, que consagra, nos artigos 8º e 13, reparação aos danos sofridos imputada a todos os que, de alguma forma, colaboraram para a ocorrência do dano²⁴⁵.

Entretanto, salvo melhor juízo, a atividade também é de risco, pois envolve questões que podem acarretar prejuízos à humanidade, tal como ocorre com as atividades nucleares.

Mas não se pode esquecer de que se fala em responsabilidade ao causar dano a outrem e que, neste trabalho, o lesado é o embrião.

Há o que fazer para evitar embriões excedentes, sujeitos à manipulação do homem de maneira arbitrária?

Num primeiro momento, pode-se pensar na possibilidade de os “genitores” consentirem para que casais interessados pela técnica de fertilização utilizem gratuitamente os excedentários, o que – embora sem ferir a ética – traz outras conseqüências.

²⁴⁴ Partilhamos do entendimento manifestado por Daniel Serrão, no sentido de que “(...) quem colocou estes embriões na infeliz situação de excluídos de qualquer projecto parental – situação que, na maioria dos tratamentos por fertilização *in vitro*, é técnica e cientificamente evitável, sem prejuízo significativo no sucesso do tratamento – é quem tem a responsabilidade pela deplorável situação na qual esses seres humanos são colocados. (...)”. Declarações de voto. Parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação Medicamente Assistida. Julho de 2004, p. 9.

²⁴⁵ “Todo indivíduo terá o direito, segundo a lei internacional e nacional à justa reparação por ‘danos sofridos em conseqüência direta e determinante de uma intervenção que tenha afetado o seu genoma’”.

“As responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores, incluindo o cuidado, a cautela, a honestidade intelectual e a integridade na realização de suas pesquisas e também na apresentação e na utilização de suas descobertas, devem ser objeto de atenção especial no quadro das pesquisas com o genoma humano, devido a suas implicações éticas e sociais. Os responsáveis pelas políticas científicas, em âmbito público e privado, também incorrem em responsabilidades especiais a esse respeito”.

Este embrião em “novo lar” teria direito à sua identidade genética? Haveria responsabilidade dos “genitores doadores”?

Rosaldo Jorge de Andrade, ao citar Francisco Vieira Lima, manifesta o entendimento de que a engenharia genética é tão perigosa quanto as atividades nucleares, considerando que os microorganismos são patogênicos²⁴⁶, entendimento que subscrevemos.

Conclui-se daí que, como demonstrado e previsto na própria Lei de Biossegurança, a responsabilidade civil é objetiva, isto é, basta a comprovação da existência do dano e o nexo de causalidade.

Quando se trata de responsabilidade civil objetiva, insta informar que não se consideram excludentes o caso fortuito ou força maior.

Faz-se imprescindível criar leis severas em relação à responsabilidade civil em face dos avanços da biotecnologia, já que nem sempre há nobreza em seus propósitos.

Saliente-se que as experiências desenvolvidas com os embriões em nada merecem ressalvas. Como informa Maria Helena Diniz, as experiências são “a) para obter seres geneticamente superiores, com determinado sexo ou caracteres genéticos; b) para efetuar estudos, torturando-os a “serviço da ciência”, por exemplo: na Universidade Dalhousie, em Halifax, na Califórnia, rins fetais foram utilizados para analisar certas moléstias renais; na Universidade de Stanford, Califórnia, o Dr. Goodlin fez experiências abrindo a caixa torácica de fetos humanos, de até 24 semanas, ainda vivos, a fim de estudar o trabalho do coração, ainda batendo, de bebês não nascidos, contando até 15 semanas. Somente se poderiam admitir em feto experiências para assegurar sua cura ou sua própria sobrevivência (Resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde; Diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos, n. 11; c) para utilização em testes de curas de leucemia e outras

²⁴⁶ Heloísa Helena Barboza e Vicente de Paulo Barretto (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.186.

espécies de câncer ou em cirurgias de transplantes; d) para criar clones humanos ou seres híbridos; e) para a engenharia genética penetrar na intimidade do espermatozóide ou do óvulo e alterar seu código genético, interferindo, precocemente, em caracteres de personalidade e comportamentais do embrião; f) para aproveitamento de suas células e tecidos, cultivando-os para fins de transplantes”²⁴⁷.

Não podemos esquecer que recentemente foi notícia a “criação” do rato em cujo dorso se implantou uma orelha humana²⁴⁸. Diante disso, questiona-se: não é fundamental que as normas de responsabilização sejam rigorosas? Até onde é garantido que tais experimentos não estejam ocorrendo com seres humanos? Quantos embriões erroneamente considerados excedentários não estão sendo sacrificados sem defesa, vítimas inermes da especulação científica?

Não há como descartar o que a própria Lei de Biossegurança enuncia nem tampouco as determinações constantes da Resolução 196/96, do Conselho Nacional de Saúde²⁴⁹, no sentido de considerar toda pesquisa com seres humanos atividades de risco.

Veja-se, resumidamente, o procedimento de algumas nações européias no trato com embriões:

Na Alemanha, a Lei de Proteção do Embrião apenas permite o diagnóstico ou análise de um embrião para seu próprio benefício e com objetivo de implantá-lo no útero. Na Dinamarca, é possível utilizar embriões humanos, objetivando o aperfeiçoamento das técnicas de fertilização artificial ou técnicas de investigação genética. Na Finlândia e Reino Unido, é obrigatória a destruição dos embriões quatorze dias após a fertilização. Importantíssimo se faz

²⁴⁷ Maria Helena Diniz, *O estado*, cit., p. 130.

²⁴⁸ Ivy Judensnaider. *Sob o arco-íris*. Disponível em <http://www.arscientia.com.br/materia/ver_materia.php?id_materia=132>, acessado em 28/10/06. Ilustração constante do apêndice.

regulamentar tais questões, principalmente com a atribuição de responsabilidades, mormente quando se pensa que a própria Sociedade Brasileira de Reprodução Humana desconhece o número de embriões excedentários existentes no País, como revela a transcrição a seguir: “O número de embriões excedentes congelados existentes no país é também desconhecido. Segundo Edson Borges, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA), estima-se que existam de três a cinco mil embriões congelados armazenados no Brasil. Para o deputado federal Lamartine Posella (PMDB-SP), este número pode ser muito maior e ninguém sabe ao certo que tipo de experiências estão sendo feitas com eles. O citado parlamentar, que esteve nos EUA discutindo a questão com congressistas americanos, é autor de cinco projetos de lei na área, dois deles sobre a proibição do descarte de embriões e a proibição de utilização de embriões para fins de clonagem”²⁵⁰.

Por essa e tantas outras questões controvertidas acerca dos embriões excedentários, urge estudar o assunto profundamente, remetendo-o aos debates sociais.

Ainda é maior a urgência de criar legislação própria, mesmo sabendo que eventuais responsabilidades são passíveis de apuração, com fundamento na Constituição Federal, no Código Civil e, a depender do dano, inclusive no Código Penal.

P. H. Winfield, autor inglês, vislumbra a possibilidade de ingressar com reparação de danos sofridos na vida intra-uterina, como também de danos à reputação e de cunho moral, embora entenda que a ação possa ser movida apenas após o nascimento²⁵¹.

²⁴⁹ “Considera-se que toda pesquisa envolvendo seres humanos envolve risco. O dano eventual poderá ser imediato ou tardio, comprometendo o indivíduo ou a coletividade”.

²⁵⁰ Disponível em <<http://www.sbrh.med.br/noticias.php?codigo=4>>, acessado em 24/10/03, Notícias. Reprodução assistida.

²⁵¹ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 318.

Pietro Rescigno, autor italiano, prevê a reparação de danos sofridos pelo nascituro, mais precisamente em relação à sua integridade física, fundando-se no estabelecido no artigo 2.043²⁵², do Código Civil Italiano²⁵³.

As questões que envolvem o tema provocam grande celeuma e as respostas constituem um desafio para a sociedade.

5.2 Responsabilidade civil em relação às clínicas

Uma reflexão: não há como estabelecer, com precisão, o período correto em que os embriões podem permanecer em estado de vida latente. Acredita-se que possam ser vários anos, mas a ciência não tem condição de afirmar quantos.

Não resta dúvida de que a clínica pode ser responsabilizada, visto que lhe cabe a recepção, classificação, análise, conservação e crioconservação dos embriões e, em face de tantas possibilidades, observa Elio Sgreccia, “é digna de nota a rapidez das etapas evolutivas de uma ciência que supera continuamente novas fronteiras e que permite uma crescente possibilidade técnica de intervenção do homem sobre a vida. Hibridação, transferência, clonagem e seleção são vocábulos que evocam possibilidades de intervenção no campo genético, em boa parte já realizadas no campo vegetal e animal e que podem ser hipóteses para o homem”²⁵⁴.

Entretanto, a tantas possibilidades seguem as responsabilidades.

²⁵² “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, Che cagiona ad altri um danno ingiusto (c.p. 635, 640), obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno”.

²⁵³ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 318.

²⁵⁴ Elio Sgreccia, *Manual de bioética*, cit., p. 221.

Ao considerar que o embrião anteriormente congelado ganha vida pela implantação, cumpre assegurar-lhe o direito de conhecer suas informações genéticas se a fertilização for heteróloga²⁵⁵.

Não se pretende com isso desvendar a identidade do doador, mas reunir critérios suficientes que possam fornecer ao embrião os dados para que tenha uma vida sadia, por conhecer sua ascendência.

A Argentina, por meio da Lei nº 23.551, de 1º de junho de 1.987, regulamentada pelo Decreto nº 700/1989, criou o Banco Nacional de Dados Genéticos.

As clínicas são responsáveis, exemplificativamente, pela vida que deixam de tornar viável.

Não se sabe ao certo quem deve atestar a viabilidade ou não dos

Para que permaneçam neste estado latente, é imprescindível congelar os embriões à temperatura de - 196° e, quando do aquecimento, para sair do estado de crioconservado, apenas 75% dos embriões resistem e permanecem aptos à utilização.

Já é nítida a constatação de massacre nesse procedimento, nítida é a constatação de um massacre, vez que 25% dos embriões são eliminados em face de ato humano voluntário de terceiro.

Dispõe a Lei nº 11.105/05, respectivamente, nos artigos 3º e 5º:

“Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

XI - células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo”.

“É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

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

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

Primeira questão a levantar: que são embriões inviáveis?

De acordo com o Decreto 5.591/05, embriões inviáveis são “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”.

Prossegue o Decreto, informando que se consideram embriões disponíveis “aqueles congelados até o dia 28 de março de 2005, depois de completados três anos contados a partir da data do seu congelamento”.

Observa-se a situação: pode-se utilizar todos os embriões para pesquisa ou terapia se inviáveis, o que ocorre com o período de três anos de congelamento.

A Lei de Biossegurança, embora apresente “aparente responsabilização” objetiva para aqueles que, de alguma forma, manipulam os embriões, não é feliz ao dispor que são possíveis as pesquisas e terapias com embriões “inviáveis” pois, a nosso ver, *data venia*, parece haver contradição – ora se responsabiliza, ora se autoriza a manipulação.

Não há nenhum respaldo científico suficientemente seguro para identificar precisamente a partir de qual momento o embrião se torna inviável.

Mas é científico o critério a desenvolver-se e determiná-lo cabe única e exclusivamente às clínicas que mantêm crioconservados os embriões ou que, de alguma forma, se utilizam da fertilização *in vitro*.

Conquanto a lei seja expressa ao dispor *embriões inviáveis*, no que consistiriam tais inviabilidades? Incluir-se-iam na definição anomalias físicas ou psíquicas?

Se assim for, vale lembrar que nem sempre o ser humano tem discernimento suficiente para se controlar em face da possibilidade de criar ser humano perfeito, como buscou Adolf Hitler.

E não é só: recentemente James Watson sustentou razões para fabricar melhores seres humanos²⁵⁶.

Ora, décadas passaram e a experiência revela que ainda não percebemos que a *fabricação* de seres humanos perfeitos não é da conduta humana, vez que não estamos tratando de coisas, mas sim de seres vivos, sencientes, superiores.

Se não bastasse lidar com a imprudência e negligência dos homens, como admitir pesquisas se já está comprovado cientificamente que é melhor utilizar células adultas do que as embrionárias²⁵⁷?

²⁵⁶ Revista catolicista. Disponível em <http://www.catolicismo.com.br/materia/materia.cfm?IDmat=7D89A3F2-3048-560B>, acessado em 25/01/07. “Engenharia genética” Alguns propulsores da engenharia genética nos embriões humanos já abandonaram qualquer pretensão de estar interessados nessa técnica só com fins terapêuticos. James Watson declarou em um congresso da UCLA (Universidade da Califórnia – Los Angeles), em 1998: “*Se podemos fabricar melhores seres humanos sabendo como agregar certos genes, por que não o faríamos?*”. E, numa declaração ante o Comitê Científico do Parlamento Britânico, afirmou: “*Se os cientistas não brincam de Deus, (“play God”), quem o fará?*” (“St. Louis Post-Dispatch”, 25-7-2000).

²⁵⁷ “(...) vem crescendo o número de trabalhos onde se verifica, com sucesso, a recuperação de tecidos ou órgãos lesados utilizando as CT adultas. O próprio Boletim da FAPESP referiu o trabalho de Nadia Rosenthal, publicado no PNAS, sobre o sucesso em usar as CT adultas para recuperar tecido muscular:

Regeneração de volta

06/02/2004 17:32

Agência FAPESP - Cientistas do Laboratório Europeu de Biologia Molecular (EMBL) e da Universidade de Roma "La Sapienza" acabam de descobrir um modo de restaurar determinadas capacidades regenerativas de tecidos, que ocorrem naturalmente em animais em estágio embrionário de desenvolvimento, mas que são perdidas após o nascimento. O trabalho dos pesquisadores europeus, publicado na edição atual do periódico *Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS), traz uma contribuição importante para entender de que forma as células-tronco podem ser utilizadas e como podem assumir determinadas funções num tecido. "Muitos laboratórios já descreveram a integração de células-tronco em vários tipos de tecidos, mas sempre em escalas reduzidas", disse a norte-americana Nadia Rosenthal, coordenadora do Programa de Camundongos do EMBL, em Monterotondo, na Itália, em comunicado do EMBL. "Mas este é o primeiro estudo a mostrar que as células tronco podem ser utilizadas para atingir a regeneração em grande escala de um tecido danificado." O trabalho foi desenvolvido em colaboração com a equipe do italiano Antonio

Parecem insondáveis os motivos que ensejam a ganância dos homens em destruir outros seres humanos.

Não é para menos que Stella Maris Martínez, entre tantos outros autores, julga inadmissível as consultas não destinadas à qualidade de vida do próprio embrião, até porque todas as experiências ou terapias resultam, inevitavelmente em morte dos embriões²⁵⁸.

Além disso, o que mais seria lícito em prol da humanidade que justificasse a morte de outro ser humano?

Analisando a questão da responsabilidade médica, considerando que os procedimentos também são aplicados por eles, “para reencontrar sua responsabilidade plena, o médico deve aprender a medir a capacidade dos meios de que dispõe em relação àqueles que seus antecessores usavam: uma apreciação ponderada da natureza do progresso é indispensável à percepção de suas vantagens e de seus perigos. Para preservar o humanismo da medicina, impõe-se uma reflexão sobre o respeito da personalidade humana que pode ser comprometida por novos métodos terapêuticos, aqueles utilizáveis antes do nascimento e antes da morte. Dois presidentes consecutivos do Conselho Nacional da Ordem dos Médicos, na França, expressaram recentemente sua inquietação diante da ameaça de despersonalização da medicina: ‘Os doentes precisam de informação, de compreensão, de acompanhamento, como de

Musarò, professor de histologia e embriologia da Universidade de Roma. Ao investigar tecidos musculares em camundongos, os cientistas descobriram que as células-tronco percorrem grandes distâncias até alcançar uma determinada área lesionada. O trabalho dos pesquisadores europeus, porém, lança uma nova hipótese. "As células que observamos passaram por todas as etapas típicas de especialização antes de se tornarem totalmente integradas ao novo tecido", disse Nadia Rosenthal [...]. Fonte: [http://www.agencia.fapesp.br/boletim_dentro.php?data\[id_materia_boletim\]=1330](http://www.agencia.fapesp.br/boletim_dentro.php?data[id_materia_boletim]=1330).

Este trabalho põe por terra as principais críticas dos que querem usar CT humanas embrionárias: não existe hiperfusão(5) e as CT adultas proliferam adequadamente. No mês passado, no Congresso de Biologia Celular, o Prof. Dr. Radovan Borojevic mostrou os resultados de autotransplante de CT adultas na recuperação de pacientes infartados, na isquemia diabética onde evita-se com esta terapia a amputação de membros inferiores e na recuperação de massa óssea”.

oxigênio. A intervenção médica compreende esta dimensão humana, *a fortiori* se a doença é grave, se torna o doente inválido, se é mortal... Em 1992, a incompetência é inadmissível, a ausência de compaixão e de um mínimo de calor humano também o é.' E ainda: 'O tempo de um olhar, a troca de uma palavra ou de um gesto não se medem; a qualidade da presença é para o doente um bem inestimável e deve ser para o médico uma fonte de satisfação. A imagem do médico não pode ser fugitiva, impenetrável ou ausente. As exigências da técnica, as obrigações administrativas ou econômicas não devem nunca fazer esquecer este dever de humanidade para com aquele que se entrega confiante' (...) A tecnobiologia dos últimos anos, que é amplamente responsável pelo perigo de desumanização da medicina, traz também de maneira imprevista um elemento de solução. A descoberta mais importante do século XX foi incontestavelmente a evidência da unicidade orgânica (e espiritual) de cada homem. (...) A medicina deve, pois, ser aplicada levando-se em conta essas diferenças individuais, adaptada de algum modo ao poliformismo da espécie humana'²⁵⁹.

Se assim é, não deve ser apenas preocupação do legislador apenas inquietar-se diante dos avanços da ciência, mas compartilhar com os seus usuários, tomando o termo em sentido amplo, permitindo que tanto cientistas, médicos, pacientes, sociedade, Estado participem ativamente das questões que acarretarão inevitavelmente responsabilidade objetiva.

Tanto que a própria Lei de Biossegurança consagra a responsabilidade objetiva e, se não bastasse, poder-se-ia aplicar o disposto no

²⁵⁸ Stella Maris Martínez. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 156.

²⁵⁹ Mll Oliveira. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 17-18.

parágrafo único do artigo 927²⁶⁰ do Código Civil, que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade por si só apresentar risco.

Ao comentar o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, Maria Helena Diniz esclarece que o ressarcimento há de ocorrer, independentemente de culpa, quando a lei assim determinar ou em decorrência da atividade desenvolvida ensejar risco para terceiros.

Relembra ainda que “a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (Enunciado nº 38, aprovado na *Jornada de direito civil*, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). Substitui-se a culpa pela idéia do risco. Essa responsabilidade civil objetiva funda-se na *teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita*, mas perigosa, como produção de energia nuclear ou produtos químicos; distribuição de combustíveis; fabricação de explosivos; manuseio de máquinas ou utilização de veículos em transporte de mercadorias ou de pessoas etc”²⁶¹ e, por que não incluir as atividades desenvolvidas com embriões excedentários, as quais acarretarão conseqüências para a humanidade²⁶².

Logo, em nosso sentir, ter a Lei de Biossegurança disciplinado a responsabilidade objetiva não caminhou bem, considerando que seus conceitos não são claros.

²⁶⁰ “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²⁶¹ Maria Helena Diniz, *Código*, cit., p. 175-176.

²⁶² Se “devemos ter cuidado mesmo com os transplantes de CT adultas, pois muitos pesquisadores acham que elas estão na origem dos tumores”, que dirá com as células embrionárias?

Ademais, a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, já considera que as pesquisas que envolvem seres humanos são de risco, mesmo se o dano for imediato ou posterior, seja em face do indivíduo ou da coletividade.

Assim sendo, vale dizer que “(...) há determinadas atividades ou serviços que são essencialmente perigosos, não podem ser prestados sem perigo, sem risco – é o chamado *risco inerente* -, mas são atividades necessárias, indispensáveis na sociedade. Aí está, por exemplo, a atividade médica. Alguém pode pensar numa sociedade sem médico, sem hospital? Mas a atividade médica é essencialmente perigosa, implica risco inerente. Não há uma cirurgia, por mais singela que seja, que não importe risco. Imaginemos uma cirurgia num cidadão com mais de oitenta anos, que não é bem-sucedida, vindo o paciente a falecer. Só por ter exercido essa atividade de altíssimo risco terá o médico ou o hospital necessariamente de indenizar? Convém então lembrar que o risco é apenas a teoria que justifica a responsabilidade objetiva, mas não é o seu fato gerador. Muitas pessoas exercem atividade de risco a vida toda e nem por isso têm de indenizar nada a ninguém. A obrigação de indenizar só surge quando alguém viola o dever jurídico e causa dano a outrem. Não é o risco, portanto, que por si só gera o dever de indenizar, mas sim o dano causado pela violação de dever jurídico, e isso em qualquer tipo de responsabilidade. Sem violação de dever jurídico não há que falar em responsabilidade, porque esta é um dever sucessivo que decorre da violação daquele. O que na realidade ocorre é isto: quando alguém exerce uma atividade de risco, a lei cria para ele um dever jurídico específico, que, se for violado, gera a obrigação de indenizar independentemente de culpa. Que dever é esse? É fácil de chegar a ele. Se o risco é perigo, se risco é probabilidade de dano, então o dever que se contrapõe ao risco e a segurança.

Em outras palavras, para aquele que exerce uma atividade perigosa, a lei impõe o dever de exercê-la com segurança tal que não cause dano a ninguém”²⁶³.

Não há dúvida de que a manipulação com os embriões pode acarretar risco integral não só para o próprio embrião como também para a coletividade.

Não há garantia de que a sua manipulação será restrita aos ditos “inviáveis”, haja vista não existir nenhum controle na manipulação²⁶⁴.

Afirma Jorge Biscaia que “os embriões crioconservados, ao fim de cinco ou mais anos, estarão praticamente moribundos. Mas a indignidade não está na morte em si, por mais lamentável ou triste que ela seja, mas sim em quem os criou para essa morte, admitindo ainda por cima que ela possa ser precedida da sua coisificação como objectos de experiência”²⁶⁵.

A morte de um ser humano é passível de reparação?

Aqui vale a reflexão de John Donne de que “nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da Terra; se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse o solar de teus amigos ou o teu próprio; a morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos dobram: eles dobram por ti”²⁶⁶.

A perda de um ser humano não é restrita apenas aos seus “familiares”. A depender da forma que ocorra, a perda, em verdade, é da

²⁶³ Sérgio Cavalieri Filho. Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 48, out/dez 2003, p. 69.

²⁶⁴ “Estes embriões na maioria das vezes não são congelados e tal informação não é dada aos pais, haja vista o escândalo e processo que está sobre o Hospital Albert Einstein, em São Paulo, por ter jogado fora os embriões de um casal, em agosto do ano passado (Época, 11 de agosto, 2003, pg. 12)”. Alice Teixeira Ferreira. Mensagem aos senadores: desmascarando as mentiras apregoadas sobre as células-tronco embrionárias e a clonagem “terapêutica”. 2 ago. 2004. Disponível em <<http://providaanapolis.org.br/altsen.htm>>, acessado em 22.02.2007”.

²⁶⁵ Declarações de voto. Parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação Medicamente Assistida. Julho de 2004, p. 16.

²⁶⁶ Maria Garcia, *Limites*, cit. p. 258.

humanidade, que poderá sofrer conseqüências graves pela falta de observância dos limites da ciência.

Ao embrião é que nada restará, assim como o morto não goza de quaisquer benefícios depois de sua morte.

À humanidade talvez seja possível pensar em uma indenização, que possa coibir os abusos na pesquisa e investigação científica.

Abusos existiram, existem e continuarão a existir. Embora seja proibida a hibridação, ela ocorre, segundo comprovou o rato com uma orelha humana no dorso.

Saliente-se que a Declaração Universal do Genoma Humano dispõe, em seu artigo 8º²⁶⁷, a reparação por danos sofridos em face de intervenções no genoma do indivíduo, não só pelos que manipulam, como também os responsáveis pelas políticas científicas²⁶⁸.

A Lei espanhola 42/1988, que disciplina a doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos e órgãos, no artigo 22, determina: “serão castigados com a pena de prisão de um a cinco anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão e ofício de seis a dez anos quem fecunde óvulos com qualquer fim distinto do da procriação. Com a mesma pena se castigarão a criação de seres humanos idênticos por clonagem e outros procedimentos dirigidos à seleção da raça”.

Na França, por exemplo, as Leis 94.548, de 1º de julho de 1994, 94.653, de 29 de julho de 1994, 94.654, de 29 de julho de 1994, condenam o

²⁶⁷ “Todo indivíduo terá o direito, segundo a lei internacional e nacional à justa reparação por ‘danos sofridos em conseqüência direta e determinante de uma intervenção que tenha afetado o seu genoma’”.

²⁶⁸ Artigo 13: “As responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores, incluindo o cuidado, a cautela, a honestidade intelectual e a integridade na realização de suas pesquisas e também na apresentação e na utilização de suas descobertas, devem ser objeto de atenção especial no quadro das pesquisas com o genoma humano, devido a suas implicações éticas e sociais. Os responsáveis pelas políticas científicas, em âmbito público e privado, também incorrem em responsabilidades especiais a esse respeito”.

conhecimento total ou parcial do gen humano, condenando inclusive a clonagem.

Na Itália, o Projeto de 8 de junho de 1992 tutela a vida humana, desde seu início, impossibilitando a lesão de embriões ou fetos e a alteração de estrutura genética. Em 1990, o Comitê Nacional de Bioética italiano aprovou o documento *Terapia gênica*, impedindo a terapia genética em células germinais.

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos informa que, “r

Sem embargo de entendimento em contrário, o Estado tem responsabilidade objetiva ou, no mínimo, subjetiva²⁷⁰.

A Alemanha, por exemplo, pune quando a utilização das técnicas de reprodução se dão de maneira abusiva. O parágrafo primeiro pune com pena privativa de liberdade de até três anos, ou multa, quem, por exemplo, fecundar o óvulo sem o objetivo de gerar gravidez, implantar mais do que três óvulos num mesmo ciclo, entre outros.

Todas as punições constantes da Lei para a Proteção de Embriões, em nosso sentir, são aplicáveis às clínicas, no que pertine à utilização de maneira abusiva, às técnicas de reprodução ou aos próprios embriões, à fecundação ou transferências arbitrárias e à implantação *post mortem*, à modificação artificial de células de linha germinal, à clonagem, à criação de quimeras ou híbridos, vez que apenas as clínicas têm acesso e poder de manipular o embrião.

Importa ter presente que a clínica funciona como se depositária fosse de todo o material por ela colhido.

Como o interesse pela questão dos embriões é universal, parece-nos, salvo melhor juízo, imprescindível atentar para as questões pertinentes à reprodução medicamente assistida.

Por fim, verifica-se que, enquanto não houver normas rígidas acerca da manipulação embrionária, dificilmente serão coibidos os abusos, considerando que tais abusos já ocorrem.

Permitir o descarte dos embriões, *data venia*, é permitir o homicídio de um ser humano que, por estar fora do útero materno, não está

²⁷⁰ Sérgio Abdalla, *Os direitos*, cit., p. 177. O autor expõe que “(...) deverá o Estado, subsidiariamente, ao laboratório ou à clínica, responder pela manutenção do embrião congelado, bem como, fiscalizar e zelar para que ele não seja destruído até que a questão seja resolvida”.

abrangido pela pena do aborto nem tampouco por nenhum outro dispositivo legal.

5.3 Responsabilidade civil em relação aos genitores

Partamos da seguinte reflexão para desvendar a responsabilidade civil em relação aos genitores: o médico é competente para ministrar o tratamento correto, o engenheiro civil constrói prédios firmes, que não desmoranam como por mágica, os professores ensinam e os pais, seguindo a lógica do raciocínio, educam.

A ciência em face de seus avanços, desvenda segredos, cria, altera, faz nascer e faz morrer um ser humano e, livrando-se por conta própria da responsabilidade, devolve aos pais, neste particular, a decisão do que fazer com um novo ser que ela mesma criou, mas que não sabe como tratar.

O artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei 11.105/05, como visto, permite utilizar embriões, desde que com a devida autorização dos genitores²⁷¹.

O Decreto 5.591/05 entende por genitores “os usuários finais da fertilização *in vitro*”.

Questiona-se, portanto: se nem mesmo a ciência sabe ao certo o que é este ser humano, ou melhor, sua natureza, têm os genitores suficiente conhecimento para autorizar qualquer tipo de procedimento? Conhecem todas as implicações que dessa manipulação pode advir? Sabem que os efeitos podem se estender à coletividade?

Com todo o respeito que temos pelas opiniões em contrário, os genitores não têm percepção.

²⁷¹ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: (...) § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. (...)”.

E não a tem não por desinteresse de tê-la, mas por falta de competência técnica e conhecimento científico próprios, quase exclusivos dos profissionais da área da saúde.

Nesse sentido, importa considerar que, “quando as conseqüências de um ato praticado por pura convicção se revelam desagradáveis, o partidário de tal ética não atribuirá responsabilidade ao agente, mas ao mundo, à tolice dos homens ou à vontade, que assim criou os homens. O partidário da ética da responsabilidade, ao contrário, contará com as fraquezas comuns do homem (pois, como dizia muito precedentemente Fichte, não temos o direito de pressupor a bondade e a perfeição do homem) e entenderá que não pode lançar a ombros alheios as conseqüências previsíveis da sua própria ação. Dirá, portanto: ‘Essas conseqüências são imputáveis à minha própria ação’²⁷²”.

Salvo melhor juízo, os genitores podem exercer o poder familiar em face dos embriões de laboratório, pois quem pode o mais pode o menos. Se o Código Civil permite a designação de *curador* ao nascituro, e se esse curador pode defender e zelar pelo patrimônio do nascituro, por que não lhe é possível tutelar o maior bem, que é a própria vida do embrião?

Entretanto, desde quando recebem esclarecimento suficiente e têm noção exata de que lá estão deixando seus filhos, impossível não aplicar a responsabilidade quanto aos danos sofridos pelo embrião.

Ainda mais quando for diagnosticada qualquer doença que possa levar os pais a selecionar outro embrião, exceto o embrião deficiente.

Ora, estão de fato isentos de qualquer responsabilização? Não estariam agindo como na época da II Guerra Mundial, quando se pretendeu criar uma raça pura? O ser humano é perfeito?

Em nosso sentir, também haverá responsabilização em face dos genitores se eles omitirem dados relevantes acerca de sua identidade genética.

²⁷² Maria Garcia, *Limites*, cit., p. 256.

Nas palavras de Paulo Otero, “o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado ou, mais amplamente, o direito de conhecer o patrimônio genético (...) e o concreto direito de cada ser humano de conhecer a identidade dos seus progenitores (...)”²⁷³ é direito seu, o qual não pode ser inviabilizado.

Maria Claudia Chaves recomenda uma norma que proíba a destruição de registros parentais dos embriões, inviabilizando o surgimento de nascentes sem passado²⁷⁴.

Obviamente, sabemos que são questões dificilmente apresentadas ao Poder Judiciário, até porque jamais as clínicas admitiriam que tais informações tivessem influenciado a escolha dos embriões a implantar.

Entretanto, se é sabido que tais questões nem sequer chegarão ao Judiciário, sem embargo de entendimento contrário, maior razão existe em não manter em sigilo aspectos do embrião que possam levar os genitores a rejeitá-lo de maneira liminar.

Em Portugal, por meio da Lei 32/2006, verifica-se que o destino dos embriões se dará da seguinte maneira:

“Artigo 25º. Destino dos embriões. (...) 3- O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários, ou do que seja sobrevivente, aplicando-se, com as necessárias adaptações o disposto no nº 1 do artigo 14º”.

Quanto à responsabilidade criminal, o artigo 35 da mesma lei portuguesa, preceitua: “Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no nº 2 do artigo 6º, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”. Logo, a responsabilização neste caso apenas se dará se os beneficiários da técnica não tiverem 18 anos de idade e não se encontrem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica.

²⁷³ Maria Claudia Chaves. Os embriões como destinatários de direitos fundamentais. *Revista Forense*, V. 378, Rio de Janeiro: Forense, 2005 (março/abril), p. 478.

Na Itália, exemplificativamente, já se reconheceu o ato ilícito ensejador da responsabilidade aquiliana dos pais²⁷⁵, como se denota:

“Nè è fatto a così ritenere la circostanza che l’azione non si rivolga contro un soggetto di diritto già esistente, ma si compia nell’atto stesso di dare vita al futuro soggetto del diritto.

Se è fatto illecito trasmettere la lue a persona già existente, non si vede perchè non lo debba essere ugualmente la trasmissione ad una persona futura, sempre che il legame causale esista”²⁷⁶.

Pietro Rescigno se opõe aos autores que negam a responsabilidade dos genitores, em face dos danos causados à integridade física do nascituro²⁷⁷, o que, em nosso entender, também se aplica aos embriões.

Na Alemanha, também é possível compreender outra forma pela qual os genitores podem ser responsabilizados, quando, por exemplo, se faz a escolha do sexo²⁷⁸, o que é vedado pela Lei para a Proteção de Embriões.

5.4 Formas de reparação

Será que existe alguma forma de reparar a perda de um ser humano? Seria possível poupar uma mãe pela perda do filho, ou o filho pela perda dos pais, ou a perda de um irmão ao outro? Duvidamos que seja possível qualquer reparação.

²⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 478.

²⁷⁵ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p.317.

²⁷⁶ “Nesse sentido é assim que se considera a circunstância de que a ação não se dirija em face de um sujeito de direitos já existente, mas se cumpra no próprio ato de dar vida ao futuro sujeito de direitos. Se é ato ilícito transmitir doença venérea a pessoa já existente não se entende porque não deva sê-lo igualmente a transmissão a pessoa futura, sempre que haja nexos causal”.

²⁷⁷ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela*, cit., p. 318.

²⁷⁸ § 3 Verbotene Geschlechtswahl - § 3 Escolha ilícita de sexo.

Entretanto, o Ministério Público Federal, atento às questões esposadas pela Lei de Biossegurança, ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, até o presente momento não julgada.

De qualquer forma, o dano causado ao embrião não se restringe apenas a ele, mas estende-se à coletividade, haja vista, como se verificou no decorrer deste trabalho, que até mesmo a espécie humana, pela inadvertida vontade de avançar da ciência, possa ser surpreendida pela criação de seres não mais humanos e, talvez, venhamos a tornar-nos espécie em extinção.

A reparação, como ocorre no meio ambiente, deve ser feita em face da coletividade. Não seria justo indenizar clínicas ou os genitores, haja vista que deveriam ter conhecimento suficiente para optar com plena consciência.

Se assim é, a coletividade, que nem sempre adota a mesma postura de concordar com a pesquisa e manipulação de embriões, deve ser ressarcida.

As multas e as penalidades aplicáveis às clínicas e a qualquer pessoa, física ou jurídica, que desenvolva suas atividades nos termos expostos na Lei de Biossegurança devem ser convertidas para um órgão especial de fiscalização.

A fiscalização deveria acompanhar todos os que prestam o serviço, a fim de verificar e, se necessário, autuar as pessoas que não estejam observando a lei, seja vendendo embriões ou estimulando que mulheres se submetam a tratamento hormonal com o intuito de vender seus óvulos, impedindo o descarte de embriões ainda vivos, mesmo que a lei estipule o prazo de três anos, até o momento em que a própria ciência descubra por que período o embrião resiste sem deficiências no ambiente de criopreservação, que verifique se as pessoas estão atuando para encontrar casais em condição de receber os embriões já fecundados, com autorização dos genitores satisfeitos com a fecundação, entre tantas outras atribuições que se fazem necessárias.

CONCLUSÃO

1. Em relação ao capítulo I, não resta dúvida de que adotamos o critério biológico, pelo qual o início da vida de um novo ser humano se dá a partir da fecundação.
2. Se assim é, não há como furtar-se o direito de reconhecer no embrião, seja ele intra ou extra-uterino a tutela que a lei lhe confere, considerando que o Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção.
3. Não ignoramos que a lei é clara ao dispor *nascituro*, tampouco ignoramos que ante a ausência de lei que discipline a condição do embrião, deve-se estender, por analogia, toda a proteção do nascituro ao embrião, vez que adotamos a teoria da personalidade concepcionista.
4. Como a vida não admite relativização, adotamos o critério da biologia para compreender que um novo ser humano surge no momento da fecundação. Além disso, o direito não pode abster-se de regulamentar essa situação fática sob o pretexto de que não há disciplina específica para o embrião criado no laboratório.
5. Em face da análise da ética, a história demonstra que poucas são as vezes que o homem, diante da possibilidade de inovar, atenta para os critérios éticos. Mas, em face dos embriões, a ética tem de ser ainda maior, devendo-se adotar os parâmetros que regem a pesquisa e a terapia com o ser humano já nascido. Se assim for, acreditamos que a ética será observada, ainda mais quanto a coibir que o ser humano se transforme em matéria-prima para benefício da ciência, mas em detrimento da própria humanidade.

6. Em relação ao direito à vida, considerando os dados biológicos e adotando a teoria concepcionista, não cabe dúvida, em nosso sentir, de que a tutela da vida preconizada pela Constituição Federal deve ser garantida ao embrião de forma ampla e irrestrita.
7. Do contrário, inevitavelmente se estarão infringindo os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e da socialidade. Sem a devida proteção jurídica da vida, como exaustivamente expomos no trabalho, qualquer outra tutela destinada a qualquer outro direito torna-se inócua.
8. A nomenclatura destinada ao embrião criado em laboratório, como visto, é ampla. Independentemente do nome que se lhe dê, cumpre não perder de vista que ele é um ser humano em franco desenvolvimento. Urge criar normas jurídicas próprias capazes de tutelar o direito do embrião, vez que, como se nota, nem mesmo se aplicam as proteções conferidas ao nascituro.
9. Se as questões que envolvem o nascituro já são passíveis de muita discussão, no âmbito do embrião torna-se ainda mais acentuada, sendo necessárias discussão, mais complexo ainda se torna o problema no âmbito do embrião, demandando mais reflexões, não só no plano do direito, mas em todas as áreas, inclusive da sociedade, a fim de que o conhecimento sobre a utilização dos embriões em pesquisa deixe de ser expectativa, considerando que poucas são as chances de sucesso com as células-tronco embrionárias, sem contar que as pesquisas indicam sucesso com as células-tronco adultas. Logo, não é aceitável permitir a morte de embriões cuja vida está por se desenvolver sob pretexto de garantir melhores condições de vida para doentes que já nasceram.

10. Entendemos que a Lei de Biossegurança é inconstitucional, por não atender o comando da Constituição Federal que determina a inviolabilidade da vida. Se a Constituição não restringe a tutela da vida, não podem outras normas autorizar o massacre de embriões. Se assim o dispuserem, serão, sem sombra de dúvida, inconstitucionais.
11. Não é por outra razão que compartilhamos do posicionamento do Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, no sentido de que a lei deve ser declarada inconstitucional, haja vista o descaso em relação à vida humana.
12. Por fim, a questão da responsabilidade civil relacionada especificamente ao embrião é pouco explorada pelos doutrinadores. Fato é que a Lei de Biossegurança, ao dispor que a responsabilidade é objetiva, caminha bem, mas não soluciona questões palpitantes, tais como o descarte dos embriões inviáveis.
13. Tudo porque, se a Lei autoriza a pesquisa e terapia com as células-tronco embrionárias, de nada resolve prever a responsabilidade objetiva, exceto pelos males que podem comprometer toda a humanidade.
14. É por essa razão que propomos instituir um fundo próprio, vez que, se destruídos quando da pesquisa e terapia, em nada aproveitará aos embriões a condenação.
15. Entretanto, a humanidade evitaria o risco de graves seqüelas ao criar um fundo que garantisse, pelo menos, a possibilidade de pesquisas para a recomposição dos lesados ao *statu quo ante*.

16. Por fim, registre-se por oportuno que, embora nosso trabalho não seja completo, esperamos que se torne mais uma arma na batalha pela preservação da vida de maneira ampla e irrestrita.

APÊNDICE

1. LEGISLAÇÃO DE PORTUGAL

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei nº 32/2006, de 26 de Julho

Procriação medicamente assistida

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objecto

A presente lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).

Artigo 2.º

Âmbito

A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA:

- a) Inseminação artificial;
- b) Fertilização *in vitro*;
- c) Injecção intracitoplasmática de espermatozóides;
- d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos;
- e) Diagnóstico genético pré-implantação;
- f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Artigo 3.º

Dignidade e não discriminação

As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Artigo 4º

Condições de admissibilidade

1—As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

2—A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Artigo 5º

Centros autorizados e pessoas qualificadas

1—As técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.

2—São definidos em diploma próprio, designadamente:

- a) As qualificações exigidas às equipas médicas e ao restante pessoal de saúde;
- b) O modo e os critérios de avaliação periódica da qualidade técnica;
- c) As situações em que a autorização de funcionamento pode ser revogada.

Artigo 6º

Beneficiários

1—Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

2—As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Artigo 7º

Finalidades proibidas

1—É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros.

2—As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.

3—Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

4—As técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objectivo de originarem quimeras ou híbridos.

5—É proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

Artigo 8º

Maternidade de substituição

1—São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

2—Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

3—A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

Artigo 9º

Investigação com recurso a embriões

1—É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.

2—É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3—O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4—Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental;

b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;

c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;

d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

5—O recurso a embriões nas condições das alíneas *a)* e *c)* do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

Artigo 10º

Doação de espermatozóides, ovócitos e embriões

1—Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas.

2—Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

CAPÍTULO II

Utilização de técnicas de PMA

Artigo 11º

Decisão médica e objecção de consciência

1—Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico.

2—Nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a superintender ou a colaborar na realização de qualquer das técnicas de PMA se, por razões médicas ou éticas, entender não o dever fazer.

3—A recusa do profissional deve especificar as razões de ordem clínica ou de outra índole que a motivam, designadamente a objecção de consciência.

Artigo 12º

Direitos dos beneficiários

São direitos dos beneficiários:

- a) Não ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho;
- b) Ser assistidos em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas requeridas para a correcta execução da técnica aconselhável;
- c) Ser correctamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos;
- d) Conhecer as razões que motivem a recusa de técnicas de PMA;
- e) Ser informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adopção e da relevância social deste instituto.

Artigo 13º

Deveres dos beneficiários

1—São deveres dos beneficiários:

a) Prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas pela equipa médica ou que entendam ser relevantes para o correcto diagnóstico da sua situação clínica e para o êxito da técnica a que vão submeter-se;

b) Observar rigorosamente todas as prescrições da equipa médica, quer durante a fase do diagnóstico quer durante as diferentes etapas do processo de PMA.

2—A fim de serem globalmente avaliados os resultados médico-sanitários e psicossociológicos dos processos de PMA, devem os beneficiários prestar todas as informações relacionadas com a saúde e o desenvolvimento das crianças nascidas com recurso a estas técnicas.

Artigo 14º

Consentimento

1—Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.

2—Para efeitos do disposto no número anterior, devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas.

3—As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.

4—O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Artigo 15º

Confidencialidade

1—Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos

processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA.

2—As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

3—Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir.

4—Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5—O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Artigo 16º

Registo e conservação de dados

1—Aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores e crianças nascidas é aplicada a legislação de protecção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde.

2—Em diploma próprio, de acordo com a especificidade dos dados relativos à PMA, é regulamentado, nomeadamente, o período de tempo durante o qual os dados devem ser conservados, quem poderá ter acesso a eles e com que finalidade, bem como os casos em que poderão ser eliminadas informações constantes dos registos.

Artigo 17º

Encargos

1—Os centros autorizados a ministrar técnicas de PMA não podem, no cálculo da retribuição exigível, atribuir qualquer valor ao material genético doado nem aos embriões doados.

2—O recurso às técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde é suportado nas condições que vierem a ser definidas em diploma próprio, tendo em conta o parecer do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

Artigo 18º

Compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões e outro material biológico
É proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

CAPÍTULO III

Inseminação artificial

Artigo 19º

Inseminação com sémen de dador

1—A inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar.

2—O sémen do dador deve ser criopreservado.

Artigo 20º

Determinação da paternidade

1—Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.o, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826º do Código Civil.

2—Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência do unido de facto no acto de registo do nascimento, pode ser exibido, nesse mesmo acto,

documento comprovativo de que aquele prestou o seu consentimento nos termos do artigo 14º.

3—Nos casos referidos no número anterior, no registo de nascimento é também estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento nos termos do artigo 14º.

4—Não sendo exibido o documento referido no nº 2, lavra-se registo de nascimento apenas com a maternidade estabelecida, caso em que, com as necessárias adaptações, se aplica o disposto nos artigos 1864º a 1866º do Código Civil, apenas com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e consequente estabelecimento da paternidade de quem prestou o consentimento.

5—A presunção de paternidade estabelecida nos termos dos nºs 1 e 2 pode ser impugnada pelo marido ou aquele que vivesse em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

Artigo 21º

Exclusão da paternidade do dador de sémen

O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

Artigo 22º

Inseminação *post mortem*

1—Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.

2—O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3—É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Artigo 23º

Paternidade

1—Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

2—Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14º, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no nº 3 do artigo 1839º do Código Civil.

CAPÍTULO IV

Fertilização *in vitro*

Artigo 24º

Princípio geral

1—Na fertilização *in vitro* apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado.

2—O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

Artigo 25º

Destino dos embriões

1—Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.

2—Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo.

3—O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no nº 1 do artigo 14º.

4—Não ficam sujeitos ao disposto no nº 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.

5—Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental aplica-se o disposto no artigo 9º.

Artigo 26º

Fertilização *in vitro post mortem*

Se aquele que depositou o seu sémen ou ovócitos para fins de inseminação em benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação *post mortem* nos artigos 22º e 23º.

Artigo 27º

Fertilização *in vitro* com gâmetas de dador

À fertilização *in vitro* com recurso a sémen ou ovócitos de dador aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos 19º a 21º.

CAPÍTULO V

Diagnóstico genético pré-implantação

Artigo 28º

Rastreio de aneuploidias e diagnóstico genético pré-implantação

1—O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no nº 3 do artigo 7º.

2—É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA.

3—É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4—Os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares.

Artigo 29º

Aplicações

1—O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência.

2—As indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente.

CAPÍTULO VI

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

Artigo 30º

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

1—É criado o Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, adiante designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.

2—São atribuições do CNPMA, designadamente:

- a) Actualizar a informação científica sobre a PMA e sobre as técnicas reguladas pela presente legislação;
- b) Estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões;
- c) Acompanhar a actividade dos centros referidos na alínea anterior, fiscalizando o cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes;
- d) Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização;
- e) Dar parecer sobre a constituição de bancos de células estaminais, bem como sobre o destino do material biológico resultante do encerramento destes;
- f) Estabelecer orientações relacionadas com a DGPI, no âmbito dos artigos 28º e 29º da presente lei;
- g) Apreciar, aprovando ou rejeitando, os projectos de investigação que envolvam embriões, nos termos do artigo 9º;
- h) Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de PMA prestam o seu consentimento;
- i) Prestar as informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites previstos no artigo 15º;
- j) Pronunciar-se sobre a implementação das técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde;
- l) Reunir as informações a que se refere o nº 2 do artigo 13º, efectuando o seu tratamento científico e avaliando os resultados médico-sanitários e psicossociológicos da prática da PMA;
- m) Definir o modelo dos relatórios anuais de actividade dos centros de PMA;
- n) Receber e avaliar os relatórios previstos na alínea anterior;
- o) Contribuir para a divulgação das técnicas disponíveis e para o debate acerca das suas aplicabilidades;

p) Centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas;

q) Deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

3—O CNPMA apresenta à Assembleia da República e aos Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia um relatório anual sobre as suas actividades e sobre as actividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado da utilização das técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes, nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social.

Artigo 31º

Composição e mandato

1—O CNPMA é composto por nove personalidades de reconhecido mérito que garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e legais da PMA.

2—Os membros do CNPMA são designados da seguinte forma:

a) Cinco personalidades eleitas pela Assembleia da República;

b) Quatro personalidades nomeadas pelos membros do Governo que tutelam a saúde e a ciência.

3—Os membros do Conselho elegem de entre si um presidente e um vice-presidente.

4—O mandato dos membros do Conselho é de cinco anos.

5—Cada membro do Conselho pode cumprir um ou mais mandatos.

Artigo 32º

Funcionamento

1—O CNPMA funciona no âmbito da Assembléia da República, que assegura os encargos com o seu funcionamento e o apoio técnico e administrativo necessários.

2—O Conselho estabelece em regulamento interno a disciplina do seu funcionamento, incluindo a eventual criação e composição de uma comissão coordenadora e de subcomissões para lidar com assuntos específicos.

3—Os membros do CNPMA têm direito a senhas de presença, por cada reunião em que participem, de montante a definir por despacho do Presidente da Assembleia da República, e, bem assim, a ajudas de custo e a requisições de transporte, nos termos da lei geral.

Artigo 33º

Dever de colaboração

Todas as entidades públicas, sociais e privadas têm o dever de prestar a colaboração solicitada pelo CNPMA para o exercício das suas competências.

CAPÍTULO VII

Sanções

SECÇÃO I

Responsabilidade criminal

Artigo 34º

Centros autorizados

Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.

Artigo 35º

Beneficiários

Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no nº 2 do artigo 6º é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Artigo 36º

Clonagem reprodutiva

1—Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2—Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões.

Artigo 37º

Escolha de características não médicas

Quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 38º

Criação de quimeras ou híbridos

Quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Artigo 39º

Maternidade de substituição

1—Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2—Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 40º

Utilização indevida de embriões

1—Quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2—Na mesma pena incorre quem proceder à transferência para o útero de embrião usado na investigação e na experimentação científicas fora dos casos previstos na presente lei.

Artigo 41º

Intervenções e tratamentos

1—Às intervenções e tratamentos feitos através de técnicas de PMA por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável aplica-se o disposto no artigo 150º do Código Penal.

2—As intervenções e tratamentos no âmbito da PMA feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constituem ofensas à integridade física, puníveis nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal.

Artigo 42º

Recolha e utilização não consentida de gâmetas

Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Artigo 43º

Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade

Quem violar o disposto no artigo 15.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

SECÇÃO II

Ilícito contra-ordenacional

Artigo 44º

Contra-ordenações

1—Constitui contra-ordenação punível com coima de E 10 000 a E 50 000 no caso de pessoas singulares, sendo o máximo de E 500 000 no caso de pessoas colectivas:

- a) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem as condições previstas no artigo 4º;
- b) A aplicação de qualquer técnica de PMA fora dos centros autorizados;
- c) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem os requisitos previstos no artigo 6º;

d) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que o consentimento de qualquer dos beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no artigo 14º.

2 — A negligência é punível, reduzindo-se para metade os montantes máximos previstos no número anterior.

SECÇÃO III

Sanções acessórias

Artigo 45º

Sanções acessórias

A quem for condenado por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo pode o tribunal aplicar as seguintes sanções acessórias:

- a)* Injunção judiciária;
- b)* Interdição temporária do exercício de actividade ou profissão;
- c)* Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos;
- d)* Encerramento temporário de estabelecimento;
- e)* Cessação da autorização de funcionamento;
- f)* Publicidade da decisão condenatória.

SECÇÃO IV

Direito subsidiário

Artigo 46º

Direito subsidiário

Ao disposto no presente capítulo é aplicável, subsidiariamente, o Código Penal e o regime geral das contra ordenações.

CAPÍTULO VIII

Disposições finais

Artigo 47º

Outras técnicas de PMA

À injeção intracitoplasmática de espermatozóides, à transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no capítulo IV.

Artigo 48º

Regulamentação

O Governo aprova, no prazo máximo de 180 dias após a publicação da presente lei, a respectiva regulamentação.

Aprovada em 25 de Maio de 2006.

O Presidente da Assembleia da República, *Jaime Gama*.

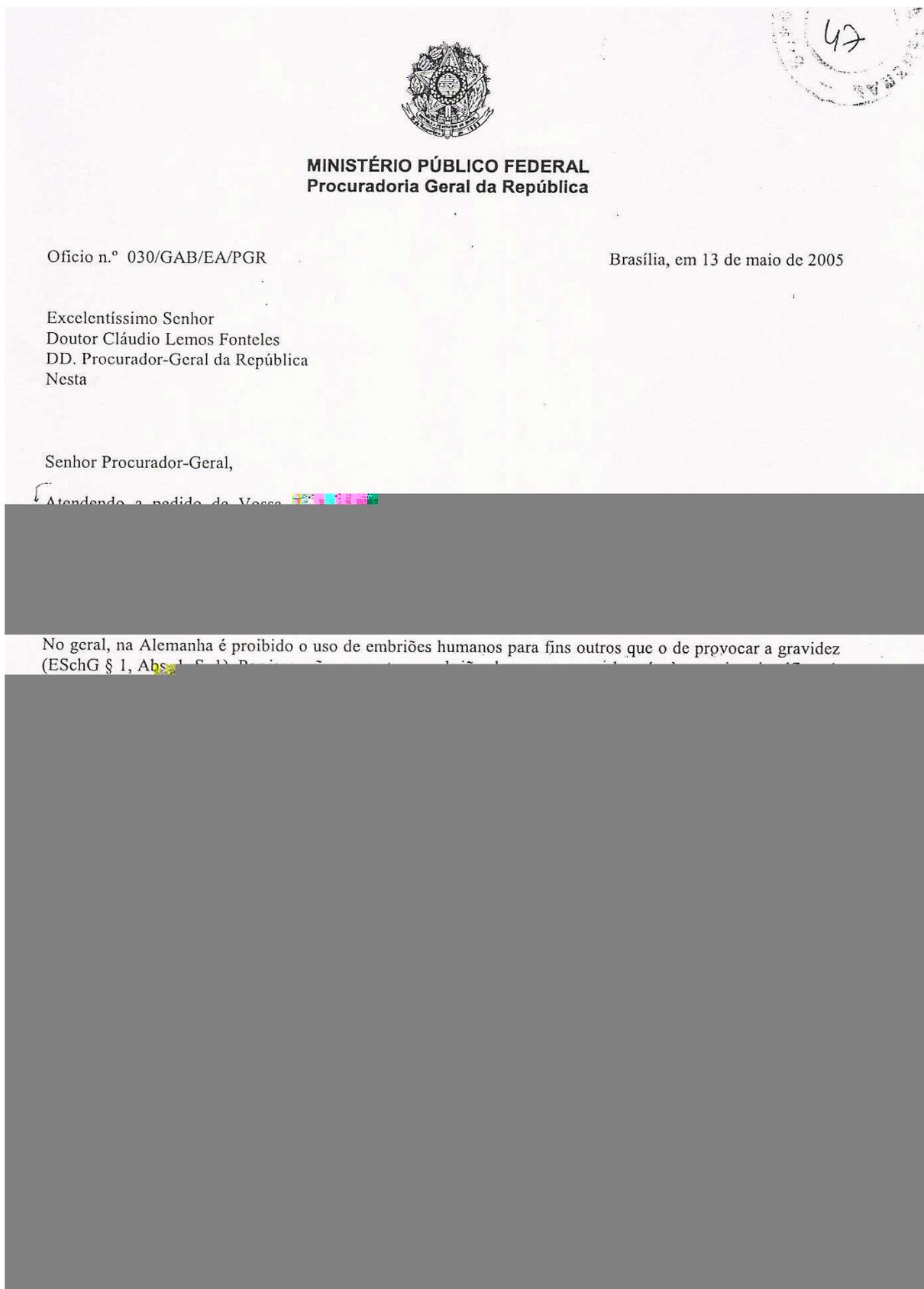
Promulgada em 11 de Julho de 2006.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 14 de Julho de 2006.

O Primeiro-Ministro, *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa*.

2. LEGISLAÇÕES DA ALEMANHÃ²⁷⁹

²⁷⁹ Lei e respectiva tradução retiradas da ação de inconstitucionalidade n° 3510, que tramita

Nationale(s) Recht/Regelungen

Gesetz

(Embryonenschutzgesetz – EschG)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Dezember 1990 – BGBl. I S. 2747

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--------------------------------------|
| § 1 Mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken | § 6 Klonen |
| § 2 Mißbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen | § 7 Chimären- und Hybridbildung |
| § 3 Verbotene Geschlechtswahl | § 8 Begriffsbestimmung |
| § 4 Eigenmächtige Befruchtung, eigenmächtige Embryoübertragung und künstliche Befruchtung nach dem Tode | § 9 Arztvorbehalt |
| § 5 Künstliche Veränderung menschlicher Keimbahnzellen | § 10 Freiwillige Mitwirkung |
| | § 11 Verstoß gegen den Arztvorbehalt |
| | § 12 Bußgeldvorschriften |
| | § 13 Inkrafttreten |

SM

ohne eine Schwangerschaft der Frau

stammt, sowie die Frau, auf die die Eizelle übertragen wird oder der Embryo übertragen werden

2. Es unternimmt, auf eine Frau ohne deren Einwilligung einen Embryo zu übertragen, oder

§ 5 Verbotene Geschlechtswahl

Wer es unternimmt, eine menschliche Eizelle mit einer Samenzelle künstlich zu befruchten, die nach dem in ihr enthaltenen Geschlechtschromosom ausgewählt worden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu

2. eine künstliche Veränderung der Erbinformation einer sonstigen körpereigenen Keimbahnzelle, die einer toten Leibesfrucht, einem Menschen oder einem Verstorbenen entnommen worden ist, wenn ausgeschlossen ist, daß

- a) diese auf einen Embryo, Fetus oder Men-



Lei para a Proteção de Embriões

(Embryonenschutzgesetz - ESchG)

1990 (BjG: Gesetz über die Verhütung der Embryonenschaffung)

2. empreende a fecundação artificial de um óvulo com um espermatozoide de uma mulher de quem o óvulo se originou;
3. empreende transferir mais de três embriões a uma mulher dentro de um [mesmo] ciclo;
4. empreende a fecundação de mais de três óvulos por via de transferência intratubar de gametas dentro de um [mesmo] ciclo;
5. empreende a fecundação de óvulos de uma mulher em quantidade superior à dos que lhe devem ser transferidos dentro de um [mesmo] ciclo;
6. retira um embrião de uma mulher antes do término da nidadação uterina, para transferi-lo a outra mulher ou para utilizá-lo com fim incompatível com sua preservação, ou

1. nos casos da parte (1), números 1, 2 e 6, a mulher de quem o óvulo ou o embrião se originaram, assim como a mulher a quem é transferido o óvulo ou deve ser transferido o embrião, e

2. nos casos

§ 3 Escolha ilícita de sexo

Quem empreende de fecundar um óvulo humano com um espermatozóide escolhido a partir do cromossomo sexual que nele se contém será punido com pena privativa de liberdade de até 1 ano ou multa. Tanto não se aplica quando a escolha do espermatozóide por médico tiver por finalidade proteger a criança da aquisição de distrofia muscular do tipo Duchenne ou de doença hereditária



nomem após sua morte.

- (2) Não será punida, no caso da parte (1), número 3, a mulher submetida à fecundação artificial.

§ 5 Modificação artificial de células de linha germinal humanas

(1) Quem modifica informação hereditária de célula de linha germinal humana será punido com pena privativa de liberdade de até 5 anos ou multa.

(2) Será igualmente punido quem utilizar uma célula germinal humana com informação hereditária artificialmente modificada para a fecundação.

(3) A tentativa é punível.

(4) A parte (1) não é aplicável a:

tiver sido extraída de um feto morto, de um ser humano ou de um cadáver, quando excluído que:

- a) esta [célula] seja transferida a um embrião, feto ou ser humano ou
 - b) desta [célula] se forme uma célula germinal, assim como
3. vacinas, tratamentos rádio e quimioterápicos e outros tratamentos, nos quais não há intenção de modificação de inf:



§ 7 Criação quimérica ou híbrida

- (1) Quem empreende
1. a unificação de embriões com diferentes informações hereditárias num único conglomerado celular com a utilização de pelo menos um embrião humano;

§ 8 Definições

(1) Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, o óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente retirada de um embrião, que, uma vez reunidas as condições necessárias, seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo.

(2) Nas primeiras vinte e quatro horas depois da fusão nuclear, o óvulo humano fecundado é tido

Só um médico pode promover:

1. a fecundação artificial;
2. a transferência de um embrião humano a uma mulher;
3. a conservação de um embrião humano, assim como de um óvulo humano, na qual um

(2) Não serão punidos no caso do § 9, número 1, a mulher, que for submetida à inseminação artificial, e o homem, cujo sêmen for utilizado numa inseminação artificial.

§ 12 Imposição de multa

Gesetz

zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang
mit Einfuhr und Verwendung

(Stammzellgesetz – StZG)

Vom 28. Juni 2002 [BGBl. I S. 2277].

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

(2) Abweichend von Absatz 1 sind die Einfuhr und die Verwendung embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken

1. sind Stammzellen alle menschlichen Zellen, die die Fähigkeit besitzen, in entsprechender Umgebung sich selbst durch Zellteilung zu vermehren, und die sich selbst oder deren Tochterzellen sich unter geeigneten Bedingungen zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung, jedoch nicht zu einem Individuum zu entwickeln vermögen (pluripotente Stammzellen),
2. sind embryonale Stammzellen alle aus Embryonen, die extrakorporal erzeugt und nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet worden sind oder einer Frau vor Abschluss ihrer Einnistung in der Gebärmutter entnommen wurden, gewonnene

der embryonalen Stammzellen offensichtlich im Widerspruch zu tragenden Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung erfolgt ist. Die Versagung kann nicht damit begründet werden, dass die Stammzellen aus menschlichen Embryonen gewonnen wurden.

§ 5 Forschung an embryonalen Stammzellen

Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen dürfen nur durchgeführt werden, wenn wissenschaftlich begründet dargelegt ist, dass

64

§ 6 Genehmigung

§ 7 Zuständige Behörde

(1) Jede Einfuhr und jede Verwendung embryonaler Stamm-

(1) Zuständige Behörde ist eine durch Rechtsverordnung des

1. den Namen und die berufliche Anschrift der für das Forschungsvorhaben verantwortlichen Person,
2. eine Beschreibung des Forschungsvorhabens einschließlich einer wissenschaftlich begründeten Darlegung, dass

(2) Für Amtshandlungen nach diesem Gesetz sind Kosten (Gebühren und Auslagen) zu erheben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Von der Zahlung von Gebühren sind außer den in § 8 Abs. 1 des Verwaltungskostengesetzes bezeichneten Rechtsträgern die

schungsvorhaben in diesem Sinne ethisch vertretbar ist und

3. eine Stellungnahme der Zentralen Ethik-Kommission für

zellenforschung werden von der Bundesregierung für die Dauer von drei Jahren berufen. Die Wiederberufung ist zulässig. Für jedes Mitglied wird in der Regel ein stellvertretendes Mitglied bestellt

(2) Abweichend von Absatz 1 können für die Aufnahme in das Register nach § 11 verwendet werden

1. die Angaben über die embryonalen Stammzellen nach § 4 Abs. 2 Nr. 1,

onale Stammzellen einführt oder verwendet. Ohne Genehmigung im Sinne des Satzes 1 handelt auch, wer auf Grund einer durch vorsätzlich falsche Angaben erschlichenen Genehmigung handelt. Der Versuch ist strafbar.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe

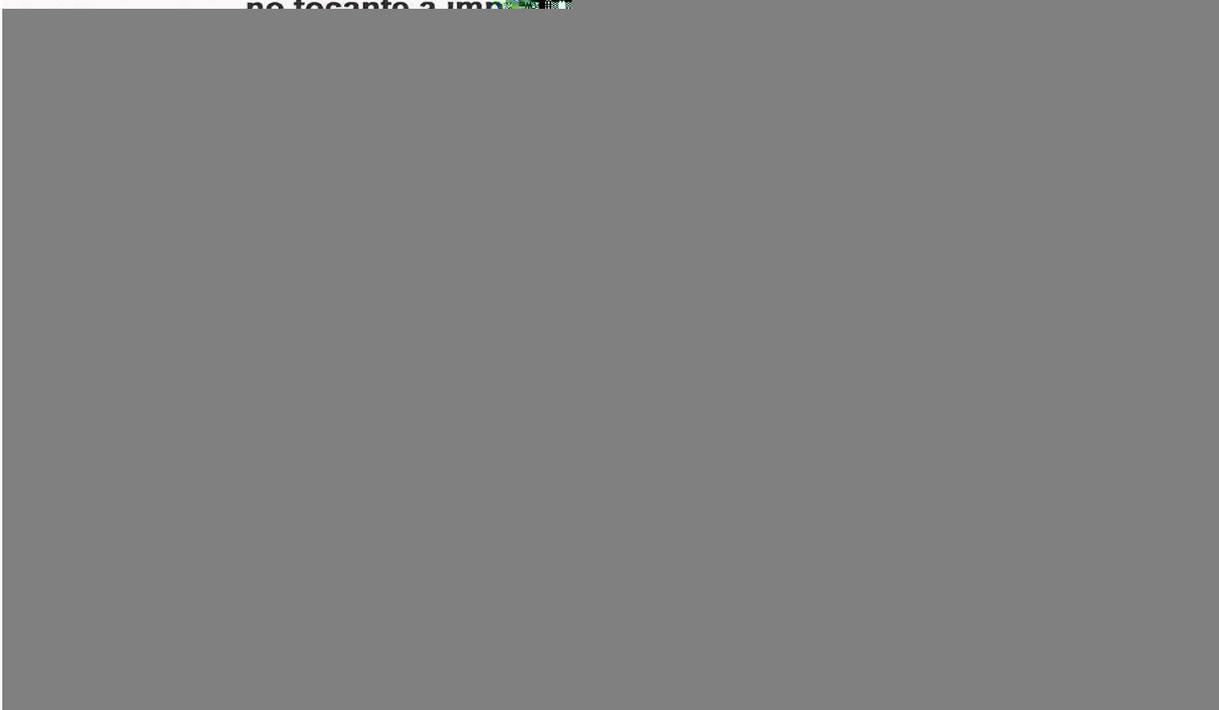
schungsvornab

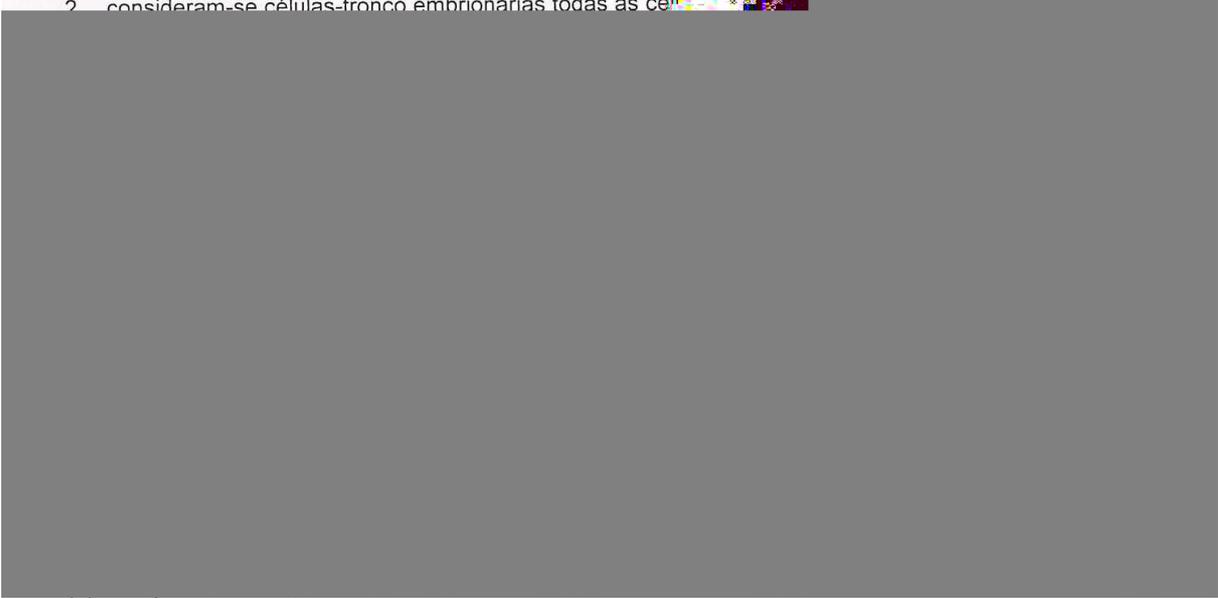
menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz - StZG) vom 28. Juni 2002 (BGBl. I S. 2277)

Der Versand unserer Texte erfolgt per Post (gedruckte Texte) bzw. per e-Mail im PDF-Format (Adobe Acrobat). Die elektronischen Textversionen genießen generell

Lei para a garantia da proteção de embriões

no tocante à im...



- 57
1. consideram-se células-tronco todas as células humanas que têm a aptidão de se multiplicar por divisão celular em ambiente adequado ou [células humanas] que podem, elas mesmas, [evoluir], ou cujas células-filhas podem evoluir, sob condições apropriadas, para células de diferentes especializações, mas que não possam evoluir [a ponto de formar] um indivíduo (células-tronco pluripotentes);
 2. consideram-se células-tronco embrionárias todas as células pluripotentes produzidas de
- 
- d. ... em condições referidas no §.6. quando
- 

2. não existirem, para a importação ou utilização das células-tronco embrionárias, outros óbices legais e, em especial, [não existirem óbices]da Lei de Proteção de Embriões.

(3) A permissão deve ser indeferida quando a produção de células-tronco embrionárias tiver sido levada a efeito em evidente contradição com princípios fundamentais da ordem jurídica alemã. O

presumivelmente se efetivar com células-tronco embrionárias.

§ 6 Permissão

(1) Toda importação e toda utilização de células-tronco embrionárias exige permissão da autoridade competente.

(2) O pedido de permissão será por feito escrito. O peticionário instruirá o pedido com as seguintes informações:

1. o nome e o endereço profissional da pessoa responsável pelo projeto de pesquisa;
2. uma descriç

num registro cientificamente reconhecido, acessível ao público e mantido por órgão público ou por órgão autorizado pelo poder público; e

b) as condições do Art. 4, parte (2), número 1 estão preenchidas com essa inscrição.

(3) A autoridade competente deve certificar de imediato ao peticionário a entrega do pedido e dos documentos que o acompanham. Ela deve desde logo requisitar o parecer da Comissão Central de Ética para a Pesquisa com Células-tronco. Após entrega do parecer, [a autoridade] deve comunicar ao peticionário seu teor e o dia e a hora da deliberação da Comissão Central de Ética para a Pesquisa com Células-tronco.

(4) A permissão deve ser dada quando:

1. as condições do § 4, parte (2), número 1, estiverem preenchidas;
2. as condições do § 5 estiverem preenchidas e o projeto de pesquisa for eticamente sustentável nesse sentido e
3. houver parecer da Comissão Central de Ética para a Pesquisa com Células-tronco. [exarado] a

Ética para a Pesquisa com Células-tronco. Se divergir do parecer da Comissão Central de Ética para a Pesquisa com Células-tronco, a autoridade competente deverá justificar a divergência.

(6) A permissão pode ser dada sob condições, com imposição de obrigações e por prazo limitado, se tanto for necessário para o preenchimento e a contínua observância das condições de permissão nos termos da parte (4). Se após dada a permissão forem constatadas circunstâncias que contrariem seus termos, pode a permissão ser parcial ou integralmente revogada com efeitos futuros, ser condicionada ao cumprimento de obrigações ou ser limitada por prazo certo, desde que tal se torne necessário para o preenchimento e a contínua observância das condições de permissão da parte (4). O pedido de reconsideração e a contestação judicial da cassação ou revogação da permissão não terão efeito suspensivo.

§ 7 Autoridade competente

(2) Para os atos administrativos previstos nesta lei são cobradas custas (taxas e emolumentos). Aplica-se a Lei sobre Custas Administrativas ["*Verwaltungskostengesetz*"]. Estão dispensados do pagamento de taxas, além dos titulares de direitos pre

das áreas de biologia, ética, medicina e teologia. Quatro especialistas serão oriundos das áreas de ética e teologia, cinco das áreas de biologia e medicina. A comissão elegerá entre seus pares o presidente e seu substituto.

(2) os membros da Comissão Central de Ética para a Pesquisa com Células-tronco serão nomeados pelo Governo Federal para mandato de três anos. A recondução é permitida. Para cada membro será, de regra, nomeado um suplente.

(3) Os membros e os suplentes serão independentes e não estarão sujeitos a ordens superiores. Eles se sujeitam ao dever de silêncio. Os §§ 20 e 21 da Lei de Processo Administrativo

§ 9 Atribuições da Comissão Central de Ética para a Pesquisa com Células-tronco

A Comissão Central de Ética para a Pesquisa com Células-tronco verifica e avalia, com base nos documentos juntados, se as condições estabelecidas no § 5 foram preenchidas e se o projeto de pesquisa é eticamente sustentável.

§ 10 Confidencialidade de informações

- (1) Os documentos do pedido a que se refere o § 6 serão tratados em confidência.
- (2) Em exceção à parte (1), podem ser usados para inclusão no registro referido no § 11
 1. as informações sobre as células-tronco embrionárias conforme § 4, parte (2), número 1;
 2. o nome e o endereço profissional da pessoa responsável pelo projeto de pesquisa;
 3. os dados fundamentais do projeto de pesquisa, especialmente uma descrição resumida do projeto de pesquisa pretendido, inclusive as razões determinantes de sua alta relevância, a instituição que deverá executá-lo e sua duração prevista.
- (3) Se o pedido for retirado antes da decisão sobre a permissão, a autoridade competente apagará os dados sobre os documentos do pedido e os restituirá.

§ 11 Registro

As informações sobre as células-tronco embrionárias e os dados fundamentais do projeto de pesquisa permitido será incluídos pela autoridade competente num registro de acesso público.

§ 12 Dever de informar

A pessoa responsável pelo projeto de pesquisa tem o dever de informar de imediato a autoridade competente sobre alterações substanciais posteriores que dizem respeito à licitude da importação ou do uso de células-tronco embrionárias. Não há interferência no disposto no § 6.

§ 13 Disposições penais

- (1) Será punido com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou multa quem importa ou utiliza

62
dolosamente falsas. A tentativa é punível.

(2) Será punido com pena privativa de liberdade de até 1 ano ou multa quem agir em desconformidade com obrigação imposta nos termos do § 6, parte (6), frase 1 ou 2.

§ 14 Multa

(1) Age em contravenção à ordem pública quem

1. deixar de fornecer informação correta ou completa contrariamente ao disposto no § 6, parte (2), frase 2 ou
2. deixar de informar corretamente, de forma completa ou tempestiva contrariamente ao disposto no § 12, frase 1.

(2) A contravenção pode ser punida com multa pecuniária de até cinquenta mil Euros.

§ 15 Relatório

O Governo Federal promoverá ao Parlamento Federal, no intervalo de dois anos e pela primeira vez após findo o ano 2002, um relatório

3 LEGISLAÇÃO DA ITÁLIA

Legge 19 febbraio 2004, n. 40

"Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"
pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004

CAPO I

PRINCÍPI GENERALI

ART. 1.

(Finalità).

1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.
2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

ART. 2.

(Interventi contro la sterilità e la infertilità).

1. Il Ministro della salute, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurre l'incidenza, può incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può altresì promuovere campagne di informazione e di prevenzione dei fenomeni della sterilità e della infertilità.
2. Per le finalità di cui al comma 1 è autorizzata la spesa massima di 2 milioni di euro a decorrere dal 2004.

3. All'onere derivante dall'attuazione del comma 2 si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

ART. 3.

(Modifica alla legge 29 luglio 1975, n. 405).

1. Al primo comma dell'articolo 1 della legge 29 luglio 1975, n. 405, sono aggiunte, in fine, le seguenti lettere:

"d-bis) l'informazione e l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita;

d-ter) l'informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare".

2. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

CAPO II

ACCESSO ALLE TECNICHE

ART. 4.

(Accesso alle tecniche).

1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.

2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:

a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;

b) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6.

3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

ART. 5.

(Requisiti soggettivi).

1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

ART. 6.

(Consenso informato).

1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.

2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.
3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.
4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione.
5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge.

ART. 7.

(Linee guida).

1. Il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.
2. Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate.

3. Le linee guida sono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1.

CAPO III

DISPOSIZIONI CONCERNENTI LA TUTELA DEL NASCITURO

ART. 8.

(Stato giuridico del nato).

1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.

ART. 9.

(Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre).

1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.

2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

CAPO IV

REGOLAMENTAZIONE DELLE STRUTTURE AUTORIZZATE
ALL'APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI PROCREAZIONE
MEDICALMENTE ASSISTITA

ART. 10.

(Strutture autorizzate).

1. Gli interventi di procreazione medicalmente assistita sono realizzati nelle strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al registro di cui all'articolo 11.
2. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano definiscono con proprio atto, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge:
 - a) i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture;
 - b) le caratteristiche del personale delle strutture;
 - c) i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse;
 - d) i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della presente legge e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture.

ART. 11.

(Registro).

1. È istituito, con decreto del Ministro della salute, presso l'Istituto superiore di sanità, il registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche medesime.
2. L'iscrizione al registro di cui al comma 1 è obbligatoria.
3. L'Istituto superiore di sanità raccoglie e diffonde, in collaborazione con gli osservatori epidemiologici regionali, le informazioni necessarie al fine di consentire la trasparenza e la pubblicità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita adottate e dei risultati conseguiti.

4. L'Istituto superiore di sanità raccoglie le istanze, le informazioni, i suggerimenti, le proposte delle società scientifiche e degli utenti riguardanti la procreazione medicalmente assistita.

5. Le strutture di cui al presente articolo sono tenute a fornire agli osservatori epidemiologici regionali e all'Istituto superiore di sanità i dati necessari per le finalità indicate dall'articolo 15 nonché ogni altra informazione necessaria allo svolgimento delle funzioni di controllo e di ispezione da parte delle autorità competenti.

6. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo, determinato nella misura massima di 154.937 euro a decorrere dall'anno 2004, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

CAPO V

DIVIETI E SANZIONI

ART. 12.

(Divieti generali e sanzioni).

1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a

10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata.

CAPO VI

MISURE DI TUTELA DELL'EMBRIONE

ART. 13.

(Sperimentazione sugli embrioni umani).

1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.
2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.
3. Sono, comunque, vietati:
 - a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;
 - b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;
 - c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;
 - d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.
4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti

concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste.

5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo.

ART. 14.

(Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni).

1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero.

6. La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

7. È disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo.

8. È consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto.

9. La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

CAPO VII

DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

ART. 15.

(Relazione al Parlamento).

1. L'Istituto superiore di sanità predispone, entro il 28 febbraio di ciascun anno, una relazione annuale per il Ministro della salute in base ai dati raccolti ai sensi dell'articolo 11, comma 5, sull'attività delle strutture autorizzate, con particolare riferimento alla valutazione epidemiologica delle tecniche e degli interventi effettuati.

2. Il Ministro della salute, sulla base dei dati indicati al comma 1, presenta entro il 30 giugno di ogni anno una relazione al Parlamento sull'attuazione della presente legge.

ART. 16.

(Obiezione di coscienza).

1. Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate.

2. L'obiezione può essere sempre revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi di cui al comma 1.

3. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.

ART. 17.

(Disposizioni transitorie).

1. Le strutture e i centri iscritti nell'elenco predisposto presso l'Istituto superiore di sanità ai sensi dell'ordinanza del Ministro della sanità del 5 marzo 1997, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 55 del 7 marzo 1997, sono autorizzati ad applicare le tecniche di procreazione medicalmente assistita, nel rispetto delle disposizioni della presente legge, fino al nono mese successivo alla data di entrata in vigore della presente legge.

2. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le strutture e i centri di cui al comma 1 trasmettono al Ministero della salute un elenco contenente l'indicazione numerica degli embrioni prodotti a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita nel periodo precedente la data di entrata in vigore della presente legge, nonché, nel rispetto delle vigenti disposizioni sulla tutela della riservatezza dei dati personali, l'indicazione nominativa di coloro che hanno fatto ricorso alle tecniche medesime a seguito delle quali sono stati formati gli embrioni. La violazione della disposizione del presente comma è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 25.000 a 50.000 euro.

3. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, le modalità e i termini di conservazione degli embrioni di cui al comma 2.

ART. 18.

(Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita).

1. Al fine di favorire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte dei soggetti di cui all'articolo 5, presso il Ministero della salute è istituito il Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il Fondo è ripartito tra le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sulla base di criteri determinati con decreto del Ministro della salute, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.
2. Per la dotazione del Fondo di cui al comma 1 è autorizzata la spesa di 6,8 milioni di euro a decorrere dall'anno 2004.
3. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero medesimo. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

CÓPIA

*EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL:*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Protocolo
e Baixa de Processos
30/05/2005 14:50 65132



ADI - 3510



n.º

2

deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É verdade a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

II Dos textos jurídicos invocados pelo proponente, retira-se

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.

III – Da fundamentação por Inconstitucionalidade material:

1. A tese central desta petição afirma que **a vida humana** acontece **na, e a partir da, fecundação**.

Assim, a lição do Dr. Dornival da Silva Brandão, espec...

momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as

mac. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma "matéria germinante". **Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma "pessoa em potencial"** que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Porque? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que sem?

n.º

4

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 simples 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).

n.º

5

Para não se dizer que se trata de conceitos ultrapassados verifiquei que TODOS os textos de Embriologia Humana consultados (Anexo

"O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. **Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único.** (Keith Moore e T.V.N Persaud – The Developing Human, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – pg.18

7.

Anexo quadro esquemático

n.º

6

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. **No tutano dos ossos tem-se a produção**

12. Princípa por apresentar **quadro real** de tratamento de pacientes, **curados** da enfermidade de Crohn, **verbis**.

células adultas en el tratamiento de las fístulas que aparecen en los pacientes con enfermedad de Crohn.

Damián, Gerardo Olmos, En. dt.

celular no produjo en ningún momento fenómenos de rechazo. 4§.- No se ha producido un crecimiento celular incontrolado que suponga riesgo tumoral. 5§.- Los efectos reparadores de esta terapia parecen comenzar al cabo de 4-8 semanas de la inyección.

13. Depois, **demonstra a superação do preconceito científico contra as células-tronco adultas**, a partir do trabalho da Professora Catherine Verfaillie. De se ler, **verbis**:

--En qué punto esta actualmente la investigación con células madres adultas?

--El año 2002...

n.º

8

diferenciarse en prácticamente todos los tipos celulares conocidos

un simposio que se celebrará en el Hospital Universitario La Paz el próximo 18 de marzo.

--Sin entrar en consideraciones éticas sino con los resultados clínicos en la mano, cree que la presión de algunos sectores por potenciar y dotar de recursos la investigación con embriones obedece a una real expectativa de obtener resultados o se mezclan en el tema cuestiones diversa a las meramente científicas?

“Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, o **óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente** retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, **seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo.**”

No geral, na Alemanha é proibido o uso de embriões humanos para fins outros que o de provocar a gravidez (ESchG § 1, Abs. 1, S. 1). Por isso, não se prestam, embriões humanos, naquele país, à pesquisa científica. A lei de proteção a embriões humanos também proíbe expressamente a clonagem humana (ESchG, § 6, Abs. 1). Isso vale também para a chamada “clonagem terapêutica”, visto que, para os efeitos da ESchG, considera-se embrião humano toda célula totipotente, já no seu estágio mais primário, da fusão nuclear (§ 8, Abs. 1).

Diferente é, pela legislação alemã, a situação de células-tronco embrionárias pluripotentes, ou seja, aquelas que não

n.º

10

definitivo não se prestaram a tal finalidade por razão

Experimental Embryology, Polish Academy of Science, Jastrzebiec, Poland, (Cf. *Nature*. 2005 Mar 17;ai434 (7031): 391-5, *Development*. 2005 Feb; 133(2): 1-5)

n.º

11

totipotente, vale dizer, capacita-se, ele próprio, ser humano

importa, aqui, reproduzir o pensamento do Dr. Gonzalo Herranz, 'Diretor do Departamento de Humanidades Biomédicas da Universidade de Navarra, **verbis:**

“El núcleo ético del argumento es este: no todos los seres humanos son iguales, pues unos tienen más valor y más dignidad que otros. En concreto, ciertos seres humanos, y los embriones congelados caducados se cuentan entre ellos, vale decir, entre los seres humanos”

La humanidad ha madurado trabajosamente la idea de que a todos los miembros de la familia humana se ha de conferir la misma dignidad, aunque sus ideas o su apariencia difieran radicalmente de las propias.”

(El sacrificio de prisioneros de guerra y los embriones congelados –
Diario Médico – 6.11.02)

21. E, conclusivo, verbis:

Las vidas humanas no valen menos porque nadie las llore. La saturación de tragedias que nos revela el telediario cada día está quemando nuestras reservas de compasión. Nuestra capacidad de comprender y emocionarnos no nos alcanza para conmovernos por los que mueren a consecuencia de catástrofes naturales, accidentes, crímenes terroristas o no, sobre todo si ocurren lejos de nosotros. **No se llora por los embriones que se pierden espontáneamente o que**

ticamente decisivos. Y una cosa es reconocer lo inevitable de su muerte absurda que pone fin a una existencia todavía más absurda, y otra muy distinta es consentir en su sacrificio en el altar de la ciencia y

1. Advindas informações do Congresso N

5. Professora Lilian Piñero Eça;
6. Professor Dalton Luiz de Paula Ramos;
7. Professor Dernival da Silva Brandão;
8. Professor Herbert Praxedes; e
9. Professor Rogério Pazetti.

Brasília, 16 de maio de 2005

5. PROJETO DE LEI DE HIDEKAZU TAKAYAMA²⁸⁰

PROJETO DE LEI Nº _____, DE 2005

(Do Sr. HIDEKAZU TAKAYAMA)

Altera a redação do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º Utilizar, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embrião humano produzido por fertilização *in vitro* e não utilizado no respectivo procedimento:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§1º É irrelevante, para a caracterização do crime, a inviabilidade do embrião, o consentimento dos genitores ou o tempo em que tenha permanecido congelado.

§2º Fazer comércio do material biológico a que se refere este artigo, ou promover, intermediar, facilitar ou auferir qualquer vantagem com a transação:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

§3º O condenado incorre na interdição para o exercício da medicina ou da enfermagem, enquanto durarem os efeitos da condenação, sem prejuízo do disposto no art. 92 do Código Penal . (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

²⁸⁰ Disponível em <www.camara.gov.br/sileg/integras/303685.htm>, acessado em 30/06/06.

JUSTIFICAÇÃO

A aprovação da Lei de Biossegurança (Projeto de Lei 2401/2003) pelo plenário da Câmara dos Deputados, em 2 de março de 2005, foi precedida de inúmeros discursos em favor da “ciência” e contra o “fundamentalismo” moral e religioso, que serve apenas para enterrar o progresso. Aos deficientes físicos trazidos para a sessão legislativa foi oferecida a “esperança” de que, no futuro, as pesquisas feitas com a destruição de embriões humanos poderão trazer a cura de suas doenças.

A vitória da “ciência” contra as “trevas” da religião foi comemorada com uma emoção que chegou até às lágrimas. Finalmente os cientistas, libertos de preconceitos morais, poderão fazer progredir a Medicina.

Alguém poderia dizer que os eventuais sucessos de tais pesquisas não podem ser obtidos à custa do extermínio de 30 milhões de seres humanos congelados. No entanto, os defensores da utilização de células-tronco embrionárias já têm a resposta pronta: aqueles embriões não são humanos. São “subumanos”. Por quê? Porque ainda não têm o tubo neural, que se começa a formar a partir do 14º dia de gestação. São lixo descartável. E melhor que jogá-los fora é destruí-los para fins científicos.

Até hoje, os resultados obtidos em pesquisas envolvendo a morte de embriões humanos – nos países em que isso é permitido – tem sido desalentadores. Os experimentos têm demonstrado que as células-tronco embrionárias humanas, além de serem rejeitadas pelo organismo receptor, são causa frequente de tumores. Se há alguma “esperança” de sucesso com tais práticas imorais, ela é muito remota. É o que relata a Dra. Lygia da Veiga Pereira, Livre-docente e chefe do Laboratório de Genética Molecular do Departamento de Biologia e Centro de Estudos do Genoma Humano, da USP, totalmente insuspeita por ser favorável ao uso dos embriões humanos:

*“Dra. Lygia, com a aprovação do Projeto de Lei de Biossegurança pela Câmara dos Deputados, quantos pacientes sairão das filas de transplantes?” Gelei com a pergunta feita em entrevista ao vivo, no dia seguinte à aprovação do uso de embriões humanos para a extração de células-tronco (CTs) embrionárias. Ela sintetizava toda a expectativa que a luta por essa aprovação gerou no último ano. Respirei fundo e respondi: “**Nenhum...**”. Nenhum hoje, nenhum até mesmo nos próximos anos. Mas quem sabe muitos no longo prazo, agora que podemos trabalhar com CTs embrionárias humanas no Brasil. **Talvez um certo sensacionalismo faça parte do jogo e tenha sido importante para mobilizar a sociedade e os parlamentares e levar à aprovação do PL de Biossegurança** (Por enquanto, apenas um fio de esperança. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 06 mar. 2005, Caderno Aliás, p. J 3. Os grifos são nossos).*

Ao contrário, as células-tronco **adultas**, retiradas da medula óssea, do cordão umbilical ou da placenta, têm apresentado ótimos resultados. A verdadeira esperança está nas células-tronco **adultas**, cujo transplante já regenerou o tecido de inúmeros doentes. Convém dizer e repetir: **as células-tronco embrionárias humanas até hoje não trouxeram a cura de qualquer doente.**

Há então razão para alguém festejar a aprovação da Lei de Biossegurança?

Nenhum, por isso que se justifica o presente Projeto de Lei, que vem em boa hora, para restaurar a ordem perturbada pelos defensores do uso criminoso de células-tronco embrionárias.

Alterando o art. 5º da Nova Lei de Biossegurança, exatamente aquele que permitiu, no primeiro momento, o genocídio dos inocentes, o Projeto torna crime inafiançável a pesquisa que se tentou autorizar.

O novo *caput* do art. 5º passa a punir, com reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa, o simples fato de “*utilizar, para fins de pesquisa*

e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embrião humano produzido por fertilização in vitro e não utilizado no respectivo procedimento”; o uso das células-tronco fica inteiramente interdito, devendo ressaltar que o Projeto fala em “*embrião*” em lugar de “*embriões*”, como reza a atual redação, para que o tipo penal possa configurar-se ainda que o crime tenha por objeto *um único embrião humano*.

O §1º do novo art. 5º considera “*irrelevante, para a caracterização do crime, a inviabilidade do embrião, o consentimento dos genitores ou o tempo em que tenha permanecido congelado*”; enquanto a redação dada pelo Substitutivo do Senado Federal à Nova Lei de Biossegurança exija o concurso daquelas três condições para autorizar-se o uso das células-tronco, o Projeto, com a salutar finalidade de espantar todas as dúvidas que possam surgir sobre sua interpretação, declara irrelevante a ocorrência ou não dos critérios que antes autorizariam a experiência.

Já o §2º, enfim, dispõe sobre a forma qualificada de “*fazer comércio do material biológico a que se refere este artigo, ou promover, intermediar, facilitar ou auferir qualquer vantagem com a transação*”, prevendo a pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa para aquele que pretender bancar o *mercador da morte*, explorando o torpe comércio de seres humanos.

O §3º, enfim, determina a interdição do exercício da medicina ou da enfermagem ao condenado, enquanto durarem os efeitos da condenação, sem prejuízo da aplicação de outras restrições previstas no art. 92 do Código Penal. Contamos com a aprovação dos ilustres pares à iniciativa exposta com esta proposição.

Sala das Sessões, em de maio de 2005.

Deputado **HIDEKAZU TAKAYAMA**

PMDB/PR

POSIÇÃO DAS PESQUISAS DE CÉLULAS-TRONCO

Resumidamente, analisando a tabela elaborada por Patrícia Simões de Oliveira²⁸¹, a situação das experiências com células-tronco embrionárias é a que segue abaixo:

ONDE JÁ COMEÇOU A PESQUISA – Países que autorizam experimentos com células-tronco embrionárias	
ÁFRICA DO SUL *liberada a pesquisa	GRÉCIA * liberada a pesquisa
ALEMANHA * Autoriza a pesquisa com células embrionárias, desde que as linhagens estudadas sejam trazidas do exterior e tenham sido criadas antes de 1º de janeiro de 2002. É preciso requerer uma autorização para importar as linhagens. A rigor, a lei inviabiliza o desenvolvimento dessa área de pesquisa.	FRANÇA * Em agosto de 2004, uma revisão da lei de bioética autorizou, pelo período de cinco anos, o início de pesquisas com células embrionárias a partir de material excedente mantido em clínicas de reprodução artificial. A clonagem terapêutica permanece vetada.
ARGENTINA * liberada a pesquisa	HOLANDA * liberada a pesquisa
CORÉIA DO SUL * Em fevereiro de 2004, uma equipe sul-coreana foi a primeira do mundo a conseguir clonar embriões humanos	REINO UNIDO * Desde o início de 2002, permite a pesquisa com células-tronco embrionárias especialmente criadas para

²⁸¹ Patrícia Simões de Oliveira. *Medicina regenerativa e a problemática jurídica relacionada à clonagem terapêutica a partir de células-tronco embrionárias humanas*. São Paulo: monografia apresentada ao curso de bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2005, p. 129-130.

e deles extrair células-tronco embrionárias. No entanto, apenas no final de 2004 o governo de Seul definiu oficialmente sua política para

	Proíbe-se a clonagem terapêutica.
<p>ESTADOS UNIDOS</p> <p>* apenas com dinheiro de empresas privadas; Desde agosto de 2001, o presidente George Bush só destina verba federal a estudos feitos com as poucas linhagens de células-tronco embrionárias que haviam sido criadas até aquela data. Mas os estados têm autonomia para criar leis próprias e a iniciativa privada também pode bancar as pesquisas. No ano passado, a Califórnia aprovou US\$ 3 bilhões para estudos com células embrionárias e clonagem terapêutica.</p>	<p>BRASIL</p> <p>* A Lei de Biossegurança legaliza a pesquisa com células-tronco embrionárias se extraídas de embriões excedentes, não utilizados para fins reprodutivos por casais com problemas de infertilidade, desde que se encontrem congelados há três anos. É preciso consentimento do casal que gerou os embriões para que eles sejam destinados à ciência. Embriões inviáveis para a reprodução humana também podem ir para a pesquisa. Proíbe-se a clonagem terapêutica.</p>
<p>FINLÂNDIA</p> <p>* liberada a pesquisa</p>	<p>SUÉCIA</p> <p>* liberada a pesquisa</p>

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editora Tecnos, 1998 (67)

AL, Taylor. Globalization and biotechnology: UNESCO and an international strategy to advance human rights and public health. *American Journal of Law & Medicine*, 1999.

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução Assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 34, fev./mar., 2006.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil. *Revista de informação legislativa n° 97*. Brasília.

_____. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Bioética e dano pré-natal. *Revista do advogado n° 58*.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Estratto da "Roma e América. Diritto romano comune*.

ARCHER, Luís, BISCAIA, Jorge e OSWALD, Walter (Coord.). *Novos desafios à bioética*. Portugal: Porto Editora, 2001.

AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* nº 53. Out/Dez. São Paulo: RT, 2005.

AZEVÊDO, Eliane Elisa de Souza e. *O direito de vir a ser após o nascimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

BAKER & ALLEN. *Estudo da biologia*. Trad. Elfried Kirchner. São Paulo: Editora Edgard Blucher, 1975.

BARBOZA, Heloísa Helena e BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BARCHIFONTAINE, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Trad. Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1953.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação – reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Trad. Nicolas Nymi Campanário. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A prova do dano moral trabalhista. *Revista do advogado*, ano XXII, nº 66, junho 2002.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHAVES, Maria Claudia. Os embriões como destinatários de direitos fundamentais. *Revista Forense*, v. 378, Rio de Janeiro: Forense, 2005 (março/abril).

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Romana Jurídica, 2004.

DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: EDIPRO, 1999.

_____. Proposta de regulamentação sobre células-tronco embrionárias para usos científicos e terapêuticos no Projeto de Lei de Biossegurança (versão aprovada na Câmara dos Deputados) – necessidade de ponderação acerca dos preceitos constitucionais.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Dicionário jurídico*. v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O estado atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Questões jurídicas da fertilização “in vitro”. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*. São Paulo: vol. 1, nº 2, Julho/01.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia Y la libertad individual*. Barcelona: Editora Ariel, 1993.

ENGELHARDT, H. Tristan. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

ESPINOSA, Jaime. *Questões de bioética – 1. O embrião humano*. Disponível em http://.quadrante.com.br/Pages/especiais020905_print.asp?id=152, acessado em 06/03/07.

_____. *Questões de bioética – 2 Células-tronco*. Disponível em: http://www.quadrante.com.br/Pages/especiais031005_print.asp?id=168, acessado em 03/01/07.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. São Paulo: *Revista de Estudos Avançados da USP*. Publicação quadrimestral do Instituto de Estudos Avançados da USP. v.18, nº 51, maio/agosto 2004.

FERREIRA, Alice Teixeira et al. *Vida: o primeiro direito da cidadania*. Goiânia: Gráfica e Editora Bandeirante, 2005.

FILHO, Sérgio Cavaleiri. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Células-tronco embrionárias – aspectos éticos*. Disponível em www.medicinalegal.com.br, acessado em 15/07/06.

FRANCO, Alberto Silva. *Genética humana e direito*. Disponível em <www.cfm.org.br/revista/411996/genet.htm>, acessado em 10/02/2007.

FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Trad. de Plauto Faraco

_____. *Introdução ao direito civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HANS, Jonas. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Tradução de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Tradução de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997.

JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.

JUDENSNAIDER, Ivy. *Sob o arco-íris*. Disponível em <http://www.arscientia.com.br/materia/ver_materia.php?id_materia=132>, acessado em 28/10/06.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, nº 38, dez 1992.

_____. *Princípios gerais do direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil (introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos)*. v. 1. São Paulo: Livraria Freitas Bastos SA, 1953.

LÓPEZ, P. J. Femenía. *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso Avançado de Direito Civil: parte geral*. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOUZADA, Nielson Toledo. *Tutela jurídica do embrião humano*. São Paulo: tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de e SOUZA, Tatiana Ribeiro de. O direito do nascituro: vida e pessoa. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 34, fev./mar., 2006.

MALHERBE, Jean-François. Estatuto personal del embrión humano: ensayo filosófico sobre el aborto eugenésico. *Federación Internacional de Universidades Católicas*. La vida humana, origen y desarrollo. Barcelona: Instituto Borja de Bioética, 1989.

MALUF, Edison. *Manipulação genética e o direito penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamento do direito natural à vida. *Revista dos Tribunais* n° 623. Setembro de 1987.

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

MELARÉ, Márcia Regina Machado. A vida começa na fecundação? *Jornal do advogado* n° 301.

_____. *Pesquisa com células-tronco para uma vida melhor*. Disponível em: < <http://www.saraivajur.com.br>>, acessado em 19/09/06.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral: tomo I: introdução, pessoas físicas e jurídicas*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral: tomo III: introdução, pessoas físicas e jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTORO, André Franco e FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

_____. *Cultura dos Direitos Humanos. Revista Literária de Direito*. Ano V, nº 25, setembro/outubro de 1998.

MOORE, Keith. *Embriologia básica*. Trad. Fernando Simão Vugman. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 34, fev./mar., 2006.

MOSER, Antônio e SOARES, André Marcelo M. *Bioética: do consenso ao bom senso*. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

_____. *Biotecnologia e bioética: para onde vamos?* Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

MUTO, Eliza e NARLOCH, Leandro. O primeiro instante. *Super Interessante*, nº 219, nov/2005.

NÉRI, Demétrio. *A bioética em laboratório*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. *Estratto da <<Roma e América. Diritto romano comune>>*

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Gabriel Wolf e AYER, Reinaldo (Org.). Doente terminal. Destino de pré-embriões. Clonagem. Meio ambiente. *Série cadernos de bioética*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2005

OLIVEIRA, Mll. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, Patrícia Simões de. *Medicina regenerativa e a problemática jurídica relacionada à clonagem terapêutica a partir de células-tronco embrionárias humanas*. São Paulo: monografia apresentada ao curso de bioética da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2005.

ORGAZ, Alfredo. *Personas Individuales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947.

PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

PESSINI, Léo. *Bioética: um grito por dignidade de viver*. São Paulo: Paulinas, 2006.

_____ e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2000

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONDÉ, Luiz Felipe. A vida começa na fecundação? *Jornal do advogado* nº 301.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. *Células-tronco*. <http://www.ghente.org/temas/celulas-tronco/artigos_dalton.htm>, acessado em 10/10/07.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Clones, gens e imortalidade - o futuro da reprodução humana assistida: aspectos jurídicos e bioéticos. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Ano 1. v. 1 - nº 2. Julho/01.

_____. *Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza e HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in vitro” – da bioética ao biodireito*.

SEGRE, Marco e COHEN, Cláudio (Org.). *Bioética*. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

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

SERRÃO, Daniel. *Uso de embriões humanos em investigação científica*. Elaborado sob solicitação do Ministério da Ciência e do Ensino Superior Secretaria de Estado da Ciência e Tecnologia em fevereiro de 2003.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*, trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, Edson Ferreira da. Direitos da personalidade – Os direitos da personalidade são inatos? *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: LTr, 2002.

SINGER, Peter. *Ética e prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

SOARES, André Marcelo M. e PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito: uma introdução*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias *et al.* *Biossegurança e biodiversidade; contexto científico regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VASCONCELOS, Cristiane. Embriões excedentes: breves considerações para o direito penal-constitucional. *Carta Forense*. Ano V, nº 45, fevereiro de 2007.

VIEIRA, Maria Helena. Questões jurídicas da fertilização “in vitro”. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Ano 1. vol 1 - nº 2. Julho/01

VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.). *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.

WEISS, Rick. O poder de dividir. *National Geographic*, julho de 2005.

ZATZ, Mayana. *Clonagem e células-tronco*. Disponível em: <http://www.scielo.br>, acessado em 08/08/06.

Sites acessados:

<<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo122.shtml>>, acessado em 23/01/07.

<<http://www.sbrh.med.br/noticias.php?codigo=4>>, acessado em 24/10/03.

<<http://www.catolicismo.com.br>>.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)