

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR

**MANIPULAÇÃO GENÉTICA HUMANA: O CONTROLE
JURÍDICO DA UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES EM PESQUISAS
CIENTÍFICAS**

CURITIBA

2010

RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR

**MANIPULAÇÃO GENÉTICA HUMANA: O CONTROLE
JURÍDICO DA UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES EM PESQUISAS
CIENTÍFICAS**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Eduardo de Oliveira Leite

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR

MANIPULAÇÃO GENÉTICA HUMANA: O CONTROLE JURÍDICO DA UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES EM PESQUISAS CIENTÍFICAS

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador:

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dra. Silvana Carbonera
Universidade Positivo

Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva
Universidade Federal de Santa Catarina

Curitiba, 21 de junho de 2010

Aos meus pais, exemplos de perseverança e caráter;

Ao Jorge,

sempre companheiro, mesmo à distância, por compreender a
importância deste trabalho para a nossa vida;

Aos meus irmãos e ao Ronnie, sempre incentivadores desta batalha;

À Lelê, recentíssima integrante da família, que enche nossa vida de
felicidade

SUMÁRIO

RESUMO.....	ix
ABSTRACT	x
 INTRODUÇÃO.....	 01
 PARTE 1 – A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA PELO DIREITO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
 CAPÍTULO 1 - O DIREITO À VIDA.....	 06
1.1 ESSENCIALIDADE DO DIREITO À VIDA.....	06
1.1.1 Acepções da expressão vida	06
1.1.2 Teorias acerca do início da vida para o Direito e a proteção da vida humana nascente: situação dos embriões humanos.....	14
1.1.2.1 Teorias Genético-Desenvolvimentistas: pré-embrião, nidacão, natalista e personalidade condicional.....	18
1.1.2.2 Teoria Concepcionista.....	21
1.1.3 As teorias sobre o início da vida na visão do Supremo Tribunal Federal: o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510	34
1.1.4 A possibilidade de utilização de embriões para pesquisas científicas: análise dos votos favoráveis à manutenção do dispositivo da Lei de Biossegurança	35
1.1.5 As necessárias condições para a manipulação de embriões humanos: os votos com ressalvas	44
1.2 DA “SUBSERVIÊNCIA” AO MERCADO TECNOLÓGICO: PROTEÇÃO AO SUJEITO.....	51
1.2.1 A limitação do conceito de pessoa e o desenvolvimento jurídico de sua proteção	51
1.2.2 Modernidade, pós modernidade e o sujeito	59
1.2.3 Os novos sujeitos hominescentes.....	61
1.2.4 O embrião como sujeito de direitos: sua necessária proteção.....	63
1.2.5 Os sujeitos e a noção de pessoa para o biodireito: necessidade de releitura nas nas perspectivas de Michel Foucault e Niklas Luhmann.....	70
1.2.5.1 A contribuição de Michel Foucault para a construção da noção de sujeito.....	71

1.2.5.2 A teoria de Niklas Luhmann e sua contribuição para uma visão diferenciada do sujeito.....	73
1.2.5.3 A necessidade de releitura da idéia de sujeito e de pessoa humana à luz dos limites da bioética	79
1.3 DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	83
1.3.1 A Lei de Biossegurança e suas diretrizes para o uso de embriões humanos.....	83
1.3.2 Críticas à Lei de Biossegurança.....	84

CAPÍTULO 2 - AS DIMENSÕES DE DIREITOS E OS AVANÇOS DA CIÊNCIA GENÉTICA 88

2. 1 AS DIMENSÕES DE DIREITOS NA VISÃO CONSTITUCIONAL.....	88
2.1.1 Gerações ou dimensões de direitos.....	88
2.1.2 Os avanços da ciência genética – direitos de quarta dimensão.....	93
2. 2 EVOLUÇÃO DA GENÉTICA E SUA TUTELA.....	97
2.2.1 A ciência genética: seus avanços e implicações para o Direito.....	97
2.2.2 A identidade e proteção dos embriões humanos à luz do Biodireito.....	104

PARTE II – OS DIREITOS DE PERSONALIDADE, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O EMBRIÃO HUMANO

CAPÍTULO 1: O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....116

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	116
1.1.1 Antecedentes históricos da dignidade da pessoa humana no mundo ocidental.....	118
1.1.2 Dimensões da dignidade da pessoa humana.....	123
1.1.3 A dignidade da pessoa humana no direito internacional e constitucional pátrio.....	126
1.2 APLICABILIDADE DO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE AO EMBRIÃO HUMANO.....	130
1.2.1 O embrião como titular de dignidade.....	130
1.2.2 As consequências em relação à manipulação genética.....	131

CAPÍTULO 2: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM DEFESA DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTADO: A AUTONOMIA CORPORAL.....133

2. 1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	133
2.1.1 Personalidade	133
2.1.2 Classificação	137

2.1.3Características	141
2.1.4 Direito à incolumidade ou à integridade física.....	150
2.2 A DISPONIBILIDADE CONTROLADA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	153
2.2.1 Disponibilidade dos direitos de personalidade e o embrião humano	153
2.2.2 A teoria da disponibilidade controlada.....	154

PARTE III – A MANIPULAÇÃO DE EMBRIÕES À LUZ DO DIREITO: OS VAZIOS JURÍDICOS E A NECESSIDADE DE RELEITURA DAS NORMAS PERTINENTES

CAPÍTULO 1 A BIOTECNOLOGIA A SERVIÇO DA VIDA: LIMITES E POSSIBILIDADES	157
1 A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO BIOTECNOLÓGICO: AS PESQUISAS ENVOLVENDO CÉLULAS-TRONCO.....	157
1.1.1Novos experimentos	158
1.1.2 As técnicas atualmente utilizadas e sua vinculação com a necessidade de proteção embrionária	162
1.2 DICOTOMIA ENTRE AS PESQUISAS ENVOLVENDO EMBRIÕES E AS PESQUISAS ENVOLVENDO CÉLULAS ADULTAS	169
1.2.1 As células tronco	169
1.2.2 Células embrionárias <i>versus</i> células adultas.....	171
1.2.2.1 A necessidade de cautela: posicionamento da Professora Lygia Pereira.....	171
1.2.2.2 A necessidade de permissão de manipulação envolvendo embriões: a posição de Mayana Zatz	172
1.2.2.3 Uma alternativa: a possibilidade de utilização das células-tronco adultas: o pensamento de Lilian Piñeros Eça.....	174
1.2.3 A dissonância entre a real demanda popular e o discurso jurídico: a base para um novo regramento.....	177

CAPÍTULO 2 INSTRUMENTOS ÉTICOS E JURÍDICOS EM CONSTRUÇÃO: UMA PROPOSTA DE CONTROLE DA MANIPULAÇÃO REALIZADA COM EMBRIÕES.....	184
2.1. A QUESTÃO ÉTICA DA MANIPULAÇÃO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO E A INSUFICIÊNCIA DAS NORMAS	184
2.1.1 O papel da Bioética.....	184
2.1.2 A insuficiência das normas meramente deontológicas.....	191

2.2 A QUESTÃO JURÍDICA DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA E A NECESSIDADE DE RELEITURA DAS NORMAS EXISTENTES.....	193
2.2.1 O papel do Biodireito.....	193
2.2.2 A construção de uma proposta jurídica protetiva ao embrião humano.....	197
2.3. OS “LIMITES DO CONTROLE”: A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ÓRGÃO DE CONTROLE PARA AS MANIPULAÇÕES ENVOLVENDO EMBRIÕES HUMANOS E SUAS PERSPECTIVAS.....	198
2.3.1 A base para um novo regramento	198
2.3.2 A sugestão de criação de um órgão de controle: limites e possibilidades.....	209
CONCLUSÃO	220
REFERÊNCIAS	226
ANEXOS.....	240

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

RESUMO

A pesquisa envolvendo a biotecnologia vem sendo alvo de discussões acirradas, porquanto se sabe que os novos conhecimentos produzidos por essa área são passíveis de provocar radicais transformações no trato do homem com a vida, incluindo aí mudanças de concepção sobre a própria vida humana e adoção de novas práticas destinadas a preservá-la, prolongá-la ou alterá-la. O interesse coletivo no progresso da ciência médica de um lado e o interesse individual, o respeito à pessoa humana, em seus bens existenciais de vida, dignidade e integridade física etc., de outro, exigem um repensar sobre o uso das modernas tecnologias e uma regulamentação jurídica de seus limites, especialmente em se tratando do embrião humano, dotado de individualidade, autonomia e *status* jurídico próprio. A tese tem como núcleo central a necessidade de controle jurídico na realização de manipulações genéticas, envolvendo embriões humanos. Para tanto, inicia-se o estudo apresentando a proteção da vida humana pelo direito, as dimensões de direitos e os avanços da ciência genética, para em seguida, tratar da aplicabilidade dos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana ao embrião humano. Por fim, procede uma releitura das normas jurídicas pertinentes à manipulação embrionária, apresentando os limites e possibilidades do controle, por meio de instrumentos éticos e jurídicos em construção.

Palavras-chave. Manipulação genética. Embriões humanos. Dignidade da pessoa Humana. Limites. Possibilidades.

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

ABSTRACT

The research involving the biological technology is being focus of intransigent discussions, since it is known that the new knowledge produced by that area are susceptible to cause radicals transformations in the man's treatment with life, including change of paradigms about the own human life and adoption of new practices destined to preserve her, to prolong her, to alter her. The collective interest presents in the developing progress of the medical science that exists looking at one side of the question and the individual interest, the respect to the human being, the respect of their individual rights, the respect of their dignity and physical integrity., , demand to rethink about the use of the modern technologies and a juridical regulation to fix secure limits.

Especially in the case of the human embryo, provided with individuality , autonomy and its own legal status. The thesis is a core need of legal control in the conduct of genetic engineering involving human embryos. To do so, begins the study by presenting the protection of human life by the law, the dimensions of rights and advances in genetic science, for then, address the applicability of the personal rights and dignity of the human embryo. Finally, proceed to revisit the legal rules relevant to embryo manipulation, showing the limits and possibilities of control through instruments of ethical and legal construction.

Keywords.: Gene manipulation. Embryo. Dignity. Limits. Possibilities.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador que, quando há mais de dez anos estive na Universidade Estadual de Londrina, em evento que tratou da temática do Biodireito, foi o responsável para que eu me encantasse com a área. Não poderia deixar de agradecer sua presteza, dedicação, gentileza e seu exemplo de conduta, refletido nas inúmeras vezes que me recebeu em seu escritório e na precisa e incansável correção da tese. É o modelo que pretendo, modestamente, seguir com meus alunos de graduação, principalmente pela lição mais importante que deixou: a seriedade e disponibilidade ilimitada na orientação;

Ao Professor Eroulths pela disponibilidade, gentileza e pelo brilhantismo. Foi uma honra ter sido sua aluna e ter tido contato com seus ensinamentos. Isso levarei por toda a vida, com orgulho;

À Professora Silvana, que antes apenas conhecia por meio de seus encantadores textos e que me surpreendeu ainda mais pela sua postura e seu constante auxílio, a partir do exame de qualificação, demonstrando exercer com maestria a função docente;

Ao Professor Elimar Szaniawski, cujas obras tive o prazer de acompanhar desde a época da especialização em Direito Civil na Universidade Estadual de Londrina, onde é referência na temática dos direitos de personalidade e que se tornou um dos principais marcos teóricos do trabalho. Sua participação engrandece minha pesquisa;

Ao Professor Reinaldo Pereira e Silva, pela gentileza em aceitar compor a minha banca. A leitura de seus textos fez-me ter a certeza de sua preocupação com o tema, bem como me auxiliou grandemente na construção da tese;

Às funcionárias da Secretaria de Pós Graduação, pelo carinho com que sempre me acolheram, nunca deixando de auxiliar e compreendendo as dificuldades de uma aluna “de fora”;

A todos os professores responsáveis pelas disciplinas cursadas por mim, especialmente o Professor Luiz Edson Fachin. Se um dia o contato com todos eles limitava-se à leitura e discussões sobre suas idéias, hoje posso dizer que me sinto privilegiada pela oportunidade e que obtive uma lição inesquecível: os grandes mestres são aqueles que pautam sua trajetória pela simplicidade;

A duas pessoas muito especiais, fundamentais para meus anos de “estrada” e que reforçaram em mim o sentido da verdadeira amizade: Camila Pullin Milán e Andréa Alves de Sá. Com elas, a caminhada tornou-se suave;

Aos colegas da Unopar, UFPR e àqueles que fizeram ou fazem parte da minha vida, ajudando-me em todos os sentidos, seja na indicação de obras, nas discussões, nas caronas, na companhia, acolhida e convivência.

**Porque, no fim das contas, a questão
que a todos se nos põe merece estes
esforços: que humanidade queremos
nós ser?**
Lucien Seve

INTRODUÇÃO

O tema apresentado é um dos mais polêmicos e controvertidos da atualidade, quer em razão da sua novidade, quer pela perplexidade que os avanços da biotecnologia vêm provocando no sistema jurídico.

A discussão tem como foco a Lei de Biossegurança, que tratou da questão da limitação da utilização de células-tronco embrionárias para fins de clonagem terapêutica. A inviolabilidade da pessoa humana deve ser analisada juridicamente, na atualidade, em razão de manipulações excepcionais para o desenvolvimento da pesquisa científica, decorrentes, em grande parte, da intenção lucrativa.

Considerando o homem como centro do ordenamento jurídico, devem ser analisadas as normas reguladoras do tema, bem como os princípios que norteiam a questão. Para tanto, faz-se necessário o estudo da autonomia corporal, bem como das questões atinentes à manipulação do patrimônio genético em vista do regramento existente e muitas vezes, das lacunas verificadas. Ressaltem-se os princípios constitucionais existentes que podem ser aplicados ao tema que ora se propõe, sua abrangência e dimensões.

Deve-se considerar, outrossim, o contido na legislação civilista, que traz em seu bojo modificações consideráveis no que pertine à personalidade e suas formas de proteção (previsão de regras específicas em capítulo próprio sobre os direitos de personalidade). Os profissionais da saúde, os bioeticistas, os filósofos e teólogos podem apresentar posições, conceitos e soluções. Mas o Direito desempenha papel essencial, sendo capaz de alterar a realidade, com o enfrentamento pacífico das questões surgidas com as novas e constantes descobertas¹. Isto porque esta ciência pode regulamentar de forma mais específica a manipulação de embriões humanos (é o que se pretende

¹ Neste sentido, Giselda Hironaka: "Mas o fato é que não há sociedade que não seja dinâmica, e correlatamente não há sistema jurídico imune a mudanças ditadas pelas transformações no interior das sociedades. Igualmente, a influência se dá das sociedades sobre o direito, e não do direito sobre as sociedades. Às vezes, as mudanças em sociedade são tais que geram um conjunto muito amplo de inovações jurídicas. Quando essas inovações são tais e tantas que se perde a consistência do sistema jurídico original, é chegada a hora de modificar o próprio sistema". **Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional** Boletim IBDFAM de 22.04.07.

demonstrar na tese ora exposta) dispondo o caminho a ser seguido pela sociedade e prevendo responsabilização a quem agir inadequadamente. Eis o papel do Direito, portanto: regular as relações sociais entre as pessoas.

Percebe-se que a ausência de um controle mais rígido no que se refere à utilização de embriões humanos em pesquisas científicas tem levado a um caos e trazido perigo à sociedade, que fica à mercê de pessoas que não se preocupam com as questões fundamentais do ser humano, colocando em risco a sua própria espécie.

A atuação do Direito, desse modo, teria como escopo a busca pelo equilíbrio entre as possibilidades advindas do desenvolvimento biotecnológico e o respeito à pessoa (necessidade de limites jurídicos, e não apenas éticos). Todo este desenvolvimento deve sempre se focar no bem do ser humano. Qualquer tentativa de ameaça à pessoa deve ser coibida.

A tese pretende demonstrar que pode haver uma disponibilidade controlada em relação aos direitos de personalidade (especificamente no que pertine às manipulações envolvendo seres humanos).

Pretende-se proceder a investigações que levem a posições consistentes que possam fundamentar uma regulamentação mais rígida da matéria (não se limitando apenas às resoluções do Conselho Federal de Medicina e às poucas normas de natureza diversa existentes), sob pena de que o *vazio jurídico*² atinente a tais implicações ceda espaço a afrontamentos aos princípios jurídicos basilares do Estado. Não se podem admitir omissões, tampouco precipitações. A razoabilidade deve nortear toda e qualquer análise³. Procurar-se-á mostrar caminhos viáveis a serem percorridos pelo Direito a fim de que sua postura seja mais adequada diante da problemática apresentada. O desafio é desenvolver as pesquisas com embriões humanos de forma ética, transparente e coerente com as disposições legais.

²expressão adotada por FRANCISCO AMARAL nos estudos decorrentes do I Simpósio de Bioética e Biodireito (UEL/CONPEDI) - **Por um Estatuto Jurídico da vida humana – a construção do Biodireito**, maio de 1997.

³Segundo RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad e derecho.*, p.64, as realizações humanas têm um porque e um para que, que as dota de sentido. De fato, a lógica do razoável encontra-se impregnada de valorações, que não podem ser desconsideradas; o Direito deve ser interpretado com vistas à realidade.

Quanto maior é o poder de manipulação da vida humana, maior é a necessidade de se impor limites éticos e jurídicos. Os assuntos que envolvem a Biotecnologia⁴ devem ser estudados e positivados com base em princípios amplos (qualitativos e limítrofes), abertos, não-absolutos, informados conjuntamente pelo Biodireito⁵ e pela Bioética⁶ para que reflexões críticas e respostas práticas sejam dadas em casos concretos, protegendo-se o bem estar coletivo, afastando-se o entendimento de que a ciência deve se pautar apenas por regras econômicas e mercadológicas⁷, como dispõe o art. 6º da Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade (ONU, 1975)⁸.

Entretanto, tão somente a principiologia tem demonstrado ser insuficiente para dar conta da problemática cotidianamente enfrentada, razão pela qual se investigará acerca da viabilidade e pertinência da proposta de alteração legislativa em matéria de utilização de embriões para fins de manipulações genéticas.

Busca-se, portanto, no presente trabalho a partir da fixação de premissas extraídas da Teoria Geral do Direito e do Direito Civil atinentes à vida, analisar a autonomia do corpo humano à luz da manipulação genética de acordo com o sistema de Direito Positivo Brasileiro, tendo como foco a

⁴ A Biotecnologia é considerada, nesse contexto, a “aplicação dos princípios científicos e da engenharia ao processamento de materiais por meio de agentes biológicos, para prover bens e serviços”, de acordo com Doyle e Persley *apud* LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**, p. 29-30)

⁵ Esta expressão será desenvolvida no capítulo 2, podendo ser considerado ramo que se ocupa das normas jurídicas concernentes às condutas relativas à aplicação e realização do conhecimento dos seres vivos e das leis da vida à convivência social, com base no estudo de GARCIA, Maria. **Limites da Ciência**, p.159;

⁶ Denominação adotada desde 1970, a partir de elementos da doutrina formada diante de problemas advindos da biomedicina. Em sentido literal, é a ética da vida; analisa a conduta moral, no âmbito da biologia e da medicina

⁷ Dados que confirmam esta afirmação: a AIDS e a malária matam aproximadamente o mesmo número de pessoas por ano, mas os investimentos da indústria farmacêutica, dos governos e das entidades de pesquisa internacionais são 50 vezes maiores na busca de uma cura para a AIDS.

⁸ Art. 6º da Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade (ONU, 1975): “Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis consequências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual”.

Constituição da República Federativa do Brasil, seguida pelas normas infraconstitucionais pertinentes, quais sejam Código Civil Brasileiro, Lei de Biossegurança e demais normas pertinentes.

Dessa forma, a pesquisa proposta pretende analisar a questão sob as seguintes perspectivas:

- a) A proteção prevista pelo Direito Positivo Brasileiro no que concerne à autonomia e integridade corporal, abrangendo os direitos de personalidade;
- b) Sua relação com o desenvolvimento da biotecnologia e a realização de manipulações genéticas;
- c) A análise do patrimônio genético humano;
- d) A previsão legal acerca da manipulação genética humana (utilização de embriões humanos), sua finalidade e suas limitações/omissões;
- e) As perspectivas de um regramento específico visando a um estabelecimento de limites mais nítidos no que se refere aos experimentos científicos relacionados aos genes humanos.

Como afirma Eduardo de Oliveira Leite,

Assim como fechamos os olhos, de forma hipócrita e egoísta, à miséria, à violência, à prepotência, da mesma forma nos impomos uma cegueira moral às conquistas científicas, como se elas não nos dissessem respeito, transferindo toda a responsabilidade das técnicas e procedimentos ao corpo médico, mesmo quando agindo contra a dignidade humana, mas acomodados e omissos, porque o assunto “não é nosso”, ou “não nos interessa”, e nesse *laissez-faire* irresponsável banalizam-se os mais hediondos crimes, aniquilam-se as noções mais elementares de direito de personalidade, aviltam-se os princípios mais fundamentais de ética e justiça.⁹

A tese, ao tentar mostrar de que forma o Direito protege a vida humana e conseqüentemente de que forma deve proteger eficazmente os embriões humanos, indica a necessidade de um instrumental específico para construir argumentos que revelem que: a) a forma de proteção à vida trazida pela ciência do Direito deve ser analisada à luz da proteção ao sujeito, a partir da passagem do modelo clássico de valores para a Idade Moderna ou Pós-

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Eugenia e bioética: os limites da ciência em face da dignidade humana**, p.93

Modernidade; b) Na perspectiva da pós-modernidade, em que a tecnologia tudo domina, o homem passa a ser um “dado” ou um “número”; c) que essa dominação da tecnociência necessita da imposição de limites mínimos que não obstaculizem o seu desenvolvimento, mas que atentem para a necessidade de proteção do sujeito; d) que a criação de mecanismos jurídicos de controle de embriões humanos revela-se essencial no contexto da manipulação genética humana; e) que tal controle, embora essencial, não se esgota nem se pode enclausurar, pois a sociedade está acima do Direito. Portanto, precisamente, o conteúdo da presente tese é demonstrar quais são os limites jurídicos necessários para as manipulações genéticas humanas, demonstrando a insuficiência do sistema jurídico e propondo a criação de novo modelo.

PARTE 1 – A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA PELO DIREITO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1 O DIREITO À VIDA

1.1. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À VIDA

1.1.1. Acepções da expressão vida

A vida constitui-se no bem fundamental do ser humano, pois sem ela, não há que se falar em outros direitos, nem mesmo os de personalidade. Toda a pessoa tem direito à vida, não se limitando ao direito de viver, mas de fazê-lo de forma digna e plena, respeitando-se seus valores e necessidades.

A palavra vida tem as seguintes acepções¹⁰:

[...] 3 - o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte; 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 [...].

Na Bíblia, observa-se a criação da vida em Gênesis (1-2), que traz a criação da vida vegetal, e em seguida, da animal. Coroando seu trabalho, Deus criou o homem e a mulher, tendo dado sobre eles *um sopro de vida, tornando-os seres viventes*.¹¹

A vida tem importância máxima para o ser humano, sendo protegida pelo ordenamento jurídico de todas as formas possíveis; o respeito a tal direito

¹⁰ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, p.2858

¹¹ Bíblia Sagrada. Edição Pastoral. No mesmo sentido, Jesús González Pérez. **La dignidad de La Persona**, p.27: “A Bíblia nos ensina que o homem foi criado à imagem de Deus, com capacidade para conhecer e amar ao seu Criador, e que por Deus foi constituído senhor da inteira criação visível para governá-la e usa-la glorificando a Deus”. (tradução livre do autor)

constitui-se em pressuposto para a proteção dos demais¹². Sua garantia é plena¹³, porquanto dele defluem os demais. É contrário ao interesse social que alguém disponha da própria vida.

O Art. 5º, “caput” da Constituição Federal de 1988, assegura a todos aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida:

Art. 5º. 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.

Como afirma Luciana Mendes Pereira Roberto, o direito à vida possui uma íntima ligação com a dignidade, ou poderia dizer, ainda, a plenitude da vida. Isto significa que o direito à vida não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente¹⁴. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil refere-se ao direito à vida em outros dispositivos, como por exemplo, o Art. 227 e o Art. 230¹⁵.

A proteção à vida pode ser verificada sob os mais deferentes prismas, dentre os quais se pode considerar a vida no contexto da Biologia, da Filosofia, da Ética e da Genética. Dentro da classificação dos direitos de personalidade, a ser analisada no capítulo seguinte, depreende-se que a vida se encontra em posição de destaque e superioridade, como a estrutura a partir da qual todos os demais direitos se constroem e passam a ser moldados.

A intenção aqui é demonstrar que a vida existe por si só, sendo o primeiro e mais importante de todos os direitos. Como afirma o professor

¹² Segundo a professora Silmara Chinelato, o direito primordial do ser humano é o direito à vida, por isso denominado direito condicionante, já que dele dependem os demais. (Revista Scientia Juris do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. V.7/8, 2003-2004, p.96)

¹³ Ressaltamos aqui que, excepcionalmente, o sistema jurídico brasileiro admite algumas hipóteses de violação do direito à vida, como no aborto eugenico e na admissão da pena de morte

¹⁴ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira Roberto **O Direito à vida**. . Portal Eletrônico do curso de Especialização em Direito do Estado da Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: http://www.uel.br/cesadireito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_à_Vida.pdf.>Acesso em 02 out 2004.

¹⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida[...] Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas[...]e garantindo-lhes o direito à vida.

Eduardo Leite¹⁶, é o primeiro dos direitos naturais que o Direito Positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar.

Quando o Estado tutela o direito à vida, sua função pauta-se, em verdade, no reconhecimento da permanência e da imutabilidade dos direitos fundamentais¹⁷. É sabido que não se pode dispor da vida, porquanto direito fundamental que se estende independentemente de quaisquer outros fatores:

Esse direito estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico.

[...]

Trata-se de direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos de personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida e não um direito **sobre** a vida. (grifo da autora)¹⁸

Para Marcelo Gleiser, a vida é um processo químico envolvendo milhares de reações diferentes de forma organizada¹⁹. Desse modo, observa-se que a primazia à vida vem acompanhada da dignidade, bem como da liberdade, devendo-se sempre resguardar a vida em sua plenitude.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁰, que foi elaborada a partir da Carta da Organização das Nações Unidas e de estudos da Comissão de Direitos Humanos da mesma organização, dispõe sobre a igualdade e a dignidade da pessoa humana, bem como o direito à vida e à liberdade, dizendo que ao homem deve ser garantido um padrão de vida que seja capaz de assegurar saúde e bem-estar. O Brasil seguiu, ao assinar referido documento, uma tendência mundial de preocupação com a vida humana. Em 1969 surge a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se tornou conhecida

¹⁶ LEITE, Eduardo. **O Direito do embrião humano: mito ou realidade?** p. 52

¹⁷ Os direitos fundamentais podem ser considerados como o conjunto de prerrogativas e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. São núcleos invioláveis de uma sociedade política, sem os quais essa tende a perecer. É preciso ressaltar, que os direitos fundamentais existentes em um dado ordenamento jurídico não se restringem aos elencados na sua Carta Magna

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 4ª. ed. rev. e atual. por Eduardo C. B. Bittar. Rio, p.67

¹⁹ GLEISER, Marcelo. **O que é a vida?** p.5-14.

²⁰ Aprovada pela Resolução 217, na 3ª Sessão Ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, em 10 de dezembro de 1948.

mundialmente como Pacto de São José da Costa Rica²¹, ressaltando-se, mais uma vez, a necessidade de proteção à vida humana.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos diz que *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. (Parte III, art. 6º)*²². Não se olvide a existência de outros regramentos em nível internacional, específicos nas questões do desenvolvimento de pesquisas genéticas, que serão tratados no Capítulo 3.

O respeito à vida é o fundamento de todos os demais direitos humanos, pois, “constitui-se no pré-requisito à existência e ao exercício dos demais direitos²³”.

A vida se identifica com a simples existência biológica, sendo o direito à vida essencial; o direito à vida é um direito inato, adquirido no nascimento, sendo, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível.

Independentemente de crenças religiosas ou convicções filosóficas ou políticas, a vida é um bem ético²⁴. O direito à vida é inerente à condição humana, razão pela qual é de primordial importância, para a humanidade, o respeito à origem, à conservação e à extinção da vida.

Para Canotilho²⁵ o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito do indivíduo em afirmar o direito de viver, com a garantia da não agressão ao direito à vida; o que implica também na garantia de uma dimensão protetiva desse direito. O direito à vida sendo direito primordial do ser humano é denominado, direito condicionante, porque dele dependem os demais direitos. Pode-se dizer, então, que ele condiciona os demais direitos de personalidade.

²¹Adotado e aberto à assinatura na Conferencia Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San Jose da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, aprovada no Brasil pelo Decreto legislativo 27, de 1992 e promulgada pelo Decreto 678, do mesmo ano.

²²Adotado pela XXI Sessão da Assembléia das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992.

²³MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, p.143.

²⁴Na lição de Reale, o certo é que o bem ético implica sempre medida, ou seja, regras ou normas, postulando um sentido de comportamento, com possibilidade de livre escolha por parte dos obrigados, exatamente pelo caráter de dever ser e não de necessidade física (ter que ser) de seus imperativos (REALE apud BITTAR, 2004, p. 5).

²⁵Canotilho, José, ob. cit., p.526

Na mesma direção caminha Pietro Alarcón,²⁶ quando afirma que o direito à vida constitui-se em um bem jurídico, objeto das relações jurídicas e passíveis da mais ampla proteção, vez que dele decorrem todos os demais direitos inerentes à personalidade.

A Ciência vem experimentando uma evolução nunca antes imaginada: a capacidade de criar e modificar os fundamentos da vida que, conseqüentemente, trazem novos problemas ao ser humano, na era contemporânea. Renasce o debate ético²⁷ em todos os domínios da atividade humana. O paradigma científico domina cada vez mais as forças da natureza e, ao mesmo tempo, interfere de forma crescente no mundo natural, suscitando problemas que não encontram respostas no quadro da própria cultura tecnocientífica. Conforme Leite²⁸,

As práticas biomédicas, tornadas mais audaciosas, graças a um desenvolvimento tecnológico inusitado, envolvem, a partir de agora, a vida humana de forma integral, apreendendo-a, dominando-a e corrigindo-a, de acordo com os interesses em questão, isto é, procurando melhorar sua qualidade e fazendo suas fronteiras recuarem, como se fôssemos aprendizes de Deus.

As pessoas voltam seus olhares para o poder do surgimento de novos métodos, novas técnicas e do avanço da tecnologia. Assim, a dissociação entre o homem e a natureza vai se tornando evidente (conforme se verificará na Seção II, que trata da evolução dos conceitos de sujeito e pessoa).

O conteúdo das ciências não é imune às interferências sociais. Quando se lida com as ciências da vida, ou seja, àquelas que dizem respeito à evolução humana, não há como dizer que inexistem impactos contundentes na sociedade. O conteúdo do conhecimento produzido não é independente nem

²⁶ ALARCÓN, Pietro. **Patrimônio genético humano**. p.38

²⁷ A palavra ética, de origem grega *ethos*, significa lugar onde se habita, morada ou residência, designa o lugar privilegiado que tem o homem e que o distingue e qualifica, vista também na acepção de modo de ser caráter, hábito, representa os princípios e também na acepção de modo de ser, caráter, hábito, representa os princípios e também os modos, as opções escolhidas que conduzem o ser ante os dilemas. Esta última acepção vincula-se à moral (do latim *mos, moris* - uso costume, maneira de viver), possibilitando conceituar a ética em sentido estrito como a ciência do dever moral; serve, pois, de orientação, fim inerente ao comportamento e no que tange à ciência biomédica diz respeito à quantidade e qualidade da vida. (SANTOS, Fernando. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, p. 30).

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob.cit.

“imune” à sociedade.²⁹ A metafísica torna-se, pois, insuficiente, porquanto não mais se sustentam os pressupostos da separação homem-natureza, da dominação desta pelo homem.

A ciência vem demonstrando ser uma prática cultural, e nesse sentido diversos autores apontam a possibilidade de um novo diálogo com a natureza.³⁰

A vitória sobre a natureza não garante sentido à vida humana. Eis a razão da necessidade de imposição de limites em relação ao poder do homem refletido nas manipulações realizadas em face da vida.

Na medida em que a tecnologia e a ciência avançam, vêm-se ameaçados direitos tais como a vida e a liberdade. São, esses direitos, considerados fundamentais e inerentes à pessoa humana. Como a experimentação científica recai, essencialmente, sobre o homem, surge a necessidade de consideração jurídica desses valores, pois são valores humanos fundamentais que requerem tutela em benefício de cada ser humano e toda a humanidade. Questiona-se, portanto, como o Direito deve resguardar o homem contra as possíveis agressões desencadeadas pela manipulação dessa tecnologia?

As regras provenientes das associações, das instituições ou dos denominados comitês de ética tem campo de ação restrito, pois além de possuírem eficácia limitada, não prevêm responsabilização, abrindo margem a abusos nas pesquisas, muitas vezes instigadas tão somente pelo ideal da lucratividade ou ainda, com fins totalmente diversos dos terapêuticos. Regras meramente deontológicas não tem caráter vinculativo: por isso não são suficientes diante de problemática tão séria. Por isso, as normas jurídicas

²⁹Em outras palavras, a suspeita de que na atividade científica operam não apenas elementos racionais, mas também valores, preconceitos, ideologia, competição, corporativismo etc., desloca sua discussão da epistemologia para a sociologia. Assim, o cientista desce à terra, configurando-se um novo contexto teórico para o debate da ciência.

ALBUQUERQUE, Leila Marrach B.de. **Sujeito e realidade na ciência moderna**, p.23

³⁰ O repensar das relações entre sujeito e objeto- manifestação, no método, das noções de sujeito e de realidade – afigura-se, portanto, um fenômeno que tem ocorrido em vários campos do conhecimento. Retrataria não apenas problemas epistemológicos particulares, mas, num certo sentido, uma insatisfação certamente relacionada com a hegemonia da ciência , denominada também de cientização do mundo.

devem adquirir um estatuto mais elevado, precisamente levando em conta os juristas que a aplicarão.

Jean Carbonnier, ao tratar da questão ética, afirma:

O que é classicamente oposto ao Direito, sob o nome de moral, é a ética, a ciência do bem e do mal (...) seria necessária muita falta de atenção para confundir os dois sistemas de comando, dos quais um arrasta atrás de si todo o aparelho de uma ação externa manejada pela coletividade, enquanto o outro tem por única sanção a voz meramente interior de uma consciência individual³¹.

Assim, o que se percebe é que o campo de atuação da norma deontológica já nasce limitado. A proposta inicial, neste contexto, é, portanto, a partir do direito à vida, da personalidade e da concepção de dignidade, analisar qual o papel do Direito no controle de embriões humanos quando da realização de pesquisas científicas para as mais diversas finalidades (utilização de células-tronco embrionárias para fins de clonagem terapêutica, *v.g.*).

O Direito deverá ter a consciência dos problemas sociais e morais existentes no seio da sociedade. Se as investigações genéticas que se fazem podem ter aspectos positivos, há também aquelas que causam danos. Assim, esta ciência, ao cumprir as exigências legítimas do povo, deverá atender de um lado, o avanço da biotecnologia (neste sentido inclusive incentivando a investigação), mas, por outro, prever e evitar as possíveis consequências nocivas, tomando medidas indispensáveis (criando órgãos de controle jurídico, prevendo sanções eficazes em face de abusos cometidos, dentre outros).

Outrossim, cabe aqui invocar a problemática envolvendo o “poder” conferido ao gene humano e sua relação com a essencialidade da vida.

Richard Dawkins diz que o ciclo de uma vida não pode ser estereotipado:

O empacotamento de matéria viva em veículos descontínuos transformou-se numa característica tão saliente e dominante que, quando os biólogos entraram em cena e começaram a fazer questionamentos sobre vida, suas perguntas eram quase sempre sobre os veículos – os organismos individuais. O organismo individual foi o primeiro a chegar à consciência dos biólogos, ao passo que os replicadores – hoje conhecidos como genes – eram vistos como uma parte do maquinário usado pelos organismos

³¹ CARBONNIER, Jean. **Sociologie Juridique**, p.179.

individuais. É necessário um esforço mental deliberado para voltar a colocar a biologia de cabeça para cima e nos lembrarmos de que os replicadores vêm em primeiro lugar, não apenas na história como também em importância.³²

Richard Lewontin³³, por seu turno, levanta a preocupação em torno de um reducionismo do estudo dos organismos vivos, que poderia levar à formulação de respostas incompletas e perguntas relacionadas à biologia, ou a ignorar características essenciais dos processos biológicos.

Já para Cláudio Tognolli³⁴, a resposta final não está nos genes. Ele usa o termo febre biologista para se referir à polêmica de utilização das biotecnologias nos processos de manipulação da vida humana. Para o autor, ninguém comenta que somos sistemas abertos e chega a dizer que os geneticistas estariam fazendo falsas promessas. Percebe-se, em sua teoria, uma crítica latente ao posicionamento reducionista de Dawkins. Sua obra é intitulada “A falácia genética” justamente para expressar esta visão crítica em torno da ideologia simplista aplicada à manipulação genética humana. Seriam elas realmente esperança ou ameaça para a sociedade? Não se sabe ao certo os impactos que poderão se perfectibilizar, mas não se pode deixar levar por meras conjecturas pautadas no ideal de que a manipulação de genes pelo homem teria, por si só, o condão de alterar a vida humana.

Como afirma Christian de Barchifontaine³⁵, a tarefa da Bioética é orientar os progressos da biogenética, o saber médico para promover e proteger a vida e não manipulá-la.

De todo o modo, é primordial que se analise o marco temporal em que se daria o início da vida humana para posteriormente concluir sobre as possibilidades reais de intervenção nesta mesma vida, suas reais implicações e possibilidades frente às habituais descobertas com a utilização de embriões humanos.

³² DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**, p.440.

³³ LEWONTIN, Richard. **A tripla hélice**. p. 32.

³⁴ TOGNOLLI, Claudio. **A falácia genética**, p. 258

³⁵ BARCHIFONTAINE, Christian. **Bioética e Reprodução medicamente assistida**. Em: Fundamentos da Bioética, p. 164

1.1.2. Teorias acerca do início da vida para o Direito e a proteção da vida humana nascente: situação dos embriões humanos

Quando começa a vida? Esta questão auxilia na obtenção de critérios sobre os limites e possibilidades de utilização de embriões humanos em pesquisas científicas. Entretanto, não podemos nos esquecer de que a vida é um processo contínuo, não havendo possibilidade de uma delimitação precisa, como veremos ao analisarmos as diferentes teorias acerca do tema. Os bioeticistas propõem que, antes de lidar satisfatoriamente com tais indagações, é necessário que se responda, primeiramente, sobre o conceito de indivíduo e indivíduo humano, que antecederiam o conceito de pessoa. Seria então o produto da concepção humana uma pessoa ou simples materialidade biológica, um conglomerado de células, uma substância humana ainda não individuada?³⁶ A idéia de individuação no mundo real baseia-se em dois pressupostos: a distinção e a autonomia, que significam, respectivamente, ser destacado do todo, reconhecível, e manter organizada, em unidade a pluralidade de elementos que lhe compõem, a despeito do transcurso do tempo. Verifica-se que a compreensão da individualidade dos seres vivos é bastante complexa, pois advém de um processo de individuação.

Há dificuldades na identificação do começo do ser vivo, gerado por reprodução sexuada, em razão da forma organicamente seqüenciada da geração da vida. No que diz respeito à espécie humana, essa forma de reprodução, em que as etapas se sobrepõem e se concatenam, permite que alguns³⁷ entendam que o embrião não passa ovo. De toda forma, o ser humano possui uma singularidade muito antes do seu nascimento. Para que se reconheçam os limites e as possibilidades da proteção jurídica ao embrião pré-implantatório³⁸, importa, sobretudo colocar em evidência a semelhança entre ele e as pessoas humanas nascidas. Neste sentido, Jussara Meirelles:

³⁶ MINAHIN, Maria A. **Direito Penal e Biotecnologia**, p.67

³⁷ Como o imunologista Ricardo Santos: "por vários critérios, os embriões humanos não podem ser considerados forma de vida. "Embriões são apenas um aglomerado de células, a vida não começa na fecundação do óvulo, mas no início dos impulsos nervosos"(Entrevista disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2648680-EI306,00.html>. Acesso 02 março 2008)

³⁸ Aquele ainda não implantado no útero materno

Inegável, portanto, a similitude originária de todos os seres humanos nascidos: é possível afirmar que todos os seres humanos que já nasceram foram embriões, no início do seu desenvolvimento. Seguindo-se o mesmo raciocínio, os embriões hoje mantidos em laboratório podem representar seres humanos que nascerão amanhã. O juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa. E sob o enfoque da valoração do ser humano em qualquer fase vital, o que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica.³⁹

Com o avanço da ciência e da tecnologia em relação à reprodução humana, especificamente com relação à técnica da fertilização *in vitro*, e implicações que dela decorrem, tal como a preocupação quanto ao destino a ser dado aos embriões supranumerários, há a necessidade de se estabelecer o momento em que se inicia a vida humana, já que esta deve ser protegida desde o seu instante inicial. Especificamente para o Direito, tal ponto é fundamental, por estabelecer o momento a partir do qual a pessoa merece proteção⁴⁰.

De acordo com a embriologia humana, a vida tem início com a fecundação. Segundo Antônio Chaves:

É a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida.

Na conformidade de recomendação do Conselho da Europa: “desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, aquela diminuta célula já é uma pessoa e, portanto, intocável”.⁴¹

Portanto, entende-se por fecundação a união do espermatozoide com o óvulo. Neste momento, as duas células reprodutoras convertem-se em uma única célula: o “zigoto” ou “ovo”. Inicia-se, assim, o ciclo vital.

Jaques de Camargo Penteado esclarece:

³⁹ BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Novos temas de biodireito e bioética**, p.86-89.

⁴⁰ VASCONCELOS, Cristiane. A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia, p. 36

⁴¹ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. p. 16.

Sabemos com certeza absoluta que a ontogenia humana – o surgimento de um novo ser humano – está contida nos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo) e se produz pela fusão dos gametas – isto é, pela fecundação do óvulo pelo espermatozóide, constituindo-se assim um novo núcleo, o zigoto, com um código genético nitidamente distinto da dos gametas cuja fusão foi a causa da sua origem. Prosseguindo, a ‘fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre nas trompas de Falópio de doze a vinte e quatro horas depois da ovulação. O zigoto avança para o útero, ao mesmo tempo em que se iniciam no seu interior as primeiras divisões celulares. Por volta do sexto dia após a ovulação, o zigoto implanta-se na mucosa do útero ou endométrio, passando a denominar-se blastócito’. Acrescenta-se que, é ‘importante frisar que a imensa maioria dos cientistas afirma que, depois da fusão dos gametas ou momento constitucional do zigoto – o instante da fertilização do óvulo, não há nenhuma fase ou etapa em que o embrião receba uma nova e essencial contribuição ontogênica, isto é, uma nova contribuição para ser o que é. A partir da fecundação, estamos na presença de um novo *ser humano existente*⁴².

Biologicamente, a vida começa com a fecundação, embora a implantação ou nidação⁴³, momento em que se inicia a gravidez, é que garante a sobrevivência do conceito.

A embriologia distingue duas fases distintas em relação ao desenvolvimento humano: a) o período pré-embriônico, que compreende as fases iniciais, a partir da fertilização até o final da terceira semana; e b) o período embriônico, no qual se estabelece a forma do embrião, compreendendo da quarta à oitava semanas. Após essa etapa, estabelece-se o denominado período fetal, que se estende da nona semana até o nascimento, e é caracterizado pelo crescimento e elaboração das estruturas.

O Comitê Italiano Nacional de Bioética, buscando a apresentação de dados biológicos mais precisos sobre a individualização do embrião, emitiu o parecer denominado “Cronologia do Desenvolvimento do Embrião”:

a) durante o *estádio 1*, no primeiro dia da fecundação, os dois genomas (patrimônios genéticos codificados nas seqüências do DNA contido nos cromossomos) dos pais, já em comum no citoplasma desde o momento da fecundação, associam-se para formar o zigoto;

⁴² PENTEADO, Jaques de Camargo. (Org.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 147-148.

⁴³ fixação do embrião no útero materno .Em geral só acontece a partir do 40º dia

b) durante o *estádio 2* (2º e 3º dias) acontecem as primeiras subdivisões mitóticas do zigoto e a formação da mórula (2-16 células) e inicia a atividade de transcrição da informação genética contida no zigoto, que exprime os caracteres específicos do indivíduo;

c) durante o *estádio 3* (4º e 5º dias) se forma a blastociste (64 células): as células derivadas do zigoto, que até a 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, no sentido de que se somente uma sua integração pode exprimir tal programa;

d) durante o *estádio 4* (6º dia) a blastociste começa a implantar-se na parede uterina e se consolidam as interações entre o embrião e o organismo materno, já presentes na condição bioquímico endocrinológica no ambiente tubário;

e) os *estádios 5* (do 7º ao 12º dia) e 6 (do 13º ao 15º dia) determinam processos biológicos muito significativos. Por um lado, a implantação da blastociste chega a completar-se, e se distinguem nitidamente a componente embrionária daquela extra-embrionária, 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 direita-esquerda, em outras palavras, o plano construtivo do embrião [...];

f) o *estádio 8* (18º dia) caracteriza o aparecimento da placa neural, da qual terão origem as estruturas do sistema nervoso central e periférico⁴⁴.

Extrai-se, da cronologia supracitada, que existe um contínuo processo de vida, a partir da fecundação. Cada etapa representa o desenvolvimento de um novo ser, dotado de autonomia biológica e genética. Partindo-se desta premissa, de natureza biológica, serão analisadas em seguida as teorias jurídicas existentes visando a determinação do início da vida.

⁴⁴ BIOÉTICA, Comitê Italiano Nacional de. **Identidade e Estatuto do Embrião**. Revista SEDOC, p.540-562.

1.1.2.1 Teorias Genético-Desenvolvimentistas: pré-embrião, nidação, natalista e personalidade condicional

A) **Pré-embrião**: esta teoria surgiu de documento denominado Relatório Warnock sobre Fertilização e Embriologia, publicado na Inglaterra no ano de 1984. Sobre este documento, Débora Diniz preceitua:

O marco ético para o debate legislativo internacional foi o Relatório Warnock (1984), produzido na Grã-Bretanha, no mesmo ano. Suas recomendações são, ainda hoje, consideradas uma referência internacional para o processo de regulação das tecnologias reprodutivas conceptivas. O grupo de trabalho que compôs esse documento teve a incumbência de analisar os impactos sanitário, ético e político das tecnologias, pois sabia que “(...) ao recomendar legislação, estaria recomendando um tipo de sociedade que todos possam defender e admirar” (Warnock, 1984). O fato de as tecnologias reprodutivas conceptivas tocarem em questões fundamentais do nosso ordenamento social, como as idéias de família, parentesco e filiação, faz com que qualquer discussão legislativa extrapole as dimensões estritamente técnicas.⁴⁵

Seu conteúdo dispunha que o conceito humano não seria um indivíduo, mas uma célula progenitora humana dotada de capacidade para criar um ou mais indivíduos da mesma espécie.

As críticas acerca da teoria do pré-embrião, das quais merece destaque a do professor Reinaldo Pereira e Silva, consideram a própria expressão pré-embrião como inadequada. A terminologia caracteriza aquele concebido no período compreendido entre a fecundação e o décimo quarto dia de vida. Já existindo uma vida humana, não há que se falar no “status antecedente” de um embrião.

⁴⁵ DINIZ, Débora . **Tecnologias reprodutivas conceptivas – o estado da arte do debate legislativo brasileiro**. Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida, p. 10-19. A autora foi uma das participantes da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, que discutiu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança.

B) Nidação: esta teoria defende que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero. Para Stella Martinez, um argumento científico que embasa a teoria da nidação é a segmentação do indivíduo, que consiste no fato de os gêmeos monozigóticos, que possuem o mesmo código genético, separarem-se no momento da implantação do zigoto no útero, ou ao menos, obrigatoriamente, antes que se finde a nidação. Desse modo, só se poderia cogitar de um ser humano quando presente a característica da unicidade e, até que se ultrapassasse essa fase de segmentação, não haveria como reconhecer ambos os seres como uma pessoa⁴⁶. Esta teoria merece críticas porquanto condicionar o reconhecimento com base exclusivamente no critério da unicidade não é plausível.

C) Natalista: esta corrente condiciona o início da personalidade humana ao nascimento com vida. Remonta do Direito Romano, que propagava ser o feto um prolongamento da mãe que o abrigava. Assim, enquanto não nascesse não seria dotado de personalidade, não podendo ser considerado uma pessoa.

Entretanto, esta ausência de autonomia biológica não mais se sustenta diante do conhecimento contemporâneo, porquanto o indivíduo gerado já é dotado de total autonomia.

Apesar da crítica acima citada, muitos civilistas brasileiros e doutrinadores estrangeiros foram influenciados por tal teoria. Caio Mário da Silva Pereira⁴⁷ e Silvio Rodrigues⁴⁸ são adeptos da corrente natalista. Por tal sistema, respeitam-se os direitos do nascituro desde a concepção, embora a personalidade não seja neste momento adquirida:

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.⁴⁹

⁴⁶ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**, p. 35 e 68.

⁴⁷ PEREIRA Caio Mario. **Instituições de Direito Civil**, p.144

⁴⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**, .36

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. Ob.cit., p.36

O nascimento ocorre quando a criança é separada do ventre de sua mãe, não importando o procedimento adotado. Conforme Carlos Roberto Gonçalves, o essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com vida orgânica própria.⁵⁰

Perante o direito brasileiro, não há exigência de viabilidade do feto, como se verifica na Espanha, cujo Código exige para a aquisição da personalidade que o feto tenha figura humana. Basta, para a lei civil brasileira, que nasça com vida.

Para os adeptos desta corrente, o nascituro seria tão somente um expectador de direitos. O Código de 1916, ao dispor que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”⁵¹ adotava, em princípio, mencionada teoria, principalmente na hermenêutica realizada em relação à primeira parte do dispositivo. Entretanto, ainda antes do advento da atual lei civil, iniciaram-se discussões nas quais a professora Silmara Chinelato exerceu papel fundamental, questionando a aplicabilidade desta teoria.

O Código Civil de 2002⁵², por sua vez, trouxe a mesma redação, mas agora em seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Dia após dia a teoria natalista vem sofrendo severas críticas, até porque a lei não pode estabelecer um conceito normativo dissociado da realidade. Tanto é que existe uma tentativa de modificação do supracitado artigo 2º, com o fim de incluir a figura do embrião como passível de proteção pela lei.

O Projeto de Lei 6960/02, apresentado ao Congresso pelo Deputado Ricardo Fiúza, visando a alterações de diversos dispositivos do Código Civil, foi substituído pelo Projeto de Lei 276/2007, propondo a seguinte redação ao Artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro.” Para Carlos Gonçalves, a referência ao embrião atende à sugestão

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p.77

⁵¹ Artigo 4º do antigo Código Civil

⁵² Lei 10.406/02, que entrou em vigor em janeiro de 2003, alterando substancialmente o conteúdo das relações civis

da Professora Maria Helena Diniz e é baseada no argumento de que, embora não possa este ser considerado nascituro antes de implantado e viabilizado no ventre da mãe, também é sujeito de direitos.⁵³

Ora, o próprio legislador vem reconhecendo que não há mais base para se sustentar uma corrente que afasta a proteção dos embriões humanos.

D) Personalidade condicional: A teoria da personalidade condicional, elaborada pelo jurista Clóvis Bevilácqua, atribui personalidade desde a concepção, com a condição do nascimento com vida. É considerada uma vertente da teoria concepcionista.

Essa teoria sofreu críticas em razão de não privilegiar os direitos absolutos do nascituro, que independeriam do nascimento com vida. Aqui o nascimento com vida apresenta-se como condição. Então, o embrião pertenceria à espécie humana, mas em potencial, como entende Washington de Barros Monteiro⁶⁹. De fato, a teoria não merece guarida porque entendemos que não se trata de condição suspensiva à aquisição de direitos, mesmo porque vem se demonstrando, inclusive jurisprudencialmente, que alguns direitos já são titularizados.

1.1.2.2 Teoria Conceptionista

A corrente concepcionista defende que o início da personalidade corresponde a formação do ser humano, isto é, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dando origem ao zigoto. Para esta teoria, somente os direitos patrimoniais estariam sujeitos a condição do nascimento com vida enquanto os direitos de personalidade independeriam de tal condição.

A embriologia humana demonstra que é a partir deste momento, ou seja, da fusão dessas duas células germinativas altamente especializadas e programadas que começa a existência de um novo ser, com um sistema único e completamente diferente daqueles que lhe deram origem.⁵⁴ Para Lejeune,

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob.cit., p. 84

⁵⁴ VASCONCELOS, Cristiane. ob.cit., p. 37

Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com 23 cromossomos femininos, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco da vida.⁵⁵

Stela Neves Barbas afirma que há vida e personalidade a partir da concepção. Do nada biológico – concepturo – passamos à pessoa – nascituro. Segundo tal visão, os juristas reconheceram que aquele que hoje é simplesmente um embrião é amanhã uma pessoa.⁵⁶

Para Maria Helena Diniz, o nascituro tem personalidade formal, no que se refere aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade material. Entretanto, a aquisição dos direitos patrimoniais dar-se-ia somente quando do nascimento com vida. Para a autora, se nascer com vida, adquire personalidade material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.⁵⁷

Silmara Chinelato, por sua vez, leciona que a personalidade do nascituro é incondicional, não dependendo de nenhum evento subsequente, estando seus direitos de personalidade (tais como vida e liberdade) garantidos. Todavia, certos efeitos de alguns direitos (como os patrimoniais) dependem do nascimento com vida, para a jurista.

A titularidade dos direitos não seria discutida, havendo apenas incapacidade. Já em relação aos direitos patrimoniais, o nascimento sem vida funcionaria tão só como condição resolutiva.⁵⁸

Decorrente do reconhecimento da doutrina concepcionista, a ciência moderna tornou possível a determinação exata do princípio do ciclo vital humano. Isto se tornou possível pela diferenciação entre os eventos da fertilização e da concepção, explicada por duas teorias. A primeira, denominada singamia, afirma que no exato momento da penetração do

⁵⁵ Citado por BRANDÃO, Dernival da Silva. **O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico.** *Em: A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, p.25

⁵⁶ BARBAS, Stela Neves. *Direito ao patrimônio genético*, p. 67

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, p. 205.

⁵⁸ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil.**, p184-186. Entende-se por condição resolutiva aquela que se dá quando desde a celebração, o negócio jurídico produz seus efeitos, mas, se ocorrer a realização da condição, deverão cessar

espermatozóide no óvulo (fertilização), ou seja, com a fusão dos gametas feminino e masculino, inicia-se o processo de formação do ser. A partir daí, ocorre o processo de individuação do ser humano, que também pode ser chamado de personalização.

A segunda teoria, denominada cariogamia, propaga que somente se reconhece o princípio da vida humana após a fusão pro nuclear, pois só então ocorrerá a troca de informações contidas em cada uma das parcialidades caracteristicamente distintas para a formação de um novo ser, portador de genoma único e diferenciado. Para Reinaldo Pereira e Silva, a cariogamia é o processo de morte de dois genomas incompletos e de renascimento de um genoma completo.⁵⁹

A primeira teoria aponta de forma mais específica o conceito de concepção, devendo, portanto, ser adotada.

Entendemos que a teoria concepcionista é que fundamente a tese proposta, por já reconhecer direitos ao nascituro⁶⁰. Ademais, não se pode perder de vista que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶¹), que preceitua, em seu artigo 1º que: "Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano".

O art. 4º, I, do mesmo documento determina que: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

A tendência contemporânea, portanto, caminha para a adoção desta corrente, mais adequada e que fundamenta a necessidade proteção que se pretende ressaltar na tese. De fato, a teoria concepcionista justifica a preocupação presente neste trabalho, que aponta a necessidade de controle das pesquisas envolvendo embriões humanos.

Desse olhar crítico, refletem questões atualíssimas, tais como a dicotomia entre a teoria jurídica natalista e a teoria jurídica concepcionista. Esta

⁵⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p.88

⁶⁰ Nascituro, de acordo com Silmara Chinelato, é a "pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz." ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Ob cit., p.21-30

⁶¹ Aprovado integralmente pelo Congresso Nacional em 1992

última, como citado, reconhece o início da vida humana no exato momento da fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide, como afirma Cristiane Beuren de Vasconcelos⁶². Para ela, se no momento em que é constituído de uma só célula, ela já contém sua individualidade biológica predeterminada, o mesmo pode ser dito em todas as fases que se sucedem.

Para a teoria concepcionista, o conceito não é um ser humano em potencial, apenas. O seu desenvolvimento é que assim pode ser considerado. Dentre os juristas brasileiros que adotam tal posicionamento encontram-se Silmara Chinelato e Almeida, Eduardo de Oliveira Leite, Reinaldo Pereira e Silva, Maria Helena Diniz, dentre vários outros.

Na visão concepcionista, como já dito, há o reconhecimento da vida humana no exato momento da fertilização do ovócito secundário⁶³ pelo espermatozóide.

De todo o modo, outras correntes merecem ser analisadas. Além disso, é importante frisar que o Brasil adota a denominada teoria mista, de solução eclética, que significa que se a criança nascer com vida, sua capacidade remontará à concepção. Nos mesmos moldes, tem-se o Código Holandês⁷⁰

Conforme o artigo 2º do Código Civil⁷¹, duas são as possíveis interpretações dali extraídas: a) a primeira parte do artigo afirma que somente os nascidos com vida têm personalidade civil; b) a segunda parte do artigo assegura os direitos do nascituro, ou seja, daquele que está por vir.

A normatização brasileira assegura a personalidade somente após nascido com vida, porém sem abandonar a perspectiva de direitos em relação ao nascituro; eis a razão da denominação “teoria mista”, que acaba por confundir os pesquisadores, que não obtém solução única para decidirem o melhor caminho a tomar. Como já afirmamos, sendo a vida um processo contínuo, a tutela é devida, independentemente do nascimento de fato.

Os recentes desenvolvimentos dos métodos reprodutivos aumentam a dificuldade de tratamento desse tema, para Rafael Garcia Rodrigues⁶⁴, à

⁶² VASCONCELOS, Cristiane. Ob. cit., p. 37

⁶³ Ovócito secundário (ovócito II, ovócito de 2ª ordem, oócito II ou oócito de 2ª ordem) juntamente com o 1º glóbulo polar são as células resultantes da primeira divisão da meiose de um ovócito I (ovócito de 1ª ordem, oócito I ou oócito de 1ª ordem).

medida que somam, segundo ele, mais um elemento diverso das noções jurídicas de pessoa natural (indivíduos concebidos), nascituro (aqueles que estão no ventre materno) e prole eventual (ainda não concebido, ou seja, o embrião humano *in vitro*).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510⁶⁵ (ADI 3510), que declarou constitucional a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia (conforme previsto pelo artigo 5º da Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança⁶⁶), o argumento chave usado pelo relator⁶⁷ é que, segundo ele, perante o ordenamento jurídico brasileiro, o embrião humano não é pessoa.

O relator admitiu explicitamente que “o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino”. Para ele, o zigoto humano não é pessoa simplesmente “porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro”⁷².

À mesma conclusão chega Ronald Dworkin, defensor da sentença *Roe versus Wade*, que em 1973 declarou constitucional o direito ao aborto nos EUA. Segundo esse pensador (que, aliás, é citado no voto de Carlos Ayres Britto), essa decisão da Suprema Corte norte-americana baseia-se

⁶⁴ RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo Código Civil** in A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional (Coordenador: Gustavo Tepedino), p.7

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510/05. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 5.06.2008. Data de publicação: 20.06.08. A ação foi julgada improcedente. Frise-se que em 20 de abril de 2007 foi realizada no Supremo uma audiência pública para a discussão do tema central, composta por autoridades do mundo científico, ocasião em que foram debatidas diversas questões, como o exato momento do início da vida humana.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Ministro Carlos Ayres Brito

fundamentalmente sobre a tese de que **a criança por nascer não é pessoa**. Em seu livro “Domínio da vida”, o autor afirma que, se o nascituro (que ele costuma chamar de “feto”) fosse pessoa, o aborto seria inadmissível em todos os casos, inclusive em “estado de necessidade” ou em caso de gravidez resultante de estupro:

Em termos morais e jurídicos, é inadmissível que um terceiro, como um médico, mate uma pessoa inocente mesmo quando for para salvar a vida de outra.

[...].

Do ponto de vista de que o feto é uma pessoa, uma exceção para o estupro é ainda mais difícil de justificar do que uma exceção para proteger a vida da mãe. Por que se deve privar o feto de seu direito a viver e obrigá-lo a pagar com a própria vida [por] um erro cometido por outra pessoa?⁶⁸

Criticando aqueles que não aceitam o aborto quando o bebê foi fruto de uma relação sexual voluntária, mas o aceitam quando ele foi concebido em um estupro, o autor afirma⁶⁹:

Sem dúvida, a diferença não seria de modo algum pertinente, como afirmei, se o feto fosse uma pessoa com direitos e interesses próprios, pois tal pessoa seria completamente inocente a despeito de qual fosse a natureza ou a intensidade da culpa de sua mãe;

Entretanto, cabe dizer que a polêmica é instigante e provavelmente jamais se chegará a um consenso. Se de um lado, tem-se o argumento contrário à vida do embrião, pode-se dizer que, utilizando-se de algumas das teorias que explicitam o início da vida, poder-se-ia conferir este atributo ao embrião. Senão, vejamos.

Por mais de 2 mil anos, essa indefinição acerca do início da vida foi motivo de inquietação para poucos filósofos. Atualmente, a ciência a torna deveras complexa. Expressões como “proveta” e “manipulação genética” estão cada vez mais presentes no cotidiano. E a pergunta sobre o que é vida, e quando ela começa, tornou-se uma polêmica no seio da sociedade. A resposta sobre a origem de um indivíduo será decisiva para determinar se aborto é

⁶⁸ DWORKIN, Ronaldo. **O domínio da vida**, p.131-132

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Ob. cit. p134

crime ou não. E se é ético manipular embriões humanos em busca da cura para doenças como o mal de Alzheimer e deficiências físicas.

Para José Roberto Goldin, "Ter embriões estocados em laboratório é um evento tão novo e diferente para a humanidade que ainda não tivemos tempo de amadurecer essa idéia", "Biologicamente, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozóide. Mas há pelo menos 19 formas médicas para decidir quando reconhecer esse embrião como uma pessoa." Por isso é importante analisar as diversas teorias, a fim de se formar uma convicção com vistas à propositura de soluções viáveis para os problemas advindos da utilização de embriões humanos em pesquisas científicas de diversas finalidades.

A teoria da fecundação como início de vida sofre um abalo quando se leva em consideração que o embrião pode dar origem a dois ou mais embriões até 14 ou 15 dias após a fertilização. Estima-se que mais de 50% dos óvulos fertilizados não tenham sucesso nessa missão e sejam abortados espontaneamente.

Além dessa visão conhecida como "genética", há pelo menos outras 4 grandes correntes científicas que apontam uma linha divisória para o início da vida. Uma delas estabelece que a vida humana se origina na gastrulação – estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião, formado por 3 camadas distintas de células, chega ao útero da mãe. Nesse ponto, o embrião, que é menor que uma cabeça de alfinete, é um indivíduo único que não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas. Ou seja, a partir desse momento, ele seria um ser humano.

Há ainda (mas não se esgotando aqui) uma terceira corrente científica defendendo que para saber o que é vida, basta entender o que é morte. E países como o Brasil e os EUA (Estados Unidos da América) definem a morte como a ausência de ondas cerebrais⁷⁰. A vida começaria, portanto, com o aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral. Neste sentido, há duas correntes. A primeira diz que já na 8ª semana de gravidez o embrião – do

⁷⁰ Vide legislação brasileira de 1997 definindo o momento do fim da vida. Tal lei cuida da transplantação de órgãos e tecidos humanos.

tamanho de uma jabuticaba – possui versões primitivas de todos os sistemas de órgãos básicos do corpo humano, incluindo o sistema nervoso. Na 5ª semana, os primeiros neurônios começam a aparecer; na 6ª semana, as primeiras sinapses podem ser reconhecidas; e com 7,5 semanas o embrião apresenta os primeiros reflexos em resposta a estímulos. Assim, na 8ª semana, o feto – que já tem as feições faciais mais ou menos definidas, com mãos, pés e dedinhos – tem um circuito básico de 3 neurônios, a base de um sistema nervoso necessário para o pensamento racional.

A segunda hipótese aponta para a 20ª semana, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto.

Por toda esta discussão, perpassa a perplexidade que envolve a função das células-tronco. Do mesmo modo que as primeiras células que formam o embrião humano, as células-tronco são como “curingas”: ainda não foram diferenciadas para formar os tecidos que compõem o organismo. Podem se transformar em células ósseas, renais, neurônios, dependendo da necessidade e do poder de regeneração de cada órgão. Mesmo depois do nascimento, o corpo conserva essas células, sobretudo no cordão umbilical e na medula óssea. Injetando ou incentivando a migração de células-tronco adultas da medula para o coração, por exemplo, os cientistas estão conseguindo fazer o principal órgão humano se regenerar.

A idéia é que a técnica das células-tronco, eleita pela revista Science como a mais importante pesquisa biológica do milênio, possa curar problemas renais, hepáticos, lesões da medula espinhal, mal de Alzheimer e até possibilitem a criação de órgãos em laboratório.

Em 1998, porém, descobriu-se que as células-tronco mais potentes, capazes de se transformar em qualquer um dos 216 tecidos humanos e se replicar com grande velocidade, são as originais, o resultado da fecundação do óvulo com o espermatozóide. Os cientistas utilizam embriões com 3 a 4 dias de desenvolvimento (e entre 16 e 32 células), que sobram do processo de fertilização *in vitro* em clínicas especializadas.

No laboratório, as células-tronco são retiradas num processo que provoca a destruição do embrião. Mas, se a vida começa na fecundação, os cientistas estariam lidando, em seus tubos de ensaio, com seres humanos

vivos⁷¹. O mesmo problema ético acontece com a inseminação artificial, que cria diversos embriões em laboratório e depois os descarta ou os congela. Não só os religiosos consideram essas técnicas um absurdo.

A atual Lei de Biossegurança, a ser interpretada em capítulo ulterior, permite o uso de embriões descartados por clínicas de fertilização e congelados há pelo menos 3 anos – o prazo foi definido para evitar a produção de embriões exclusivamente para estudos.

Mas, como controlar a real e efetiva utilização destes embriões para fins de pesquisa ou para eventuais outros fins? De início, impende vincular a preocupação com o direito à vida e a tutela necessário do embrião humano.

Ao se associar os direitos de personalidade existentes e previstos em nosso ordenamento com a verificação das formas de negociação que visam ao desenvolvimento e a um dito avanço da sociedade, principalmente no que tange à utilização do corpo humano, percebe-se que limites devem ser impostos.

Coadunando-se com o entendimento de Francisco Amaral⁷², questão preliminar é reconhecer que o progresso científico deve-se orientar para promover a qualidade de vida individual e social, pessoal e ambiental, mas também que tais descobertas podem causar problemas que o Direito é chamado a resolver, elaborando estruturas jurídicas de resposta que se legitimem pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Ou seja, todo e qualquer tipo de manipulação da vida humana deve sempre ser analisada à luz da possibilidade de melhoria da qualidade de vida individual e social, mas sem perder de vista os necessários limites, analisados nesta tese. Tais limites pautam-se pela obrigatória observância da dignidade do homem, não devendo ser admitidos experimentos que violem tal fundamento.

No contexto da indisponibilidade como característica importantíssima atinente aos direitos de personalidade do homem, a extra-comercialidade faz-se presente. Tal característica seria a garantia da realização do princípio da integridade e da dignidade da pessoa humana, como se tratará no decorrer do

⁷¹ Na Parte 3 da tese, apresentamos o embate células-tronco *versus* células embrionárias, baseado no entendimento de três respeitáveis geneticistas brasileiras

⁷² AMARAL, Francisco Em: Carneiro. F (Org.). A Moralidade dos Atos Científicos: questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa.p.04

trabalho. Para que se alcance conclusão plausível, faz-se mister a análise de várias nuances relacionadas ao patrimônio genético, tais como os avanços da ciência genética, o papel do princípio da dignidade da pessoa humana⁷³, a proteção conferida à personalidade e a autonomia corporal, bem como os limites da manipulação do genoma, delineados pelo ordenamento jurídico, seja no campo constitucional, seja no campo infraconstitucional.

Como afirma Giselda Hironaka:

O Direito, assim voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar despontam, bem como voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, se estrutura e opera sob sua nova ordem, vale dizer, sob a denominação de Biodireito. E o duo inicial promovido pelo bio e pela ética, se pluraliza, se reforça e se redesenha neste viés jurídico novo, disponibilizado à garantia da preservação da dignidade humana e da dignidade da própria humanidade, num último assento.⁷⁴

Mencione-se, ainda, Eduardo de Oliveira Leite⁷⁵, para quem:

a lei é sempre invocada, porque as leis servem como “meios” face às finalidades que são os valores. O direito procura organizar a conduta de cada um no respeito e promoção dos valores que servem de base à civilização. Logo, é possível afirmar que o direito representa um duplo papel importante: organizar as liberdades e educar a certos valores. E na medida em que a lei é educadora ela tende a se aproximar da moral.

Para Bobbio, o próprio conceito de moral é problemático (A era dos direitos). Para Miguel Reale⁷⁶, o direito civil não prescinde do elemento intencional. Quando se aborda a questão da manipulação genética e da

⁷³ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja.**, p.08 No prefácio de Alfredo Quesada (p. 03), diz-se que “não há dúvida de que a progressiva radicalização do afã de domínio sobre a realidade, decorrente de um certo antropocentrismo imanentista, se refletiu, sobretudo no século XX, em dramáticos projetos e experiências que terminaram por desconhecer e até manipular, paradoxalmente, o valor inalienável da pessoa humana que diziam defender.”

⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4193>>. Acesso em: 07 jul. 2004.

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação** - prelo dos anais do Encontro Regional do Conpendi - e I Simpósio de Bioética e Biodireito - realizados em Londrina/PR de 25 a 27 de maio de 1997, fls 8.

⁷⁶ REALE, Miguel. ob.cit., p.55.

dignidade da pessoa humana, não se pode permanecer com regras que gerem efeitos meramente declaratórios:

é indispensável que as regras e leis que dispõem sobre o desenvolvimento científico e tecnológico sejam cuidadosamente elaboradas. Conforme já foi dito em capítulo anterior, existe um núcleo de questões que precisam ser reconduzidas dentro de regras de caráter moral, e não sancionadas juridicamente; e outro no qual estas questões devam ser mais rigidamente sancionadas e, portanto, codificadas.⁷⁷

Nos dizeres de Sérgio Ferraz⁷⁸, só merece aplausos, no campo da Ciência, mas também da Moral e do Direito, o experimento de engenharia genética que, ademais de não infringir os princípios da dignidade humana e da isonomia, contribui para a concretização do direito à vida. O incrível avanço da técnica e da Ciência, mormente no campo da Genética, abre perspectivas favoráveis ao desenvolvimento da humanidade. No entanto, avanço algum pode ser mal utilizado, sob pena de lesão aos princípios norteadores do convívio em sociedade.

O Direito, nesse contexto, apresenta-se como mecanismo de harmonização entre os interesses da sociedade e o progresso da Ciência. É inegável a necessidade de inserção da moral para complementar as regras enumeradas pelo Direito, no âmbito da legislação civil:

É bastante contundente afirmar que as intervenções eugênicas para modificação genética poderiam alterar a estrutura geral da nossa experiência moral. Isso nos permitiria entender que, em alguns aspectos, a técnica genética irá nos confrontar com questões práticas, que se referem a *pressupostos* de julgamentos e ações morais. O deslocamento da “fronteira entre o acaso e a livre decisão” afeta de *modo geral* a autocompreensão de pessoas que agem de forma moral e se preocupam com a própria existência. [...] Por enquanto, as razões morais que proíbem instrumentalizar indivíduos enquanto exemplares da espécie para esse objetivo coletivista ainda estão firmemente ancoradas nos princípios da constituição e da jurisprudência⁷⁹

Constata-se que a análise da tratativa da manipulação de genes humanos à luz da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais

⁷⁷ GARRAFA, VOLNEI; Sérgio Ibiapina Ferreira Costa. Gabriel Oselka. **A Bioética no Século XXI** - (Posfácio) Disponível em <http://www.cfm.org.br/bancotxt/bioetica/Partel.htm>. Acesso em 07.10.04.

⁷⁸ FERRAZ, Sérgio. ob.cit., p.40.

⁷⁹ HABERMAS, Jurgen. ob.cit., p. 40 e 67

pertinentes deve ser realizada sob o prisma da doutrina brasileira e estrangeira, na tentativa de se criar um olhar crítico, voltado aos anseios da sociedade.

A embriologia humana tem demonstrado que é a partir da fusão das duas células germinativas altamente especializadas e programadas que começa a existência de um novo ser, como um sistema único e diferente daqueles que lhe deram origem. O zigoto já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele, dentre outras. Portanto, para esta corrente, a fecundação é o marco da vida.

Adotando-se a corrente concepcionista, não há que se falar em potencialidade de pessoa, sendo potencial apenas o seu desenvolvimento. É freqüente, neste contexto, a confusão estabelecida no que pertine ao significado do termo potencialidade: o ser humano é, no embrião, uma simples possibilidade formal ou uma possibilidade real?

Por outro lado, as teorias genético-desenvolvimentistas procuram condicionar o início da vida humana à eleição de fases mais ou menos importantes durante o desenvolvimento embrionário. Haveria, então, um “antes” e um “depois”, na aquisição da dignidade humana, como muito bem aponta Eduardo Leite⁸⁰. Entretanto, tal teoria é de difícil aceitação, porquanto não há gradação para o fundamento da dignidade da pessoa humana, conforme se verá no decorrer da tese.

Não há um consenso mundial sobre a liberação das pesquisas com células humanas. A Inglaterra foi o primeiro país a liberar, em agosto de 2000, os experimentos com células-tronco de seres humanos. Na Alemanha, a criação de embriões para pesquisa é proibida, embora eles possam ser importados de outros países. No restante da Europa, o assunto ainda é motivo de restrições éticas. Países como Austrália e Israel já se posicionaram a favor das pesquisas, como demonstramos.

Em agosto de 2003, o então presidente dos Estados Unidos da América do Norte, George W. Bush, anunciou sua decisão de permitir o financiamento público à pesquisa com células-tronco embrionárias, mas de forma limitada. Foram liberados US\$ 250 milhões para pesquisas em apenas

⁸⁰ LEITE, Eduardo. Ob.cit..

60 linhas de células-tronco já existentes, que tenham sido criadas com o consentimento dos doadores, a partir de excesso de embriões fecundados apenas para fins reprodutivos.

Os cientistas americanos não ficaram muito satisfeitos. Queriam permissão para cultivar células-tronco a partir dos 100 mil embriões que estão congelados em clínicas de fertilidade.

O então presidente do referido país se opôs, inicialmente, ao financiamento público à pesquisa. Em relação ao financiamento privado não há nenhuma imposição.

Pouco tempo depois de assumir, Bush revogou regulamentações propostas pelo governo Clinton. Um tempo antes, em abril de 2001, cancelou um painel destinado a analisar projetos de pesquisa.

A decisão do financiamento limitado é considerada um meio-termo entre os que dizem que à pesquisa com células-tronco vai garantir avanços na medicina e aqueles que não admitem a destruição de embriões humanos nessa tarefa.⁸¹

Independentemente da exata teoria adotada, deve-se adotar uma postura, de acordo com nosso posicionamento, sempre protetiva à vida humana, visando ao afastamento das perplexidades advindas de manipulações artificiais em suas mais variadas formas.

A presente tese, para fins de justificar a necessidade de delimitação da conduta dos cientistas ao manipularem os embriões, adota a teoria concepcionista como norteadora deste controle.

No próximo item, trataremos das teorias do início da vida sob uma perspectiva diferenciada: a do Poder Judiciário. Tal análise revela-se fundamental para que nos posicionemos diante dos inúmeros problemas advindos do surgimento de diversas e variadas formas de manipulação da vida humana.

⁸¹ Leis restringem pesquisas com células - tronco – 10.12.2001. Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/clonagem/clone04.htm>

1.1.3 As teorias sobre o início da vida na visão do Supremo Tribunal Federal: o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510

Na data de 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência da ADI n. 3510⁸², por seis votos (Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Melo – decidiram pela improcedência sem ressalvas) a cinco (Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau) julgaram a ADI parcialmente procedente, estabelecendo algumas orientações para a realização das pesquisas, todavia, sem proibi-las). Ressalte-se que o objeto da Ação era a pretensa inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que dispõe:

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 pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e 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.

Pretendia o procurador geral da República a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo supra em razão da violação do direito à vida. Os conteúdos de cada voto são aqui apresentados, pois muitos dos fundamentos corroboram com a presente tese.

⁸² Que tinha como questão central a constitucionalidade do artigo quinto da Lei de Biossegurança, que permite a utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa.

1.1.4 A possibilidade de utilização de embriões para pesquisas científicas: análise dos votos favoráveis à manutenção do dispositivo da Lei de Biossegurança

Os seis ministros que votaram pela total improcedência da ação elencaram diferentes teses, mas todas convergentes no sentido de não haver violação do direito à vida, embora tenham feito ressalvas em relação à utilização dos embriões. Vejamos as teses defendidas:

a) As técnicas de reprodução artificial assistida trazem consequências na ótica jurídica, especificamente no que tange à possibilidade de manipulação de embriões. Neste sentido, deve-se realizar uma equação jurídico-constitucional para o fim de resolver a questão. Devem-se diferenciar termos imprescindíveis à exata compreensão da matéria, quais sejam “feto” e “embrião *in vitro*”⁸³. A Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural;

b) a decisão por uma descendência exprime um tipo de autonomia de vontade

individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado na dignidade e paternidade responsável; a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados

⁸³ Conforme as fls. 34 de seu voto (Ministro Ayres Britto), assevera: Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”.

e que se revelem geneticamente viáveis. Assim, se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada;

c) no embrião o que se tem é uma vida vegetativa. O embrião congelado não tem condições de se tornar um feto ou um ser humano já que teria que ser implantado em um corpo feminino para se desenvolver;

Comentário: Salientamos nossa discordância com afirmação feita pelo ministro relator da ação⁸⁴ no sentido de se constituir a Lei de Biossegurança em um “bem concatenado bloco normativo”. Não concordamos com esta afirmação, sustentando-nos na evidente incompletude e inadequação da lei, que ao tratar de diferentes matérias, deixa de aprofundar o tema das células-tronco embrionárias, dando margem à diversas e inadequadas interpretações.

Seguem as outras argumentações:

d) O embrião humano não pode ser considerado sujeito de direitos. O pré-embrião, que é o caso do material que permanece nos laboratórios, em decorrência das técnicas de reprodução artificial, não pode ser considerado nascituro, pois não tem possibilidade nem viabilidade de nascimento. Não há uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não seria papel do Supremo o estabelecimento de conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal.

⁸⁴ O relator da ação foi o Ministro Carlos Ayres Britto

e) o debate sobre a utilização dos embriões humanos nas pesquisas de células-tronco deveria estar necessariamente precedido do questionamento sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade, existindo tão somente uma Resolução do Conselho Federal de Medicina⁸⁵ Não há qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana na permissão contida no dispositivo da Lei, porque a mesma estabelece rígidas restrições (prazo, inviabilidade, condutas criminosas, dentre outros);

f) há uma clara distinção entre as figuras do pré-embrião e do embrião, sendo estas unidades biológicas detentoras de vida humana individualizada e aqueles uma massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir.

Comentário: Aqui, é afirmado que a legislação brasileira já traria restrições suficientes, argumentação com a qual discordamos, porquanto é evidente que a lei é incompleta e inadequada, tratando de forma superficial a manipulação genética humana.

g) há uma urgente necessidade de controle das clínicas de reprodução assistida. Esta ausência de fiscalização poderia levar a técnicas eugênicas e dissonantes da razoabilidade. As pesquisas com células-tronco embrionárias não devem ser obstadas, desde que com os limites e controles e sem desrespeito à dignidade da pessoa humana. Foram propostas limitações à lei de biossegurança, dentre elas: 1 - no caput do artigo 5º (que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias), declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme a Constituição, "para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as

⁸⁵ Resolução 1.358, de 11.11.1992, que adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução artificial assistida.

expressões 'pesquisa' e 'terapia' como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos"; 2 - Ainda no caput do artigo 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, "para que a fertilização 'in vitro' seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, ou proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal; 3 - No inciso I , declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão "embriões inviáveis" seja considerada como "referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco"; 4 – No inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto,"para que sejam considerados embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), ou que, já congelados na data da publicação da Lei 11.105, depois de completarem três anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause suas destruição"; 5 – No parágrafo primeiro, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto,"para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores";6 – No parágrafo segundo, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, "para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo

considerado crime a autorização para utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização”⁸⁶;

h) independentemente das emoções trazidas na audiência pública que teve a participação de diversos membros da sociedade, o juiz deve pautar-se, em sua decisão, à prevalência da ordem constitucional vigente. O ponto determinante para a análise é a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005. Nesse contexto, é apontada a importância de não se interpretar o julgamento como o meio viável para a eficaz solução e obtenção de cura para doenças⁸⁷. Não se trata da salvação imediata daqueles que padecem de males que poderão vir a ser sanados ou diminuídos em seus efeitos pelo êxito de pesquisas científicas da medicina regenerativa. Além disso, ressaltou-se que:

- a ação não tem o condão de transferir ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de afirmar quando começa a vida;
- há de se afirmarem o princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso, sem que se tenha, necessariamente, de afirmar, juridicamente, o momento de início da vida para os fins de garantia de direitos ao embrião ou ao feto;
- deve-se distinguir as finalidades “pesquisa” e “terapia” para o específico objetivo de se analisar a validade constitucional da norma posta em exame. Isto porque os princípios constitucionais relativos à liberdade de pesquisa aliam-se, mas não se confundem com aqueles que informam o legislador infraconstitucional na questão relativa à utilização de terapias.
- desconhecer que o negócio de embriões, a sua venda, a concepção para o uso posterior de embriões, indesejados como seres em fase de formação, buscados apenas como bem a ser manipulado para fins a serem

⁸⁶ Concordamos especialmente com as limitações apresentadas nos itens 1 e 6, que demonstram a necessidade de participação de órgão estatal visando à autorização e a eventual responsabilização, em casos de não observância às regras por ele estabelecidas.

⁸⁷ Neste sentido, ver TOGNOLLI, Cláudio. **A falácia genética.**

cumpridos por laboratórios, é desatender as funções primárias dos Estados e das sociedades de proteger o princípio da dignidade humana⁸⁸;

- deve-se diferenciar as expressões tratamento e terapia, embora usualmente sejam utilizadas como sinônimas⁸⁹;

- a interpretação do artigo quinto, no tocante à expressão “terapia”, deve ser feita restritivamente, já que pesquisas realizadas nesta área iniciaram-se há cerca de uma década, havendo perigo em autorizar procedimentos dissonantes dos preceitos éticos e jurídicos;

- as células-tronco embrionárias, imaturas, primitivas e pluri ou totipotentes, produzidas em laboratórios, são o alvo do dispositivo analisado na ação, não havendo qualquer proibição de utilização das células adultas;

- ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado⁹⁰.

- as pesquisas e o tratamento devem pautar-se pelos princípios da necessidade, segundo o qual deve haver comprovação real de que o experimento científico a ser realizado no material genético humano é necessário para o conhecimento, a saúde e a qualidade de vidas humanas; da integridade do patrimônio genético, proibindo-se a manipulação em genes humanos voltada para mudanças na composição do material genético com o fim de melhorar determinadas características fenotípicas; da avaliação prévia

⁸⁸ Este texto é de autoria da Ministra Carmem Lucia, em obra intitulada **O Direito à vida digna**, p. 82

⁸⁹ Para a Ministra, na página 10 de seu voto, a terapia pode ser tida como a adoção de práticas e procedimentos que conduzam a formas de tratamento. Entretanto, há terapias experimentais, o que poderia indicar, se adotado aquele conteúdo normativo sem o conformar aos princípios constitucionais, que também nestes e para estes casos estaria a lei validando a imediata utilização de embriões e o que é mais e pior, a utilização das pessoas submetidas a tais procedimentos. Terapias feitas a título de experimentação com o uso do ser humano não se compatibilizam com os princípios da ética constitucional, em especial, com o princípio da dignidade da pessoa humana. E neste caso, nem tanto pela utilização dos embriões, mas porque se utilizariam pessoas como verdadeiras cobaias, serventes que seriam à experimentação de técnicas ainda sem qualquer amparo em bases científicas e resultados concretos obtidos nas pesquisas.

⁹⁰ Conforme as fls. 01 do voto

dos potenciais e benefícios a serem alcançados; e, ainda, o princípio do conhecimento informado, que impõe a garantia de manifestação da vontade, livre e espontânea, das pessoas envolvidas, com a divulgação de informações precisas sobre as causas, efeitos e possíveis consequências da intervenção científica;

- o atendimento do disposto no art. 225, § 1º, inc. II, que outorga ao poder público o dever de “fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” reclama maior severidade no regramento das formas de controle das instituições de pesquisa e dos serviços de saúde que as realizem;

- a utilização das células-tronco embrionárias, não aproveitadas no procedimento de implantação, travada assim para a sua potencial transformação em vida futura de alguém, poderá ter o destino da indignidade, que é a sua remessa ao lixo.

Comentários: Percebe-se, pela vasta argumentação trazida, que a cautela na manipulação de embriões humanos impõe-se. Eis a razão da diferenciação entre terapias e pesquisas, nos dizeres de Ellen Gracie⁷³:

Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização in vitro – técnica de reprodução humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem. Além de excedentes no procedimento de fertilização in vitro, os embriões de uso permitido ainda deverão estar dentre Supremo Tribunal Federal aqueles considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por uma nova e futura implantação do embrião congelado

quanto a improbabilidade de sua utilização, para esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento

Mas, o cerne da tese trazida situa-se na não violação da dignidade da pessoa humana; pelo contrário; a indignidade encontrar-se-ia no descarte puro e simples de embriões. Sem a liberdade de realização das pesquisas científicas, o ser humano poderia ter impedido o seu desenvolvimento e a melhoria de suas condições de vida.

Comentários: Ressaltamos, neste ponto, a parte que menciona a fiscalização estatal em relação a estes procedimentos, quando menciona os parágrafos 2º e 3º⁹¹ da Lei de Biossegurança. A ministra⁹² critica, certamente a nosso ver, a incompletude do artigo em delimitar a exata atuação dos denominados Comitês de Ética em Pesquisa. Menciona, também, projeto de lei, ainda desprovido de numeração, apresentado em setembro de 2008 pelo então deputado José Aristodemo Pinotti, que amplia o artigo 5º da Lei de Biossegurança, exigindo autorização especial para pesquisas com embriões humanos congelados por instituições habilitadas e autorizadas pelo CONEP.⁹³

Entendemos que o projeto merece maior discussão e aprofundamento, já que nos parece essencial esta prévia autorização, bem como os critérios elencados acima.

⁹¹ § 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.

⁹² Trata-se do voto da Ministra Ellen Gracie

⁹³ De acordo com o Ministério da Saúde, a CONEP (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa) é uma comissão do Conselho Nacional de Saúde - CNS, criada através da Resolução 196/96 e com constituição designada pela Resolução 246/97, com a função de implementar as normas e diretrizes regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, aprovadas pelo Conselho. Tem função consultiva, deliberativa, normativa e educativa, atuando conjuntamente com uma rede de Comitês de Ética em Pesquisa - CEP- organizados nas instituições onde as pesquisas se realizam. Mencionado projeto tem como principais diretrizes:

- Pesquisas com embriões humanos congelados só podem ser realizadas por instituições especificamente habilitadas
- A autorização especial será concedida pela CONEP.
- Estabelece os critérios para esta autorização, entre os quais:a) pesquisas orientadas por princípios científicos, éticos e humanitários; b) pesquisador com doutorado, no mínimo;c) veda o envio dos resultados e dos embriões humanos congelados para o exterior; d)proíbe a comercialização dos resultados da pesquisa e de criação de patentes; e) atribui à Anvisa a fiscalização da lei e a aplicação de multas e outras penalidades.

i) incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais, sobretudo nesse estágio de evolução da humanidade, em que a própria vida no planeta se encontra ameaçada, estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e valorando os interesses que existem por detrás delas, para, assim, escapar à denominada “coisificação” ou “reificação” do ser humano;

j) a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO deve ser seguida pelo legislador e pelo judiciário brasileiro;

k) a discussão não deve limitar-se a analisar se os embriões merecem ou não ser tratados de forma condigna, ou se possuem ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se são ou não dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano. Devem, sim, centrar-se no direito à vida entendido como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano;

l) outro aspecto relevante para o exame da constitucionalidade da norma impugnada é a total indeterminação do conceito de “inviável”, que figura no inciso I do art. 5º da Lei de Biossegurança, a partir do qual será definido o destino do embrião gerado in vitro; o dispositivo empregado pelo legislador, para permitir a destruição de embriões a partir dos três anos de congelamento afigura-se infundado, sem sentido e destituído de justificativa razoável, pois não há qualquer explicação lógica para conferir-se tratamento diferenciado aos embriões tendo em conta apenas os distintos estágios de criopreservação em que se encontram;

m) é necessário informar aos doadores de material genético, com precisão e lealdade, acerca do que ocorrerá com os embriões destinados às pesquisas, bem como as possíveis alternativas à sua destruição; não é razoável, nem conveniente, permitir que os próprios interessados nas

pesquisas tomem todas as decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios desígnios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade.

Comentários: Ressaltamos, aqui a parcialidade das decisões tomadas pelos próprios entes que realizam a pesquisa científica, ante a ausência de fiscalização e autorização prévias.

1.1.5 As necessárias condições para a manipulação de embriões humanos: os votos com ressalvas

Os cinco ministros que votaram pela parcial procedência, estabelecendo ressalvas, pautaram-se em vários fundamentos éticos e jurídicos que também merecem ser apresentados, como se segue:

a) o significado de embrião, no texto legal, é óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Isto significa que, embora se entenda que pesquisa envolvendo embriões humanos e sua conseqüente destruição afronta o direito à vida, essas razões não conduzem à convicção de que os textos normativos sejam inconstitucionais;

b) a utilização de óvulo fecundado congelado há mais de três anos, com a prévia autorização dos genitores, é adequada à afirmação da dignidade da pessoa humana na medida em que potencialmente permitirá a evolução dos métodos de tratamento médico do ser humano e o aprimoramento da sua qualidade de vida;

c) devem ser estabelecidos, como medidas restritivas, os seguintes requisitos⁹⁴:

- pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e

⁹⁴ Constantes nas fls. 12 e 13 do voto do Ministro Eros Roberto Grau

pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º];

- a “fertilização in vitro” referida no caput do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados;

- a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células tronco.⁹⁵

d) eventual proibição das pesquisas poderia levar o Brasil ao dilema ético de decidir futuramente se seria possível admitir tratamentos desenvolvidos por outros países, que utilizam células-tronco embrionárias em pesquisas;⁹⁶

e) é importante que essas pesquisas sejam rigorosamente fiscalizadas e ressaltou a necessidade de o Congresso Nacional aprovar instrumentos legais para tanto⁹⁷;

f) não há, quanto ao início da vida, baliza que não seja simplesmente opinativa, historiando conceitos, sempre discordantes, desde a Antiguidade até

⁹⁵ Salientamos que tais medidas restritivas demonstram a preocupação com as possibilidades advindas da manipulação genética humana, mostrando-se imprescindíveis a um melhor delineamento do tema. Aqui também se menciona, como na maioria dos votos, a necessidade de controle estatal

⁹⁶ Aqui parece claro que o Ministro Eros Grau, nos moldes do entendimento da Dra. Carmem Lúcia, consegue distinguir as perspectivas de alcance de sucesso com os procedimentos envolvendo células-tronco de embriões de seus efetivos e eventuais resultados concretos. A permissão de manipulação não significa, por si só, a cura imediata de doenças de ordem genética.

⁹⁷ Novamente aqui se verifica a preocupação com a aprovação, por parte do Congresso Nacional, de instrumentos legais dotados de eficácia maior do que normas meramente deontológicas. Acreditamos que não há subsídios suficientes para se proceder a afirmação contida na alínea d), porque as pesquisas ainda não se encontram em estágio devidamente avançado.

os dias de hoje: “o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana”. “dizer que a Constituição protege a vida uterina já é discutível, quando se considera o aborto terapêutico ou o aborto de filho gerado com violência”. “a possibilidade jurídica depende do nascimento com vida”. Jogar no lixo embriões descartados para a reprodução humana seria um gesto de egoísmo e uma grande cegueira, quando eles podem ser usados para curar doenças.

g) o conceito do início da vida, assim como o conceito de morte, não são questões científicas e biológicas, mas filosóficas e morais, definidas arbitrariamente pela legislação de cada país, em consonância com os costumes e com a cultura da população;

h) as pesquisas com células embrionárias obtidas de embriões congelados não se constituem como aborto;

i) em documento elaborado pela Academia Brasileira de Ciências, os cientistas afirmam que a vida do futuro feto está “irremediavelmente condicionada” ao desenvolvimento do embrião no útero;

j) as pesquisas com células-tronco adultas, por enquanto, indicam que elas não são mais promissoras que as embrionárias. Independentemente da teoria ou postura adotada, em sede de delimitação do momento em que se inicia a vida humana, há um “elemento vital” digno de proteção;

k) a questão crucial não seria delimitar o início da vida humana, para fins jurídicos, mas sim de que forma o Estado deveria atuar na proteção desse organismo chamado por ele de “pré-natal”, diante das novas tecnologias. O Estado deveria atuar com base no princípio da responsabilidade, propagado por Hans Jonas, já que o homem tornou-se objeto da própria técnica. Sua tese⁹⁸ reconhece a importância dos avanços biotecnológicos, mas assinala a necessidade de um controle a ser feito pelo Estado. Para ele, à utopia do progresso científico, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova postura por parte do ser humano⁹⁹.

⁹⁸ Voto do Ministro Gilmar Mendes

⁹⁹ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes

A partir destas constatações, tal voto cria uma questão mais específica a ser debatida: se a Lei de Biossegurança regula as pesquisas científicas com embriões humanos com a prudência exigida.

Inicia-se, aqui, a crítica presente no voto, no sentido de ser apenas um artigo de mencionada Lei, qual seja o artigo quinto, insuficiente para regular tema de tamanha complexidade. A lei seria vaga e deficiente no tratamento do tema, por ter deixado a cargo do Poder Executivo a regulamentação do tema, o que foi feito pelo Decreto 5591/05¹⁰⁰.

Segue-se tecendo considerações acerca da utilização do princípio da proporcionalidade no tema alvo da discussão, trazendo a doutrina alemã para corroborar sua tese, no sentido de se diferenciar mencionado princípio baseado na proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou na proibição deficiente (*Untermassverbot*).¹⁰¹

No caso brasileiro, o Estado estaria incluído na proibição deficiente, sendo seu papel empregar medidas suficientes tanto de caráter normativo quanto material que levem a alcançar uma proteção eficaz e adequada.

Antes de concluir o seu voto, o ministro traz o tratamento legislativo acerca de matéria em alguns países, que tratam diferentemente do tema, mas todos eles, segundo o ministro, de maneira rigorosa e responsável, conduta a ser seguida pelo Brasil.

¹⁰⁰ Este decreto encontra-se anexado e tem como função regulamentar dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que 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, bem como normas para o 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.

¹⁰¹ Segundo o Ministro, na página 16 de seu voto, No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada: o ato e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

I) Ao interpretar o artigo quinto da Lei de Biossegurança e a ação proposta, são apontadas as seguintes críticas:

- o dispositivo encontra-se inserido em lei não específica, que tem como objeto central os organismos geneticamente modificados;
- a declaração de inconstitucionalidade total traria mais prejuízos ainda, porquanto deixaria um “vácuo normativo” mais danoso à ordem jurídica;
- deve-se realizar uma interpretação conforme a Constituição Federal, evitando o mencionado “vácuo normativo”. Neste sentido, a assunção de uma “atuação criativa” pelo Tribunal poderia solucionar os entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional, como no caso em tela;
- a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano.

Com base em tais pontos, o voto pugnou pela constitucionalidade do dispositivo em tela, condicionando-se a permissão para as pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética em Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Comentário: Percebe-se, assim, que o voto acima comentado tem em seu conteúdo inovação instigante, ao condicionar a realização das pesquisas à permissão de um órgão estatal. Este voto é aquele que mais se adéqua à tese aqui desenvolvida.

A proposta da presente tese vincula-se a esta idéia trazida no texto do Ministro Gilmar Mendes, mormente porque nosso objetivo é demonstrar a necessidade de criação de um órgão de controle mais rigoroso para analisar a pertinência dos experimentos científicos que utilizam embriões humanos.

Mas não se pode negar a insuficiência de atuação de órgão eminentemente ético, que não dispusesse qualquer responsabilização em caso de descumprimento aos direitos fundamentais do ser humano.

Neste sentido, a preocupação trazida no voto em comento é digna de um maior aprofundamento, já que a sociedade brasileira precisa ter limites

mais precisamente estabelecidos quando se trata da atuação de profissionais que manipulam embriões com finalidades diversas. De fato, como afirma Michelangelo Trigueiro,

Ao propiciar grande questionamento no interior da sociedade e entre os indivíduos, em seus contextos de interação diária, a nova biotecnologia suscita a possibilidade de ampliação da comunicabilidade e discussão com base nos interesses práticos e nos valores em torno dos quais se deve organizar a vida em sociedade (...). O futuro é sempre possibilidade aberta, mas será construído segundo condições e limites bem definidos, os quais precisam de ser muito bem conhecidos.¹⁰²

Destacam-se, portanto, a necessidade de novas regulamentações para a proteção das biotecnologias¹⁰³, não havendo apenas que se analisar a permissão no que se refere às manipulações envolvendo embriões humanos.

Analisemos separadamente os principais pontos levantados por Gilmar Mendes, porquanto se amoldam ao núcleo central da tese:

- O artigo que permite a manipulação embrionária encontra-se em local inadequado: de fato, a Lei de Biossegurança teve como principal propósito a regulamentação da produção dos organismos geneticamente modificados. A inserção de dispositivo acerca do embrião ficou deslocada. Entendemos, como o Ministro, que deveria haver legislação ordinária específica para tanto, que previsse quais são os limites e as possibilidades na manipulação de embriões. O tratamento pela Lei de Biossegurança é inadequado e insatisfatório, tanto é que gerou a discussão que ora se interpreta
- O caminho não é declarar a inconstitucionalidade de artigo que permite que os embriões sejam utilizados. Já temos um vácuo considerável nesta matéria, na legislação brasileira. Não podemos aumentá-lo, sob pena de concretização da insegurança jurídica no que tange à experimentação científica.

¹⁰² TRIGUEIRO, Michelangelo. **O Clone de Prometeu**. p.214

¹⁰³ O professor Eduardo de Oliveira Leite, em 1993, já afirmava, ao tratar das procriações artificiais, que o silêncio legislativo sobre matéria de relevância capital e a liberdade com que os Tribunais vem se posicionando frente aos casos concretos tem gerado uma indefinição ou falta de uma linha de conduta clara, precisa, objetiva, capaz de determinar a exata dimensão dada pelo Judiciário às novas possibilidades tecnológicas surgidas no campo da biomedicina. Vide LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p.427.

- O Judiciário deve ser criativo, como ocorreu mesmo no voto do Ministro, ou seja, devem ser criadas soluções viáveis para a minimização da polêmica envolvendo os embriões humanos
- Há clara necessidade de instituição de um órgão para autorização de pesquisas e terapias envolvendo as células extraídas do embrião. Diferentemente, entretanto, da posição do Ministro Gilmar Mendes, entendemos que os órgãos existentes não são hábeis a minimizar os problemas decorrentes da atuação abusiva de várias clínicas e instituições.

De fato, os fundamentos apresentados no voto acima analisado podem ser considerados a base para um novo regramento, que se faz necessário diante dos constantes abusos cometidos em algumas instituições envolvidas com a manipulação genética.

Neste momento, para que possamos apresentar a proposta central da tese, faz-se necessário analisar a evolução da proteção ao sujeito à luz do sistema jurídico brasileiro.

A intenção do próximo item é demonstrar o desenvolvimento do conceito de pessoa e a possibilidade de inserção do embrião humano nesta categoria.

1.2 DA SUBSERVIÊNCIA AO MERCADO TECNOLÓGICO: PROTEÇÃO AO SUJEITO

1.2.1 A limitação do conceito de pessoa e o desenvolvimento jurídico de sua proteção

No período clássico do Direito Romano, o vocábulo *persona* designava o ser humano. *Caput* era aquele dotado de direito subjetivo, sendo livre ou escravo, independentemente de sua personalidade. Os primeiros eram os *caput liberum* e os últimos, *caput servile*. Assim, todos eram, para os romanos, *caput e persona*.

Em Roma, a personalidade não decorria de lei e nem esta lhe servia de substrato. Quem nascia ser humano tinha personalidade, fosse livre ou escravo. Já a concepção de pessoa diferia bastante do conceito atual. O fato é que, mesmo que de maneira rudimentar, havia em Roma diversas manifestações da personalidade e de sua proteção, obviamente que respeitados os critérios sociais, intelectuais e tecnológicos da época.¹⁰⁴

Desde cedo, entre os romanos, a pessoa era entendida como o ser humano, significando o sujeito de direitos e obrigações. Está sintetizado no dizer de Gaio, consolidado nas Instituta:

todo o nosso direito diz respeito às pessoas, às coisas e às ações.” O estudo do direito começa sempre pelas pessoas, porque sem a compreensão delas, não será possível conhecer o direito. Outro trecho das Instituta diz: “Tratemos primeiro sobre as pessoas. Com efeito, pequeno é o conhecer jurídico se desconhecemos as pessoas, por causa das quais o direito é constituído¹⁰⁵.

No Direito Romano, o conceito de pessoa é diferente do conceito de homem. Toda a ordem jurídica é estabelecida por causa dos homens. Em Roma, não bastava ser humano para ser pessoa. Tal como nos demais sistemas da Antiguidade, não havia igualdade jurídica entre todos os seres humanos. O estrangeiro, por exemplo, inicialmente, é homem, mas não é considerado pessoa para os romanos, ou seja, não é sujeito de direitos. Só algum tempo depois, com a formulação do ‘*ius gentium*’, o estrangeiro ganhou este reconhecimento. Naquele período, a integridade física teve alguma tutela na *Lex Aquilia* (que deu direito de ação à sua tutela) a *Lex Fabia* que reconheceu meios processuais à defesa de direitos inerentes à personalidade. A liberdade de quem estava preso injustamente era motivo de *interditum*.¹⁰⁶

No período correspondente à Idade Média começou a formar-se o conceito moderno de pessoa humana, que se fundamenta na dignidade e na

¹⁰⁴ Como aponta o Prof. Szaniawski, às fls. 15 de sua obra **(Direitos de Personalidade e sua Tutela)** , “quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro *status*, a exemplo dos escravos que, não possuindo liberdade, não sendo cidadãos e nem podendo constituir família por meio de justa núpcias, não tinham personalidade, apesar de serem seres humanos”

¹⁰⁵ CRETELLA JÚNIOR. J. **Curso de direito romano**, p. 33

¹⁰⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Ob.cit., p.21

valorização do indivíduo como pessoa. Tal conceito vem evoluindo e sendo lapidado nas diversas fases históricas da humanidade.

Inicialmente, o termo pessoa servia para representar a “substância individual de natureza racional”, como afirmava Boecio¹⁰⁷, para depois passar a ser considerada como em “ente que existe por si mesmo” como afirmou Gonella.¹⁰⁸

Para este último, a idéia de pessoa implicava a idéia de indivíduo, mas não se identificava com o mesmo. A suprema dignidade do ser humano é a razão; e esta, seria o pressuposto da sua dignidade e liberdade. Neste período, foi o Cristianismo a força que fez com que a figura do homem (até então mitigada) fosse elevada à posição de pessoa dotada de subjetividade de maneira efetiva.¹⁰⁹

Como diz o professor Juan Castan Tobeñas¹¹⁰

[...] foi o Cristianismo que desde seus primeiros momentos afirmou o indivíduo como um valor absoluto, exaltando o sentimento de dignidade da pessoa humana e proclamando uma organização da sociedade que viesse a permitir o total desenvolvimento de sua personalidade, sem prejuízo para o bem comum, ao revés, colaborando para o desfrutar deste.

A queda do Império Romano e as invasões bárbaras firmaram a chamada “Idade das Trevas”, baseada no sistema feudal e tendo como nascente a doutrina cristã. Tal doutrina advém, em sua grande parte, da analogia de um Deus pessoal, dos atributos da santíssima trindade e da própria pessoa do Cristo. Neste sentido, os estudiosos debateram acerca dos conceitos de pessoa, substância e essência para, finalmente, no século XII, chegar-se ao consenso de que a pessoa está num ser completo e independente (*persona como per se una*)¹¹¹.

À definição de pessoa, no período renascentista, foi acrescentado o elemento da **dignidade humana**, alicerce da luta por estes direitos, que se deu

¹⁰⁷ Apud SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade na antiga Roma**, p. 23.

¹⁰⁸ GONELLA, G., *La Persona nella Filosofia del Diritto*, p. 27.

¹⁰⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Ob.cit.*, p.23

¹¹⁰ TOBEÑAS, Juan Castan. **Los Derechos del Hombre**, p. 41.

¹¹¹ Conforme se observa dos vários artigos que compõem a obra “**Identidade e estatuto do embrião humano**”, coordenada por Juan de Dios Vial Correa e Elio Sgreccia

nos séculos posteriores. Para a doutrina cristã, o ser humano é dotado de livre arbítrio e deve conduzir na vida terrena suas ações de acordo com esta liberdade, permitindo assim um juízo de apreciação meritória no agir do indivíduo.

Na seqüência, esta visão se alarga e ocorre uma tomada de consciência por parte dos teóricos, que afastam somente o prisma da fé para acrescentar à análise, uma vivência mais ativa, enaltecendo a ação, a atitude do homem. Assim, a concepção de pessoa na Idade Média ganhou a conotação de uma pessoa moral dentro da doutrina cristã. Houve, então, a elevação do conceito do homem que luta pelos seus direitos, fazendo nascer a pessoa moral, a pessoa política.

Nos séculos XV e XVI, conforme afirma Elimar Szaniawski¹¹², já existiam conceitos que diziam respeito ao direito de pessoa sobre seu próprio corpo (que já não era considerado como direito de propriedade), dentre outros, mas a proteção humana, reconhecida pelo Estado só teve real ênfase com o liberalismo na Inglaterra do final do século XVII. Para tal ideário, segundo o autor, contribuiu o regime de governo monarquista constitucional (instituído pela revolução dos barões contra o rei João-Sem-Terra, em 1215)

Nesta era, surgiram as doutrinas contratualistas, cuja grande virtude foi a de retirar de Deus a origem dos Estados para situá-la em um pacto celebrado por humanos que viviam, antes, em estado de natureza. Segundo Rousseau, as cláusulas deste pacto refletiriam no que ele chamou de “vontade geral”, representante da união das vontades de cada indivíduo isoladamente. E esta vontade legitimaria a existência do Estado político. Logo, os indivíduos seriam o fundamento de qualquer sociedade, e sua degradação implica necessariamente na degradação social¹¹³

Como observa Lafer¹¹⁴, o filósofo Hugo Grócio, por sua vez, também enfatiza a teoria do Direito Natural, que traz em seu bojo a valorização de cada homem, sendo a razão comum a todos os homens, na forma de um guia para o saber (início da valorização do direito de liberdade de expressão, que teve

¹¹² SZANIAWSKI, Elimar. Ob. cit., p. 24-25.

¹¹³ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos de personalidade**, p. 153.

¹¹⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, p. 121.

enorme relevo durante as revoluções burguesas, sejam elas americanas ou européias).

Ao fim do século XVI , foram promulgados os princípios fundamentais da tripartição de poderes, do sistema representativo, havendo a preocupação com a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem. A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França, por volta de 1770, restringindo-se a idéia tão somente aos direitos individuais, sendo que a positivação destes direitos adveio de situações revolucionárias um pouco mais tarde, uma vez que nestes períodos o “público” acaba ganhando destaque, detrimento do que é “privado”.¹¹⁵

Entretanto, o ideário, posteriormente, foi transportado e adotado pela América do Norte: o primeiro passo foi a Declaração da Colônia de Virgínia em 1776, estendendo-se para as demais colônias. Mais tarde, foram inseridas na Declaração de independência das treze colônias inglesas em 1776 e na Constituição Federal, em 1787.¹¹⁶

Embora a Declaração de Virgínia preceda cronologicamente a Francesa, aquela não atingiu a universalidade da segunda. Na França, importância tiveram os enciclopedistas¹¹⁷ para a criação da Declaração dos Direitos do Homem, cujos fundamentos têm origem em sua filosofia, sendo que, em 1789, com a queda da monarquia absoluta e a Revolução, a Assembléia Nacional instituiu o Estado liberal com base no individualismo. Neste mesmo ano, promulgou-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (de 1789, que se preocupava somente com a questão individual), esta foi influenciada pelos debates levantados nos Estados Unidos da América, mas não passou de inspiração, eis que a Declaração Americana é muito concreta:

¹¹⁵ Salientamos que a expressão direitos fundamentais não se confunde com a expressão direitos de personalidade. Enquanto aquela designa conjunto de prerrogativas que, em momentos históricos específicos, concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos, os direitos de personalidade designam, conforme Carlos Bittar, aqueles à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos" Em: **Os direitos de personalidade**, p.01)

¹¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Ob.cit., p.25

¹¹⁷ Filosofia que tem como principais precursores Rousseau, Montesquieu e Voltaire, dentre outros, de acordo com o afirmado por Elimar Szaniawski às fls. 25 da obra já citada

estabeleceu modalidades de direito, definiu garantias e procedimentos políticos destinados a evitar abusos dos detentores do poder.¹¹⁸

A Declaração Francesa objetivou proclamar direitos globais concernentes não só aos franceses, mas a todos os homens. Assim, o cerne destas duas Declarações que firmaram os direitos da pessoa como símbolo da igualdade e da liberdade pregada pelos revolucionários foi a preocupação com o atendimento à dignidade humana, conforme examinaremos a seguir. Posteriormente, a Declaração Francesa foi seguida pelas Constituições de 1791, 1793 e 1814, conforme Elimar Szaniawski.¹¹⁹ Mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹²⁰ (ONU, 1949), veio preencher as lacunas deixadas pela primeira Declaração (a de 1789), mormente no que pertine ao seu caráter individualista, resquício dos princípios iluministas da Revolução Francesa. De acordo com Elimar Szaniawski:

A partir dessas Declarações passou, a pessoa, a ter garantias de seus direitos fundamentais com a proteção assegurada de sua vida, de sua honra, de sua liberdade, de sua integridade física e psíquica, da igualdade, da intimidade, do segredo etc., nas Constituições e leis dos povos que referendariam e inseririam em suas legislações os mencionados direitos¹²¹.

Outro ponto a destacar-se é o fato de que o Código Napoleão (1804), considerado o marco do positivismo da era moderna, não logrou separar em dispositivo algum os direitos de personalidade. Quem o fez primeiro foi a Lei Romena (1895), que dispunha sobre o direito ao nome. Em 1900, o Código alemão dispôs em seu artigo 12¹²² o mesmo direito¹²³. Em 1907, foi publicado o

¹¹⁸ Conforme Elimar Szaniawski, ob. cit., fls. 24-27

¹¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Ob. cit., p. 25-26

¹²⁰ O artigo 1º da Declaração prevê que todos os humanos são livres e iguais em dignidade e em direitos, são dotados de consciência e deveres de agir, uns para com os outros, em espírito de fraternidade. Além disto, o artigo 2º veda a distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, de origem nacional ou social, fortuna, nascimento, acerca do estatuto político, administrativo ou internacional do país ou território. Há ainda a previsão do artigo 3º, no sentido de que todos os indivíduos têm direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. O artigo 12 dispõe que não poderá ocorrer invasões arbitrárias na vida privada, da família, do domicílio, da correspondência da honra ou da reputação, tendo todas as pessoas direito à proteção da lei contra estas invasões e atos que possam atingi-los. Isto, em tradução não literal.

¹²¹ SZANIAWSKI, Elimar. Ob. cit., p. 26.

¹²² "Se o direito de uma pessoa a usar um nome é contestado por outra pessoa, ou se o interesse da pessoa com direito ao nome é ferido pelo uso não autorizado do mesmo nome por

¹²³ De acordo com Elimar Szaniawski, Ob. cit., p. 27-28

Código Civil Suíço, que em dois de seus artigos conferia atributos inerentes à personalidade humana. Este Código sofreu recentes modificações, passando a dispor em diversos dispositivos sobre a proteção da personalidade, como se infere dos artigos 27 e 28¹²⁴.

A partir da vigência do Código Italiano (1942) deu-se nova ênfase aos direitos de personalidade, sendo que seis de seus artigos regulam aspectos da personalidade, tais como o direito ao próprio corpo (artigo 5º.); o direito ao nome (artigo 6º.), sua tutela (artigo 7º.) e sua tutela por razões familiares (artigo 8º.); o direito ao pseudônimo (artigo 9º.); o direito à imagem (artigo 10º.)¹²⁵. Este código pode ser considerado um grande marco no que pertine à proteção da pessoa e passou a servir de inspiração para outras normas.

¹²⁴ Art. 27

1 Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils.

2 Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs.

Art. 28

Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

2 Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

¹²⁵ rt. 5 Atti di disposizione del proprio corpo

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (1418).

Art. 6 Diritto al nome

Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito.

Nel nome si comprendono il prenome e il cognome.

Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati.

Art. 7 Tutela del diritto al nome

La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni (2563).

L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali.

Art. 8 Tutela del nome per ragioni familiari

Nel caso previsto dall'articolo precedente, l'azione può essere promossa anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette.

Art. 9 Tutela dello pseudonimo

Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7.

Art. 10 Abuso dell'immagine altrui

Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.

Em 1950 foi promulgada a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que prega o respeito à vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência das pessoas. Tendo entrado em vigor em 1953, é composto por sessenta e seis artigos e apresenta preocupação com a pessoa em todos os seus aspectos: vida, igualdade e privacidade.¹²⁶

Todas essas Declarações deram especial garantia aos direitos fundamentais do homem, como a proteção à **vida**, à honra, à liberdade, à integridade física e psíquica, da igualdade, da intimidade e do segredo, e passaram a influenciar as Constituições vindouras dali por diante. Entretanto, o panorama social alterou-se como bem observa Elimar Szaniawski:¹²⁷

[...] a ganância humana, a falta de respeito pelo próximo, a exploração de fatos escandalosos através de meios de comunicação e o desenvolvimento de uma tecnologia cada vez mais aperfeiçoada dos aparelhos que invadem a esfera da vida privada alheia trouxeram como que um aprisionamento do ser humano e da sociedade, exercendo, desta forma, uns sobre os outros, um poder e um controle quase que absoluto a tal ponto no continente europeu [...].

Percebe-se, a partir de afirmação de Elimar Szaniawski inserida acima e da própria realidade social contemporânea, que a pessoa vem sendo desrespeitada em inúmeras situações da vida, principalmente em razão do desenvolvimento tecnológico. Eis a razão da preocupação apresentada na tese ora exposta, no sentido de se criarem limites para que a pessoa não seja ainda mais violada em seus direitos essenciais. E aí se inclui a manipulação de embriões humanos.

Não se pode perder de vista, ao se falar da limitação do conceito de pessoa, que não é a personalidade que justifica o tratamento dado pelo Direito ao ser humano. Nos dizeres de Paulo Otero¹²⁸, antes é a circunstância desse ser ter natureza humana que justifica que o Direito lhe reconheça personalidade: **personalidade é uma consequência e não uma causa da intervenção do Direito na tutela do ser humano.** Ou seja,

¹²⁶ Conforme Szaniawski, Elimar, ob. cit. p. 26

¹²⁷ Szaniawski, Elimar. Ob. cit., p. 26-27.

¹²⁸ OTERO, Paulo **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**, p.33

independentemente de previsão legal acerca do início da personalidade e de suas conseqüência, a proteção a esta personalidade preexiste.

A expressão “sujeito” alça a pessoa humana à condição de titularidade de direitos de obrigações, embora esteja hoje sendo alvo de críticas em razão de sua excessiva abstração. Ao diferenciar o sujeito para a modernidade e para a pós-modernidade, pretende-se direcionar a tutela do embrião humano, que deve ser albergado como efetivo sujeito, dotado de independência.

De fato, conforme aponta Michel Mialle, a noção de “sujeito de direito” é um dado básico do sistema de direito, a ponto de toda a teoria civilista ser calcada justamente na idéia de que todo indivíduo é um “sujeito de direito”¹²⁹.

Assim, pretende-se analisar agora a noção de sujeito e seu desenvolvimento permeado pela modernidade e pós-modernidade.

1.2.2. Modernidade, pós modernidade e o sujeito

A proteção ao sujeito deve ser analisada à luz da relação entre o homem e a natureza. Há uma dialética¹³⁰ entre ambos, todavia, têm identidades distintas, pois o homem tem a capacidade do uso da razão, tendo liberdade de escolha. Partindo desta análise, uma das questões que podem ser colocadas é: em que momento da história o corpo humano e, conseqüentemente, a vida humana, passam a ser manipulados? A modernidade ocidental transformou a natureza em ambiente: simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama *dono e senhor*.¹³¹

¹²⁹ MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**, p. 114.

¹³⁰ A dialética é a idéia dos vínculos e dos limites. Trata-se do ponto de vista adotado, por exemplo, por Edgar Morin, quando diz que o homem *guia e segue* simultaneamente a natureza, bem como do astrofísico Hubert Reeves, para quem o homem, dentro e fora da natureza, pode ser considerado hoje como *consciência da natureza, voz da natureza*. Os elementos antagônicos têm, efetivamente, um vínculo, correlacionando-se, formando-se um jogo interativo que contribui para a redefinição de termos existentes. Para a aprofundamento do tema, vide: MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**.

¹³¹ OST, François. **O Direito à margem da lei**, p.10

Pode-se dizer que se vive o reinado do artifício, da máquina e da automatização, em que triunfa a desunião entre o biológico e o tecnológico. Neste sentido, François Ost¹³²

A engenharia genética produz matéria viva de forma controlada em laboratório, enquanto que a indústria da comunicação integra o homem e o computador. Com as máquinas de produção da *realidade virtual*, a modernidade reencontrou o seu conceito: a realidade pode desaparecer, e o homem, acoplado ao aparelho, encerra-se numa liberdade sem paralelo. Adão (etimologicamente, em hebreu: o filho da terra) morreu; Cyborg (o organismo cibernético) nasceu. Com algum atraso, sem dúvida, o jurista acompanha essa evolução[...]

Indaga-se se as pessoas teriam perdido o sentido de sua relação com a natureza, diante de tantos artefatos tecnológicos¹³³. Em sede de utilização de embriões humanos, a manipulação pressupõe a consideração do corpo como objeto. Assim, deve-se analisar se o projeto moderno de domínio tecnológico envolvendo o homem não vem triunfando exageradamente. Parece ter ocorrido uma perda do vínculo do homem com a natureza, ao mesmo tempo em que se inicia uma *ilimitabilidade* humana. Tal é a ótica a partir da qual as questões atinentes à vida humana são analisadas no presente trabalho.

Não se olvida que, conforme os modernos, o homem não se reduz à natureza, e que sua libertação é o sinal mais seguro de sua humanidade. Entretanto, esquece-se o limite, que, por um lado, é o que separa e distingue, mas, por outro, é também aquilo que liga.

Aqui cabe uma diferenciação entre os conceitos de modernidade e pós-modernidade. Eles não se definem apenas em termos de progresso tecnológico. Possuem dimensões mais abrangentes. A modernidade pode ser entendida dentro de uma noção de progresso; uma mudança de padrões e valores que contribuem para o bem-estar do homem¹³⁴. O Estado moderno está

¹³² OST, François. Ob. cit., p. 10

¹³³ Para François Ost, enquanto não for repensada nossa relação com a natureza e enquanto não formos capazes de descobrir o que dela nos distingue e o que a ela nos liga, os nossos esforços serão em vão, ob. cit., p. 09

¹³⁴ Para Renata Steiner, a Modernidade Jurídica forjou um conceito abstrato de sujeito de direito, em desconsideração ao homem concreto e real. Em nome de tal abstração foi e é possível sustentar inúmeras desigualdades formais, aprisionando o indivíduo em uma categoria jurídica, e o dizendo livre e igual, In **Crítica à modernidade jurídica**, p. 04

fundamentado numa legitimidade jurídico racional, deixando de buscar a validade em poderes ditos “divinos”.

Na Modernidade, o sujeito é apresentado como um ser abstrato, representado pelo conceito de **sujeito de direitos**, compreendido de forma totalmente abstrata em desconsideração às vicissitudes do homem real. A este respeito, ensina Luiz Edson Fachin:

a observância desse fenômeno pode ter como ponto de partida a compreensão clássica de sujeito no contrato social e na Declaração dos direitos do homem. Ali está em exposição o produto mais acabado da razão humana que se encerra em si mesmo: o sujeito hipoteticamente livre e senhor de sua circunstância goza de formal dignidade jurídica¹³⁵

Esta abstração do sujeito é ponto de partida para a conceituação de pós-modernidade. Trata-se de um processo de ruptura e afirmação de paradigmas fundados em formas autônomas de vida. A transformação da sociedade não mais se sustenta com a racionalidade moderna. Busca-se um novo Direito, com caráter emancipatório.

Nesse contexto, a cisão entre a idéia de pessoa humana e a do ser humano é uma questão que se coloca dicotomicamente para fins de análises religiosa, filosófica e jurídica, no âmbito da cultura ocidental. A própria história revela, conforme afirma Laura Palazzani¹³⁶, exemplos desta cisão, seja na escravidão (idéia de escravos e homens livres), no colonialismo (separação entre indígenas ou selvagens e colonizadores), no anti-semitismo (entre judeus e não-judeus), nas relações de gênero (entre homem e mulher) e, agora, nas relações tecnológicas (entre o homem e a tecnologia). A atual ciência biológica e a própria democracia questionam tais dicotomias, para fins de estabelecimento de limites entre o lícito e o ilícito no contexto das possibilidades de intervenção e manipulação da vida humana.

Seria realmente o homem e a tecnologia uma dicotomia? Qual a relação do homem com a ciência?

O Direito deve seguir de perto a existência das pessoas. Entretanto, não pode mais considerar o homem no centro do universo, porquanto o modelo

¹³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p. 14

¹³⁶ PALLAZANI Laura. **Identidade e estatuto do embrião humano**, p.31

clássico de valores cedeu espaço ao desenvolvimento da sociedade de tal forma que aquele passou a buscar incessantemente alterar a sua realidade, seja por meio de novas descobertas, seja por meio de manipulações genéticas que inserem a pessoa e a noção de sujeito em plano secundário.

O que se deve buscar é uma coexistência coerente, juridicamente aceitável e eticamente válida entre o homem e as novas tecnologias. Não se pode fazer daquele refém destas. Não se pode inovar desmedidamente, relegando o homem a uma mera máquina ou número. É por tal razão que antes de tratar diretamente sobre o status jurídico do embrião humano apresentam-se as diferentes concepções de sujeitos e seus reflexos na seara do Biodireito. A seguir, apresentam-se os sujeitos biotecnológicos, para, posteriormente, demonstrar-se a subjetividade do embrião humano.

1.2.3. Os novos sujeitos hominescentes¹³⁷

Ao vislumbrar cognições provenientes dos mais variados campos disciplinares, depara-se com duas modalidades epistêmicas: uma imbuída das certezas da tecnociência e outra impregnada pelos princípios da incerteza e da complementaridade¹³⁸. O conteúdo das ciências não tem como ser imune às interferências sociais¹³⁹. A suspeita de que na atividade científica operam não apenas elementos racionais, mas também valores, preconceito, ideologia, competição, corporativismo etc., desloca a sua discussão da epistemologia para a sociologia. Assim, o cientista desce à terra¹⁴⁰, configurando-se um novo contexto teórico para o debate da ciência.

A análise das relações do homem com a natureza como fato histórico encaminha o entendimento da ciência como prática cultural e, nesse sentido,

¹³⁷ Expressão retirada da obra de Michel Serres: **Hominescências: o começo de uma outra humanidade**. (2003)

¹³⁸ ALBUQUERQUE, Leila Marrach. **O sujeito e a realidade na ciência moderna**. A autora propõe a utilização da sociologia do conhecimento para a utilização do princípio da incerteza racional, superando-se a divisão entre as duas culturas mencionadas neste texto.

¹³⁹ Conforme Leila Albuquerque, os anos 60 vão apresentar uma nova reflexão sobre a ciência, elaborada por historiadores e filósofos que, sem dúvida, expressa uma mudança radical na perspectiva que eximia a ciência da análise sociológica.

¹⁴⁰ ALBUQUERQUE, Ob.cit., p.21

as transformações indicam a possibilidade de um novo diálogo com a natureza (e não uma dissociação, tal como invocado no item anterior), delineado no projeto da ciência moderna ou pós-moderna. A noção de sujeito deve-se compatibilizar com a realidade da ciência atual.

O repensar das relações entre sujeito e objeto – manifestação, no método, das noções de sujeito e realidade – é fenômeno que tem ocorrido em vários campos do conhecimento e pode ser aplicado ao presente estudo. Percebe-se uma insatisfação com a hegemonia da ciência ou cientização do mundo, razão pela qual emergem novas noções de sujeito e de realidade¹⁴¹.

Para Michel Serres¹⁴², as biotecnologias trabalham dentro do mesmo quadrilátero do qual surgem os homens e todos os seres vivos, a existência e o tempo: seguindo e dominando as leis necessárias da física e da química do inerte através do genoma, elas têm acesso a um leque de possíveis filtrados pelo impossível, que termina finalmente com a morte, criando com isso uma contingência. Mencionadas biotecnologias conseguiram o acesso à clonagem das células, plantas e animais:

Aqui e ali alguns gêmeos e até mesmo alguns quadrigêmeos desfrutam abertamente de sua própria identidade, a cultura incumbe-se naturalmente de distinguir os organismos semelhantes [...] A clonagem perturba esses laços: quem é o filho ou a filha de quem, não sabemos mais. Como resolver esta questão? [...] quem não ficaria feliz se tudo que tivesse sido perdido no tempo e no espaço se tornasse, novamente, vizinho e familiar?¹⁴³

Portanto, percebemos a necessidade desta releitura procedida em relação ao sujeito, a fim de conseguirmos delimitar a proteção necessário ao embrião humano. .

Face ao exposto, examinaremos a natureza jurídica do embrião à luz dos conceitos de sujeito e pessoa.

¹⁴¹ Para Serres, a pergunta principal é “Quem sou eu?” Uma singularidade que assina por meio de cifras astronômicas e de uma quantidade vertiginosa de números quase inacessíveis.

¹⁴² SERRES, M. Ob.cit., p. 150

¹⁴³ SERRES, ob.cit.. p.47

1.2.4 O embrião como sujeito de direitos: sua necessária proteção

Não há como falar em pesquisas com células-tronco nem de seu controle, sem antes mencionar de onde surgem os embriões previstos na Lei nº 11.105/05.

Para Jerome Lejeune, embrião é a mais jovem forma do ser¹⁴⁴. Antes do embrião existe apenas um óvulo e o espermatozóide; 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.

Para a biologia, antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se zigoto:

O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero até oito semanas depois da fecundação; no começo da nona semana começa a ser denominado feto e conservará essa denominação até nascer. Os termos *doação de embriões*, *transferência embrionária* e *experimentação embrionária* são, portanto, inapropriados, já que em todos esses casos estamos falando do zigoto e não do embrião¹⁴⁵.

Cabe, aqui, apresentarmos as principais fases da vida humana, de acordo com a Embriologia. Primeiramente, tem-se a fertilização, ou seja, a união entre um gameta masculino e um espermatozóide e um gameta feminino (ovócito). Desta junção forma-se o zigoto, mencionado acima. Podemos dizer que esta fase comporta uma série de eventos moleculares coordenados, com duração aproximada de 24 (vinte e quatro) horas¹⁴⁶.

Em seguida, ocorre a clivagem do zigoto, consistente na duplicação das células, conservando o número de cromossomos. Nesta fase, as células são denominadas blastômeros. Estes, quando ultrapassam o estágio de nove células, alteram sua forma e passam a ser chamados de mórula. Isto ocorre cerca de três dias após a fertilização, quando o ser em desenvolvimento

¹⁴⁴ LEJEUNE, Jerome, citado por MESTIERI, João. **Embrião**. Revista Jurídica Consulex n. 32, p. 43

¹⁴⁵ VELASCO, Caroline, ob.cit., p.391]

¹⁴⁶ Tais informações tiveram como base algumas reportagens sobre o tema, bem como o endereço <<http://www.cynara.com.br/embriologia.htm>>. Acesso em 10 mai 2010;

alcança o útero materno. Em seguida, forma-se o blastocisto, uma cavidade no interior da mórula, preenchido por um fluido proveniente do útero.

Tal fluido, ao aumentar a cavidade, separa os blastômeros em uma camada celular externa, formadora da parte embrionária da placenta; e a massa celular que dará origem ao embrião. O blastocisto adere ao epitélio (tecido que reveste o útero) cerca de seis dias contados da fertilização. Sua implantação completa-se ao final da primeira semana.

Gradativamente, há mudanças morfológicas tendentes à formação dos tecidos e órgãos do embrião. Na segunda semana, formam-se, ainda as denominadas estruturas extra-embrionárias¹⁴⁷. Na terceira semana verifica-se a gastrulação, ou seja, o desenvolvimento da forma de corpo, assim como a formação do tubo neural. A partir da nona semana, o ser humano em formação denomina-se feto. A problemática do estatuto do embrião humano e da necessidade de sua tutela verifica-se de forma mais contundente em relação aos denominados embriões pré-implantatários¹⁴⁸. Eles resultam da fertilização *in vitro*¹⁴⁹ e sujeitos à implantação no útero materno, ao congelamento, ao descarte puro e simples e às técnicas de manipulação.

Consoante afirma Jean Bernard, o embrião é uma pessoa em potencial, ou seja, entende que desde a concepção existe uma potencialidade, uma virtualidade de pessoa.¹⁵⁰ Segundo informa, desde a concepção, as condições necessárias ao desenvolvimento dos diversos estados de organização biológica estão claramente presentes no genoma do indivíduo. De acordo com o autor, as pesquisas biológica e médica devem continuar, pois apenas elas podem permitir a prevenção e o tratamento de doenças como

¹⁴⁷ São: a cavidade amniótica, o âmnio, o saco vitelino, o pedículo do embrião e o saco coriônico.

¹⁴⁸ Cabe aqui, diferenciarmos alguns conceitos: a) Embrião: o ser humano durante os estágios iniciais do desenvolvimento. O período compreende a fertilização até o final da oitava semana. Existe, portanto, a partir do instante da fecundação, com o surgimento do zigoto; b) Concepto: o embrião e suas membranas associadas (âmnio, saco coriônico, saco vitelino e a parte embrionária da placenta). c) Feto: o ser humano após oito semanas de desenvolvimento. Esta fase dura até o nascimento.

¹⁴⁹ Neste contexto, citamos a Resolução 1359/92 do Conselho Federal de Medicina que estabelece a proibição da fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana. Estabelece, ainda, o número máximo de quatro embriões a ser transferidos à receptora. Os demais devem ser criopreservados, sendo proibida a sua destruição.

¹⁵⁰ BERNARD. Jean. **A Bioética**, p.72-73

câncer, doenças do coração, doenças genéticas etc., num tempo em que diversas outras, consideradas por um longo período fatais, tornaram-se curáveis. Deve existir precaução, mas não se pode impedir, segundo o autor, a manipulação de embriões.

O Código Civil vigente contém apenas dispositivos aplicáveis ao nascituro, entendido o ser concebido e já implantado no organismo feminino – ou seja, em gestação. Mas, esta normatização encontra-se defasada na atualidade, como se tem demonstrado no trabalho diante do surgimento de novas tecnologias. Atualmente, não há, na normatização infraconstitucional brasileira, disciplina específica que regulamente a situação jurídica do embrião humano, embora o Código Civil atual (diferentemente do antigo), na parte do direito sucessório, mencione o embrião, conforme segue:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga (grifos nossos);

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

De acordo com Eduardo Leite,

O silêncio do Código de 16 é, agora, substituído por larguíssimo dispositivo excedentário. Passa-se, pois, de um regime de silêncio, que não apenas se refere às inseminações artificiais, mas contempla também o complexo e difícil dilema posto pelos embriões, de abstenção do legislador (involuntária, resgate-se a verdade, porque em 1916 a ciência biomédica nem engatinhava nos meandros da bioética) a um regime de voluntária consideração dos novos problemas que ganham espaço legítimo e plausível no novo sistema codificado.¹⁵¹

¹⁵¹ LEITE, Eduardo. **Bioética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**. Em: Grandes Temas da Atualidade. Bioética e Biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos, p.22

O tratamento legislativo deu-se especificamente em relação aos embriões excedentários ou supranumerários¹⁵².

Ainda não há definição legal acerca da destinação de mencionados embriões. O Senado editou o Projeto de Lei 90/1999, ainda em trâmite, que autoriza o seu descarte após 2 (dois) anos de criopreservação, o que não nos parece aceitável levando em conta a afronta tanto aos princípios bioéticos quanto ao sistema jurídico brasileiro.

Em relação ao embrião humano, Heloisa Helena Barboza interpreta a conclusão de Santos Cifuentes ao sintetizar que são, ao menos até o momento, inaplicáveis a ele os conceitos existentes de pessoa, personalidade, sujeito de direito e capacidade, construídos com base em outra realidade fática e para um ordenamento orientado por princípios liberais, com ênfase nos aspectos patrimoniais.¹⁵³ Entendemos que, ainda que se aceite a tese da inaplicabilidade do conceito de pessoa, na esteira do pensamento de José Roque Junges, para quem:

É verdade que o embrião não é ainda pessoa humana em sentido pleno, como também não o é ainda o bebê recém nascido e mesmo a criança antes do uso da razão. O nascimento não representa uma solução de continuidade no processo vital. Os direitos não se adquirem pelo fato de nascer, mas enquanto ser humano.

É certo também que o embrião não tem vida humana plena, mas é um fato inegável que é um vivente humano, porque a sua vida está programada para ser humana plena e desenvolver-se-á a partir das potencialidades intrínsecas sem nenhum salto qualitativo como vida humana. Por isso, pode-se dizer que o embrião, desde o primeiro momento, tem personidade (estruturas antropológicas para tornar-se pessoa) mas ainda não personalidade (as estruturas ainda não foram levadas à expressão, enquanto sujeito) Em outras palavras, já é estruturalmente pessoa, embora não o seja atualizadamente, porque a estrutura pessoal ainda não se desenvolveu plenamente, mas está programada para isso. O desenrolar da estrutura humana será levado a cabo, se não for interrompido¹⁵⁴.

Assim, não restam dúvidas de que o embrião é merecedor de tutela legal, até porque, como já afirmamos, a pretensão de determinar

¹⁵² Conforme o autor supra, às fls. 34, somente 60% dos óvulos (aproximadamente) se transformam em embriões que poderiam ser reimplantados no útero materno. Para evitar o risco de gravidezes múltiplas as equipes médicas limitam o número de embriões transferidos a 3 ou 4, de forma que sempre restam embriões excedentários."

¹⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. **Proteção jurídica do embrião humano**, p. 266.

¹⁵⁴ JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**, p. 136 e 137

cientificamente o momento em que ele passa a ser humano é inviável. O embrião pertence ao gênero humano, inegavelmente.

Com o advento das técnicas e aprimoramento das tecnologias, novos paradigmas familiares são criados. Criam-se, então, novas possibilidades de intervenção na vida humana. Este é o tema central da tese: em vista destas novas possibilidades, devem ser criados mecanismos claros e juridicamente válidos de controle no que pertine a tais intervenções, mormente com embriões humanos excedentes de procedimentos artificiais de reprodução¹⁵⁵

A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são métodos cada vez mais propagados na seara das procriações não naturais.

A primeira consiste na introdução do espermatozoide na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula. Já a fertilização *in vitro*, baseia-se em retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório, e depois realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio¹⁵⁶.

Portanto, os métodos artificiais de Reprodução Humana Medicamente Assistida são **o ponto de partida dos embriões**, mais precisamente a técnica de fertilização *in vitro*. Nesta técnica a ovulação é induzida por hormônios, com o intuito de produzir vários óvulos, para serem coletados e reunirem maiores condições de êxito.

Ocorre que muitos desses óvulos são coletados, fertilizados e não são implantados. Surge assim a problemática do embrião excedentário, ou seja, aqueles que não foram transferidos, já citados quando da transcrição do art. 1597 do Código Civil atual.

Assim, como já visto, sobram embriões¹⁵⁷, ou porque, foram coletados e nem todos foram transplantados, a fim de evitar os riscos à mãe, ou de aborto decorrente de gestação múltipla, ou porque, poderia provocar parto precoce, ou ainda, porque este embrião é inviável, ou seja, possui alguma anomalia cromossômica.

¹⁵⁵ Sobre o tema, vide LEITE, Eduardo. **Procriações artificiais e o direito**, obra já citada na tese.

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flavia; GRACIANO, Lilian. Pesquisas com células -tronco embrionárias e a convenção americana de direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica, p.7

¹⁵⁷ Como afirma Maria Garcia, citando Maria Fernandes *in Os Limites da Ciência*, a qualquer pessoa com mínimos preceitos éticos seria repugnante tratar esses seres vivos de natureza indiscutivelmente humana, como coisas suscetíveis de tráfego jurídico ou meros objetos de laboratório.

A criopreservação, defendida por parte dos cientistas, possibilitaria a sua futura utilização, sendo implantado no útero pelo casal do projeto parental, para doações, para uso em pesquisas científicas para identificar anomalias cromossômicas ou genéticas.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina 1358 de 1992¹⁵⁸, que dispõe sobre assuntos correlatos, nada prevê, apenas menciona que podem ser transferidos a fresco ou então congelados. O ponto árduo desta análise reside no fato de que as técnicas de reprodução assistida estão cada vez mais desenvolvidas, mas não há restrição legal quanto ao número de embriões a serem transferidos para o útero materno. Conforme afirma Caroline Velasco:

O que agrava esse panorama é a procura descomedida pelas técnicas de reprodução. Tecnologia feita para auxiliar casais com casos de infertilidade e esterilidade tem sido utilizada, contemporaneamente, para a escolha de determinadas características fenotípicas. Essa manipulação é feita por meio do diagnóstico genético de préimplantação utilizado, a princípio, para diagnosticar casos de doenças hereditárias graves ou mesmo de doenças decorrentes do sexo da criança. Habermas discorre, brevemente, sobre essa técnica: O diagnóstico genético de pré-implantação torna possível submeter o embrião que se encontra num estágio de oito células a um exame genético de precaução. Inicialmente, esse processo é colocado à disposição de pais que querem evitar o risco da transmissão de doenças hereditárias. Caso se confirme alguma doença, o embrião analisado na proveta não é reimplantado na mãe [...].¹⁵⁹

Frisemos novamente a proposta de alteração legislativa (PL 90/99) que pretende autorizar o descarte dos embriões em comento. Trata-se de uma afronta aos ideais éticos e jurídicos apresentados neste tese. De fato, todo embate pauta-se em conferir ao embrião a condição de ser humano, ou não, e valorá-lo como pessoa e conseqüentemente reconhecer-lhe o direito à vida.

¹⁵⁸ Segue trecho da Resolução: VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES
As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

¹⁵⁹ VELASCO, Caroline. Reflexões sobre a natureza jurídica dos embriões excedentários na experiência brasileira contemporânea, p.397

Os embriões humanos *in vitro* pertencem a um projeto parental. É este o seu estatuto biológico e ético e é por ele e nele que devem ser protegidos, com autonomia e responsabilidade.

Marco Segre¹⁶⁰ afirma que cabe ao sujeito, ou seja, à pessoa humana, decidir sobre o destino dos embriões excedentes, devendo-se alterar a caracterização do momento do início da vida, pois, no seu entender, ao se fixar o momento como sendo o da fecundação do óvulo impedindo, conseqüentemente, a destruição dos embriões excedentes ou a sua utilização para pesquisas científicas se estará bloqueando o desenvolvimento de novas técnicas de reprodução assistida.

Se passarmos a considerar o nascituro como dotado de personalidade desde a concepção (sem quaisquer condições) , conseqüentemente, o embrião excedente também seria detentor de personalidade, sendo, portanto, protegido pelo ordenamento estatal. As premissas para se buscar o devido amparo são:

- aos embriões *in vitro*, a primeira seria o reconhecimento de que esses seres pertencem à ordem das pessoas humanas e não se enquadram nas categorias tradicionais de nosso ordenamento.
- A segunda premissa relaciona-se ao reconhecimento de que os embriões *in vitro* merecem proteção pela extrema proximidade com as pessoas humanas já nascidas”

De fato, o embrião humano é dotada de autonomia, ainda que sua natureza jurídica não se encaixe nas categorias tradicionais do sistema jurídico brasileiro. O projeto de lei em andamento que visa a alteração do Código Civil (já citado na tese: Projeto de Lei 6960/02, apresentado ao Congresso pelo Deputado Ricardo Fiúza, visando a alterações de diversos dispositivos do Código Civil, que foi substituído pelo Projeto de Lei 276/2007, atualmente em trâmite) pretende incluir o embrião como merecedor de proteção, ao lado do

¹⁶⁰ SEGRE, Marco. **Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia**. Em: Segre M, Cohen C. (orgs.). Bioética, p.27-34.

nascituro.¹⁶¹ Ainda que não esteja claro qual seria o embrião tutelado (pré-implantado ou implantado), o fato é que esta proposta demonstra a necessidade de uma melhor regulamentação de seu *status*, pois não podemos mais deixar a solução de conflitos advindos de sua utilização apenas no campo ético.

Para reforçar esta tese, novamente José Jungues contribui, quando afirma que os direitos humanos fundamentam-se na dignidade inviolável de qualquer ser humano e não na força da voz em defendê-los.¹⁶²

É justamente por isso que no próximo item analisaremos a noção de pessoa para o Biodireito. Há necessidade de uma releitura desse conceito, partindo-se da premissa de que, diante dos avanços genéticos, muitos deles se afastam de conceitos tradicionalmente aceitos. Para alcançarmos a noção de pessoa, neste aspecto, faz-se necessário analisar também a visão de alguns filósofos do direito.

1.2.5 Os sujeitos e a noção de pessoa para o biodireito: necessidade de releitura nas perspectivas de Michel Foucault e Niklas Luhmann

A discussão da categoria “sujeito” é uma discussão do modo como diversos pensadores ao longo da História concebem a subjetividade. As primeiras noções filosóficas de sujeito, historicamente, são apresentadas por Descartes que as traz com a intenção de satisfazer um anseio epistemológico. Para Descartes, o sujeito (*ego cogito*) é um momento da alma descorporalizada, cuja função é essencialmente cognitiva¹⁶³. Após o impulso inicial dado por Descartes, vários outros filósofos¹⁶⁴ dedicaram-se ao tema, formulando diversos conceitos de sujeito. Embora se reconheça a importância de cada uma dessas formulações, optou-se no presente trabalho pelas perspectivas foucaultiana e luhmanniana, porque mais próximas à noção de

¹⁶¹ A redação assim ficaria: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro.”

¹⁶² Para o autor, o embrião é um ser humano, embora totalmente indefeso, conforme fls 137 da obra já citada;

¹⁶³ Para mais informações, vide DESCARTES, René . **Discurso do Método**.

¹⁶⁴ Como por exemplo: Hume, Kant, Heidegger e Nietzsche.

sujeito que pretende fixar o Biodireito. Tais perspectivas apresentam conceitos distintos, que demonstram quem é o sujeito de direito e respondem a indagação sobre o *status* jurídico do embrião humano, objeto da tese.

1.2.5.1 A contribuição de Michel Foucault para a construção da noção de sujeito

Seria possível a construção de uma fórmula para esclarecer a visão do sujeito para Michel Foucault? Afirma Regina Gerber:

[...] após a leitura da *L'herméneutique du Sujet*, acredito ser possível construir uma fórmula de constituição do sujeito que pode ser apresentada da seguinte maneira: exercício de uma atividade versus intervalo de tempo. Poder-se-ia dizer, neste contexto, que o sujeito reflete sua ação¹⁶⁵.

Assim, as ações do sujeito é que permitem o seu pleno conhecimento. Para compreender o sujeito, portanto, deve-se analisar sua conduta, seu discurso. Michel Foucault busca nas práticas do discurso e nos poderes (veja-se sua concepção de Biopoder¹⁶⁶) a forma como o homem pode aparecer no mundo. Tal homem pode ser considerado como constituído para além da consciência, podendo ser considerado um ser histórico; um sujeito que rapidamente se torna o centro de todo o saber possível, um sujeito trans-histórico, porque é capaz de ditar a própria história.

O aparecimento do sujeito é fruto de um tempo determinado, de saberes, de discursos e de um tipo de poder experimentado nos dias atuais. Nesse sentido, afirma Foucault,

Três domínios da genealogia são possíveis. Primeiro, uma ontologia histórica de nós mesmos em relação à verdade através da qual nos constituímos como sujeitos do saber; segundo, uma ontologia histórica de nós mesmos em relação ao campo de poder através do qual nos constituímos como sujeitos de ação sobre os outros;

¹⁶⁵ GERBER, R. **Existe uma fórmula do sujeito em Foucault?**. Revista Letra Magna, p.04

¹⁶⁶ A temática do biopoder, para Foucault é a vida, mas isso não significa o fim do poder disciplinar, pelo contrário, a mecânica daquele atua em segmentos diferentes dos estratos disciplinares.

terceiro, uma ontologia histórica em relação à ética através da qual nos constituímos como agentes morais.¹⁶⁷

Assim, na perspectiva foucaultiana não haveria um ser-em-si do sujeito, uma vez que este é o fruto de uma história recente, resultado de premissas que tornaram possível a sua constituição. Certo é que não se deve insistir na busca do homem enquanto a origem das possibilidades de saber, uma vez que, antes da Modernidade, não existia um tema ou uma figura de saber.

Nesse sentido, Foucault oferece uma outra medida para pensar o estatuto do homem e sua condição de sujeito na Modernidade, uma medida que opera uma reviravolta nas análises “antropológicas” sobre tal sujeito, destituindo-o dessa centralidade do mundo, do seu “lugar do rei”. Melhor dito, a partir de sua “arqueo-genealogia” a trajetória filosófica de Foucault foi procurar nas práticas discursivas e nos poderes especiais (“micro poderes normalizadores”) o modo como alguma coisa como o homem constituído como sujeito pôde aparecer no mundo. Um homem constituído para além das filosofias da consciência, do pensamento transcendental, mas sim, um homem como um *a priori* histórico.

Assim, Michel Foucault procura desconstruir toda a noção de sujeito abstrato e universal, cuja temática é considerada o *a priori* de todo conhecimento possível. Dessa forma, procura o filósofo identificar como o sujeito foi constituído por uma configuração de saberes, uma relação de poder e, ainda, como sujeito de suas próprias ações, cuja subjetividade é produzida historicamente.

Para Michel Foucault, a sociedade moderna ocidental é caracterizada por um regime próprio de produção de verdades que não mais podem ser dissociados dos mecanismos de poder presentes nessa mesma sociedade. Assim, ao construir a possibilidade de libertar da sujeição os saberes históricos e torná-los capazes de oposição e luta contra a coerção do discurso único, total, científico e verdadeiro, Foucault também passa a se preocupar com as diferentes formas como o sujeito é constituído e por que. Assim, passa da

¹⁶⁷ Apud RABINOW & DREYFUS, 1995. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica.** p. 262

preocupação com o sujeito constituinte para o sujeito constituído. Cada *epistémê*, então, estaria assentada em um arranjo específico de poder. E a temática do sujeito estaria profundamente implicada com esses arranjos de poder, chamados de disciplina (poder disciplinar) e biopolítica (biopoder), que embora se diferenciem pela finalidade se completam compondo uma estratégia organizada, além do aparelho estatal, sobre a emergência da vida com o destino de poder.

Portanto, se para Michel Foucault o indivíduo é produto de um tempo certo, o homem contemporâneo aparece como produto de um tipo de tecnologia de poder. Nesse contexto, o indivíduo é objeto e sujeito da disciplina, do biopoder, das Ciências Humanas e das novas Ciências populacionais. A contribuição foucaultiana para a apreensão do sujeito (homem-indivíduo) está na possibilidade de inscrevê-lo no interior da sua historicidade, de pensá-lo para além das continuidades abstratas das filosofias da consciência e do pensamento cientificista, por fim, de constituí-lo no interior de uma política de poder. As possibilidades abertas pelo pensamento foucaultiano permitem pensar o indivíduo de uma forma bastante criativa a partir dos movimentos dos discursos e saberes no interior de uma *epistémê*, da materialidade dos discursos, do surgimento de práticas assentadas sobre uma política de poder com seu lugar definido em uma história de rupturas. O interesse de Foucault em pensar o indivíduo moderno tem aí seu referencial: é preciso revelar sob quais relações de força, sob qual economia política de poder algo como o corpo é constituído como indivíduo e como sujeito do tempo presente e, por isso, a importância de sua contribuição na formação do sujeito para o Biodireito.

1.2.5.2 A teoria de Niklas Luhmann e sua contribuição para uma visão diferenciada do sujeito

Na sua primeira fase, Niklas Luhmann apresenta uma teoria que cria um sistema de diferenciação entre as partes do sistema social conforme suas estrutura e função. Ao dividir o meio em sistemas, o autor consegue observar cada fração do meio com suas características específicas e, de forma alheia,

às influências dos demais sistemas. Ao desenvolver uma hipótese que busca descrever a sociedade por meio de uma teoria geral, Luhmann gera uma transformação epistemológica na teoria jurídica, e, desta forma, contesta a doutrina Analítica e a doutrina Hermenêutica, produzindo uma teoria que, além de apresentar-se como um postulado de cunho inovador, possibilita uma nova metodologia de observação da sociedade.

Em sua teoria dos sistemas, inovação para o sistema jurídico, “a pura existência da sociedade não mais permite a dedução¹⁶⁸ direta da vigência de determinadas normas, pelo contrário, direito e sociedade têm que ser abarcados integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada”.¹⁶⁹ Inexiste um ponto de partida para a análise da sociedade, como procuraram Descartes, Marx, Heidegger e outros (cada qual a sua maneira). De fato, tem-se uma meta-observação ou uma observação de segundo grau, isenta de pré-conceitos e/ou de conceitos básicos. Mencionados conceitos *limitam* a observação do sujeito, uma vez que não permitem centralizar as atenções sobre um objeto específico. O objeto fica embebido de uma alta complexidade já que não possui uma delimitação conceitual.

Niklas Luhmann concebe a sociedade como um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas que não inclui, mas exclui do sistema social o homem concreto, que passa, analiticamente, a fazer parte do seu mundo circundante, sendo, um para outro, complexo e contingente. O homem é para a sociedade, e esta para aquele um problema a resolver. Apesar disso, ambos são de tal modo estruturados que possam coexistir. Na verdade, o homem concreto precisa da sociedade para viver, embora isso não queira dizer que ele faça parte dela.

A juridicidade das relações inter-humanas não é dedutível da natureza humana. O Direito, nesse contexto, define os limites e interações da sociedade, neutralizando a contingência das ações individuais, permitindo que cada ser

¹⁶⁸ Para Niklas Luhmann, “la diferenciación sistémica no es más que una repetición de la constitución de sistemas en el interior de sistemas.” LUHMANN, N. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**, p. 54.

¹⁶⁹ LUHMANN, N. **Sociologia do direito**, p. 22.

humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa.

Para Luhmann, a sociedade não é formada por indivíduos, mas sim pelas comunicações deles. O homem não detém a linguagem como ferramenta da comunicação, ela é que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento. Ele é sua ferramenta. Esse ponto é objeto de grande crítica acerca da teoria de Luhmann¹⁷⁰.

Ao tirar o homem do centro do sistema social, e incluir a comunicação, sua teoria passa a ser tachada de anti-humanista. No entanto, quando Luhmann emprega a comunicação como elemento central do sistema social ele demonstra que a simples união de sujeitos não cria sociedade, mas a sua interação – mediante comunicação – é que tem o condão de criar. “Não é que em Luhmann os sujeitos desapareçam para deixar seu lugar ao auto-desdobramento dos sistemas. Na realidade, cada sistema será o sujeito de si mesmo. O que se esvanece é a idéia do sujeito individual como centro de todo o sistema. Cada indivíduo é sujeito para si mesmo, para o sistema auto-referencial particular e próprio em que consiste sua consciência [...]”¹⁷¹ Essa descoberta muda a forma de se observar a sociedade como conjunto (de indivíduos), mas sim como sistema(comunicativo). Segundo Schwartz:

[...] a sociedade é comunicação. E tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade. A sociedade é uma realidade com clausura auto-referencial ordenada de forma auto-substitutiva, de vez que tudo que deve ser substituído ou mudado, em seu interior, deve ser mudado ou substituído a partir do seu próprio interior. É assim que a sociedade se comunica, se transforma e se complexifica.¹⁷²

Portanto, o interesse da teoria de Luhmann para o Biodeireito existe em razão de sua perspectiva bastante peculiar no que tange ao sujeito de direitos: ele entende que os sujeitos não integram a sociedade, ou seja, a sociedade não seria um conjunto de indivíduos, o sujeito individual não é o centro de todo o sistema. Neste contexto, podemos dizer que para ele, é a

¹⁷⁰ Para maiores informações, vide TRINDADE, André. **Para entender Luhmann**. Livraria do Advogado.

¹⁷¹ ARNAUD, André-Jean; LOPES JR. Dalmir. (Orgs.) **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**, p. 324-325.

¹⁷² ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**, p. 71.

interação dos sujeitos que cria a sociedade, por meio da comunicação. Se pensarmos sob o ponto de vista dos avanços biotecnológicos, concluiremos que é esta comunicação entre os sujeitos que permite o desenvolvimento de novas tecnologias hábeis a transformar a própria sociedade.

Luhmann introduz três premissas em sua análise da sociedade:

- A sociedade não consiste de pessoas. Pessoas pertencem ao ambiente da sociedade.
- A sociedade é um sistema autopoiético que consiste de comunicação e mais nada.
- A sociedade só pode ser adequadamente entendida como sociedade mundial.

A sociedade, para Luhmann, não tem o caráter de um sujeito. Não é um endereço para apelos humanos de ação, e certamente não é um lugar para reivindicar igualdade e justiça em nome de um sujeito autônomo. Numa análise detalhada, Luhmann traça a distinção cada vez maior entre o indivíduo e a sociedade¹⁷³. Aí se insere a pertinência de sua teoria para o estudo do Biodireito: não seriam os próprios sujeitos, mas a interação entre eles, por meio da comunicação, que levaria, por exemplo, ao desenvolvimento biotecnológico e à intervenção na natureza.

Em outras palavras, as inovações tecnológicas na área da genética respondem a um anseio de toda a humanidade, qual seja, a busca por uma melhor qualidade de vida. Mas, ao mesmo tempo, trazem contradições éticas que precisam ser analisadas de forma a reequilibrar as relações e garantir o bem-estar futuro de toda a sociedade. Neste sentido, a busca por uma teoria geral do Biodireito tem caminhado a passos lentos, encontrando-se, ainda, muito aquém da solução para as questões propostas pela biotecnologia. Por tratar-se de campo que envolve os direitos fundamentais do ser humano como vida, saúde, integridade física e psíquica, tornou-se essencial que o Estado

¹⁷³ Conforme TRINDADE, André, Ob. cit..

esteja presente como legitimador, financiador e implementador dessas novas práticas biomédicas.

É, portanto, um desafio a construção de uma teoria moral que possa se refletir em uma teoria de responsabilidade jurídica que possa atender às novas exigências biotecnológicas, protegendo o ser humano das gerações presentes e futuras e seus direitos mais elementares.

Nossa opinião é a de que infelizmente, apenas em uma sociedade utópica é possível que cada um adote a postura moral que considera válida ou correta e que não necessite do Direito como meio de coerção para efetivação dos ideais éticos. Portanto, é urgente a necessidade de se estabelecer um consenso entre normas e comportamentos juridicamente e moralmente aceitáveis e úteis, que sejam realmente capazes de acompanhar o ritmo de tantas inovações tecnológicas, atingindo o equilíbrio entre o extremo poder da tecnologia e a consciência moral de cada um.

Nas palavras de Gisele Echterhoff, “muitas são as respostas, ditas científicas, a estas questões, algumas protestam pela redução de limites jurídicos e éticos dando privilégio ao progresso das ciências”¹⁷⁴.

Contudo, a consciência da comunidade científica não se deve desligar de seu objetivo comum: o progresso da humanidade com a valoração do ser humano e o respeito a sua dignidade. As contribuições das teorias de Michel Foucault e Niklas Luhmann, neste sentido, procuram apresentar diferentes concepções de sujeito que, ao se acoplarem aos ideais do Biodireito, auxiliam na interpretação das questões primordiais que envolvem a manipulação da vida humana, em suas diversas formas.

Tais concepções podem ser assim sintetizadas:

- Para Foucault, é uma forma de “poder” que faz dos indivíduos sujeitos. A palavra sujeito tem dois sentidos: um é dado pela idéia de ficar sujeito a alguém por controle e dependência; o outro sentido é dado por se estar preso à sua própria identidade por meio de um conhecimento e autoconsciência. Reforça-se, aqui, ao contrário de Luhmann, a noção de

¹⁷⁴ ECHTERHOFF, Gisele, **Embrião, sujeito de direitos? Uma interpretação a partir da filosofia kantiana** p. 16-49.

“sujeito individual”. Foucault utiliza a expressão “biopoder” para designar a assunção da vida pelo poder, ou seja, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo.¹⁷⁵

- Para Luhmann, o sujeito não integra a sociedade, mas é a sua interação que permite dela participar. Ele refuta o conceito de um sujeito cartesiano, mas aponta que a comunicação entre os sujeitos é que constrói o conhecimento¹⁷⁶.

Desta forma, o diálogo entre eles pode ser sintetizado na seguinte indagação do próprio Foucault: “Mas, o que há, enfim, de tão perigoso no fato de as pessoas falarem e de seus discursos proliferarem indefinidamente?”¹⁷⁷

Ambos reforçam noções bastante diferenciadas de sujeito, que à primeira vista não guardam relação, mas que demonstram, de fato, que a interação entre os sujeitos, seja os considerando individualmente, seja por meio de suas diferentes formas de comunicação, permitem que se apoderem do conhecimento e com isso, ditem as regras concernentes, por exemplo, à manipulação da própria vida.

Ressalte-se, por fim, que o maior desafio do Biodireito e da Bioética está, em uma sociedade extremamente mercadológica e consumista, garantir o acesso universal e igualitário a todos os recursos biomédicos ou tecnológicos que permitam uma existência digna e a melhoria da qualidade de vida. Pretende-se um projeto de homem e de cultura social e jurídica que se realize em uma nova Ética e em um novo Direito, mas dinâmicos e conectados às necessidades sociais criadas pelo progresso científico.

¹⁷⁵ Maria Garcia denomina esta tomada de poder de “estatização do biológico”, em **Limites da Ciência**, p. 84

¹⁷⁶ Em sua concepção, não existe transmissão de informação do emissor para o receptor, o que existe é a construção de informação.

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do Saber**, p. 84

1.2.5.3 A necessidade de releitura da idéia de sujeito e de pessoa humana à luz dos limites da bioética

O embrião, neste contexto do que vem sendo exposto, precisa ser albergado pelo sistema jurídico, conseqüentemente devendo ser considerado sujeito de direitos, merecedor de tutela específica. Para que alcancemos tal mister, é importante proceder a uma releitura da idéia de sujeito e de pessoa humana à luz dos limites trazidos pela bioética.

Principalmente em virtude dos avanços da biologia e de suas implicações tecnológicas, a idéia de pessoa sofreu nos últimos cinquenta anos um profundo questionamento, que se traduz na perplexidade encontrada entre filósofos, juristas e cientistas sociais frente às dúvidas em torno da concepção de pessoa.¹⁷⁸ Como já analisado, a noção de pessoa foi sofrendo significativas modificações no decorrer dos tempos.

O mundo construído pela engenharia genética e pelos avanços da ciência, em geral, albergaria, ainda hoje, a pessoa definida como ser autônomo e moralmente responsável? Com efeito, o novo sujeito aguarda a consagração de seus direitos e deveres no sistema normativo de uma sociedade tecnocientífica. Vem se formulando, para tal mister, princípios, dentre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana, a ser analisado no capítulo 3 da presente tese. Entretanto, como idéia-valor, a dignidade necessita de um resgate de seus fundamentos ético-filosóficos para que possa exercer a função que dela se espera no contexto da sociedade brasileira e mundial. Contemporaneamente, o problema que se coloca é a exata determinação dos critérios que possam distinguir entre todos os seres quais podem ser classificados na categoria “pessoa humana”. Não basta que apenas sejam feitas afirmações meramente dogmáticas, é necessário que se reflita exatamente uma idéia de pessoa. Dita idéia não mais se sustenta nos valores clássicos que consideravam o homem como centro do universo, como fim em si mesmo, mas seu alicerce se pauta na noção de dignidade à luz do desenvolvimento da sociedade atual. Para este trabalho, em específico,

¹⁷⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. **A idéia de pessoa humana e os limites da bioética**. Em: *Novos Tema de Biodireito e Bioética*, p. 221.

importa verificar se o embrião pode ser considerado pessoa para fins de proteção pelo Direito. Por tais razões, no decorrer do trabalho, verificar-se-á o conflito entre o respeito ao ser humano e a instrumentalização desse ser em seu estágio embrionário. A aparente solução sobre a natureza da pessoa humana prevista pelas leis constitucional e civil não resolve problemas éticos e jurídicos advindos do desenvolvimento da ciência. Sabemos que nem sempre as hipóteses normativas albergam todas as possibilidades, principalmente em se tratando de novas tecnologias. Entretanto, não podemos simplesmente ignorar o que vem ocorrendo no campo biotecnológico, sob pena de prejuízos consideráveis à humanidade.

As manifestações do progresso científico levantam uma série de questões. Em se tratando de pesquisas clínicas e experimentos com novos medicamentos, há o envolvimento de pessoas, que devem consentir e terem respeitadas sua integridade física e moral. Só serão suficientes para proteger a autonomia do sujeito de direitos o controle e a proteção do Estado que levem em conta a alteração do sentido e as modificações ocorridas nos espaços de mediação dos conflitos intersubjetivos.

Conforme José Baracho¹⁷⁹,

As dificuldades sobre as categorias fundamentais próprias dos direitos essenciais das pessoas, levam as discussões sobre o direito à proteção do próprio corpo. A opinião dominante tende a considerar o corpo humano como um conjunto de células e órgãos, protegidas pelas liberdades individuais, como fundamento do *substratum de la personne*.

As legislações têm consagrado o respeito ao corpo humano, no que se refere à utilização dos elementos e produtos do corpo humano, à assistência médica, à procriação e ao diagnóstico pré-natal.

Eis a razão da imprescindibilidade de análise da essencialidade da vida e suas derivações, na qualidade de bem jurídico, como já vimos.

A atual noção de pessoa está alicerçada em valores constitucionais e infraconstitucionais e, ainda que se diga que o embrião humano seria uma

¹⁷⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais.** Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros173.html>. Acesso em 4.4.04

pessoa virtual¹⁸⁰, ele é merecedor de atenção especial à luz das normas jurídicas existentes.

Nos campos bioético e biojurídico questiona-se, conforme Laura Palazzani¹⁸¹, se o embrião humano é um ser humano, um indivíduo humano ou uma pessoa humana.

A identificação da presença de um ser humano ou indivíduo já nas primeiras fases de vida requer, por certo, provas, observações factuais e interpretações que envolvem diretamente a biologia. Mas os filósofos vem exercendo papel fundamental nesta identificação.

O atual debate está fortemente condicionado pelo passado. Conforme Palazzani¹⁸², à medida que a teologia ia pondo cada vez mais à parte o conceito ou repetia-o, a filosofia foi dele se apossando a fim de racionalizar a realidade humana. Mas, nos tempos modernos, existe a tendência a romper esse equilíbrio

A despeito da inegável influencia filosófica de Kant, a moderna crise do conceito de pessoa agravou-se em certas correntes antipersonalísticas do pensamento contemporâneo, que negam a existência e o valor da pessoa. Coexistem outras correntes, tais como a fenomenologia, que não consideram o conceito de pessoa fator crucial.

A discussão contemporânea muitas vezes se confunde com a extensão do conceito de pessoa. Conforme a autora¹⁸³:

Mesmo um olhar fugaz à história, na filosofia ocidental, da noção de pessoa revela sua profunda crise teórica: crise que reflete, inevitavelmente, em certa medida, a “crise do sujeito” e a “crise da razão”, características da filosofia contemporânea. No entanto, paradoxalmente, estamos assistindo também a uma inversão desta tendência, cada vez mais notável – de modo especial *a recuperação do conceito como categoria prática* em determinadas tendências da ética hermenêutica, da ética da comunicação ou da ética fenomenológica, **bem como no atual contexto da discussão bioética e biojurídica (grifos nossos).**

¹⁸⁰ Para o Professor Eduardo Leite, por mais que se discuta sobre a exatidão teórica das expressões “pessoa humana potencial”, ou “virtual” a realidade do nascituro como entidade própria e inconfundível sempre se impõe. Ob.cit., p.52.

¹⁸¹ PALAZZANI, Laura. Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano.p.91

¹⁸² PALAZZANI, Laura. Ob. cit., p.95

¹⁸³ PALAZZANI, Laura. Op cit, p. 98

O termo pessoa, no nível do senso comum, indica um sujeito merecedor de salvaguarda. Assim, pode ser aplicado facilmente às questões bioéticas e biojurídicas que buscam um limite, consensual ou potencialmente consensual, entre o lícito e o ilícito no contexto de novas possibilidades de intervenção artificial da vida humana. Tal termo faz parte da tradição cultural, podendo se revelar útil para a discussão das pretensões objetivas ao respeito e a salvaguarda do ser humano. Atribuir o estatuto de pessoa ao ser humano significa afirmar algo mais que o simples reconhecimento empírico da humanidade biológica desse ser. O esforço, na visão de Palazzani, deve se voltar para a redefinição do sujeito na esfera de uma filosofia da pessoa e do ser humano.

Estaria o embrião, na visão de Foucault, inserido no sistema jurídico brasileiro e albergado na legislação? Entendemos que sim. De fato, o embrião, assim como o zigoto e o feto, já tem características de pessoa¹⁸⁴, pois embora nem todas as propriedades tenham se manifestado no grau máximo, estão presentes as condições que constituem o suporte necessário ao processo dinâmico ininterrupto, o qual permitirá a concretização dessas características.

Entendemos que o embrião está inserido no sistema jurídico brasileiro como sujeito de direitos. As visões de sujeito de Luhmann e Foucault debatidas nesta seção reforçam tal tese. Ademais, sendo considerado sujeito de direitos, toda e qualquer conduta de manipulações dos embriões precisam ser analisadas à luz da valorização da dignidade do ser humano, objeto de análise da tese na Parte 2.

¹⁸⁴ Assim como Junges afirmou: o embrião já teria “personidade”, já é estruturalmente pessoa

1.3 DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

1.3.1 A Lei de Biossegurança e suas diretrizes para o uso de embriões humanos

Como já afirmado na primeira seção, a Constituição Federal traz vários dispositivos atinentes tanto à pesquisa científica quanto à proteção à vida humana, pressuposto dos demais regramentos.

No art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, como já foi mencionado, existe como direito e garantia fundamental inviolável, assegurado em território brasileiro, o direito à vida.

Os artigos 218 e seguintes trazem a previsão específica acerca da liberdade científica.¹⁸⁵

Art. 218 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

¹⁸⁵ Art. 218 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

A Constituição, ao prestigiar a vida, bem como o desenvolvimento da sociedade, demonstra uma preocupação com a defesa das garantias fundamentais, sem olvidar a necessária evolução da sociedade.

Neste contexto, o Código Civil brasileiro de 2002 seguiu a mesma linha constitucional, garantindo a proteção à pessoa e aos seus direitos de personalidade.

No Brasil, conforme os ensinamentos de Barboza¹⁸⁶, verifica-se, que “a abordagem dos fenômenos bioéticos tem sido feita do modo “setorial”(em razão da própria especificidade dos temas), estudando-se separadamente os efeitos jurídicos: da reprodução humana assistida; das análises de DNA; dos transplantes de órgãos e tecidos” e demais assuntos com suas interferências no homem e no meio ambiente. As soluções jurídicas dos fatos decorrentes dos fatos que envolvem a biotecnologia têm sido encaminhadas na busca por um objetivo comum, atento aos valores de preservação da dignidade e da vida humana.

1.3.2 Críticas à Lei de Biossegurança

A Lei de Biossegurança tem como principal objetivo a regulamentação dos organismos geneticamente modificados, tratando, na verdade, de questões envolvendo os seres vivos humanos e não humanos. Exatamente por tal razão sofre a crítica de Alberto Silva Franco, que chega a dizer, em um dos seus artigos, que a legislação seria uma “aberração jurídica”, pelas confusões verificadas.

Em que pesem tais críticas, o objetivo do presente item é demonstrar qual o dispositivo da Lei de Biossegurança gerador das discussões em torno da possibilidade de utilização de embriões para a realização de pesquisas científicas.

¹⁸⁶ Barboza, Heloisa. **Proteção jurídica do embrião humano**, p. 6

O caráter fragmentário da Lei 11.105/05 é devido a uma série de fatores, uns em razão das deficiências técnicas, outros atribuíveis às injunções que comandam os aspectos políticos. Partiu-se da regulamentação dos transgênicos, em especial o plantio de semente transgênica, inicialmente restringida pela Lei 8974/1995, depois autorizada, em parte, por medida provisória, para se alcançar a regulamentação de técnicas de reprodução humana assistida e regulamentar a CTNBio.

A linguagem legislativa é um tanto quanto confusa e aberta. Por exemplo: o artigo 3º¹⁸⁷, quando pretende delimitar as noções principais com as quais opera, tais como organismo, ácido desoxirribonucléico, moléculas de ADN/ARN recombinantes, dentre outros.

A lei opera deficientemente sobre outras questões, tal como a clonagem para fins reprodutivos. A deficiência está em que a Lei apenas estabelece que essa é uma clonagem para fins de obtenção de um indivíduo (art. 3º, IX). O uso da expressão “clonagem terapêutica” também pode ser considerado equivocado: o adequado seria empregar a expressão “clonagem

¹⁸⁷ Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III – moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;

VII – célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia;

VIII – clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;

IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;

XI – células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

não reprodutiva”, pois os indivíduos gerados seriam apenas fornecedores do material biológico.

O Capítulo I (Disposições preliminares e gerais) pretende ser uma parte introdutória, estabelecendo as pautas fundamentais quantas às norma de segurança à vida e saúde, fiscalização dos organismos geneticamente modificados, dentre outros. Para tanto, aponta como princípio basilar a ser observado a precaução. Para Judith Martins Costa:

O Direito tem, contudo, inegável dimensão pragmática. Sendo certo, como apontou GADAMER, que “a ciência é essencialmente inacabada” enquanto “a prática exige decisões constantes”, caberia, à Lei, fornecer diretrizes e critérios, o mais possível objetivos, para essa tomada de decisões. Ocorre que a Lei não oferece ao intérprete, nem de longe, as diretrizes para a concretização do princípio da precaução cuja relevância e atuação não se dá apenas no campo civil (em regra, mais aberto e flexível), mas, por igual, no Direito penal (centrado no princípio da tipicidade) e no Direito Administrativo (que deve pautar a ação e o poder da Administração Pública com base em regras de certeza e segurança para o administrado).¹⁸⁸

Nos termos do artigo 2º, para o cumprimento do dispositivo antecedente (aplicação da precaução) e para as atividades e projetos relacionados aos OGMs, os agentes deverão, obrigatoriamente, requerer a autorização do Conselho Nacional de Biossegurança, que deverá fornecer o Certificado de Qualidade em Biossegurança. Caso contrário, estabelece a corresponsabilidade do agente nas atividades e pesquisa quanto aos seus efeitos decorrentes do descumprimento. Já pelo artigo 14, reafirma-se competir à CNTBIO o estabelecimento dos parâmetros e requisitos de segurança, e, em decorrência destes requisitos, aprovar ou não as atividades ou pesquisas com OGM.

Percebe-se, portanto, que não foram especificados os critérios que orientarão a realização das pesquisas, nem estão delimitados os critérios objetivos ao trabalho da CNTBIO, tais como exigência de estudos prévios ou de impacto ambiental. Isto significa que até a regulamentação a lei, os critérios serão estabelecidos unicamente pelos membros componentes daquela

¹⁸⁸ COSTA, Judith Martins. **Lei de Biossegurança: medusa legislativa?** p.3

Comissão, deixando em aberto a questão da legitimidade democrática das decisões.

Embora o tema central da lei sejam as pesquisas e fiscalização dos OGMs a lei volta-se, repentinamente, a regulamentar a utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

No artigo 5º regulamenta-se a possibilidade de utilização de células tronco embrionárias para pesquisa e terapia. Os embriões passíveis de utilização para tanto são os denominados embriões provenientes de fertilização *in vitro*. Porém, o supracitado dispositivo não menciona quais serão, especificamente, tais embriões:

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 congelamento¹⁸⁹.

É importante que se diga que não existe qualquer critério científico que embase o estabelecimento do período de 3(três) anos. O parágrafo primeiro denota o descuido do legislador, bem como sua imprecisão, de acordo com Judith Costa.¹⁹⁰ Diz-se que é necessário o consentimento dos genitores para a pesquisa com células tronco embrionárias. Ao se supor que os embriões tem genitores ingressa-se em um tormentoso campo jurídico, que é a delimitação do status do embrião. Abre-se campo, igualmente, consoante a doutrinadora supracitada, para complicadas questões praticas: se os embriões não tiverem os seus genitores a descoberto (o que ocorre nos casos de doação de gametas), ou mesmo se estes tiverem desaparecido, como se resolverá a questão do consentimento?

Pode-se mencionar uma outra situação: nos casos de doação, todos os embriões congelados de um mesmo casal, ainda em idade reprodutiva, poderão ser destinados à pesquisa e para a produção de material biológico? Haverá possibilidade de ressarcimento de gastos já realizados por este casal

¹⁸⁹ Este artigo é citado novamente no trabalho, em razão da imprescindibilidade de sua análise

¹⁹⁰ COSTA, Judith.ob.cit., p.07

no tratamento de reprodução assistida, conforme previsto na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde?

A ausência de diretrizes a regrem as questões acima levantadas, bem como outras que surgirão impede a adequada compreensão dos limites e prerrogativas estabelecidos na própria lei com relação ao uso de embriões.

Diversamente, quanto à reestruturação do CNTBIO, o legislador não verificou a necessidade de imposição de limites à atuação de seus membros.

Assim, percebe-se a insuficiência legislativa no que pertine à Lei de Biossegurança, especialmente na parte que pretende regulamentar a utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa científica.

Tal fato justifica o desenvolvimento da tese ora proposta, que reconhece a existência de impropriedades e vazios jurídicos que precisam ser afastados, em sede de manipulações envolvendo embriões humanos.

Nosso próximo passo é apresentar os avanços da ciência genética tendo como foco as “dimensões” de direitos. O propósito deste item é demonstrar que a quarta dimensão dos direitos fundamentais fundamenta a necessidade de reconhecimento de um *status* diferenciado para o embrião humano.

CAPÍTULO 2 AS DIMENSÕES DE DIREITOS E OS AVANÇOS DA CIÊNCIA GENÉTICA

2.1 AS DIMENSÕES DE DIREITOS NA VISÃO CONSTITUCIONAL

2.1.1 Gerações ou dimensões de direitos

Segundo George Marmelstein Lima¹⁹¹, no ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em

¹⁹¹ LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 03 out. 2004.

Estrasburgo, o jurista Karel Vasak utilizou, pela primeira vez, a expressão "gerações de direitos do homem", buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). A primeira geração seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*).

A expressão "geração" no que pertine aos direitos, sofre severas críticas, entendendo parte da doutrina que deva se mencionar "dimensões" de direitos, porquanto uma geração não substitui a outra¹⁹². Norberto Bobbio apresentou-nos uma visão ampliada das dimensões de Direito e da necessidade de uma tutela efetiva:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras correspondem os direitos de liberdade, ou um não - agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tantos de uma, quanto de outra espécie.¹⁹³

¹⁹² LIMA, George Marmelstein, ob.cit., p.01: **O processo é de acumulação e não de sucessão**. Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada "primeira geração". No mesmo sentido, LIMA, Fernando Machado da Silva. **A projeção econômica do princípio da dignidade humana**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3765>>. Acesso em: 03 out. 2004: É importante observar que a classificação dos direitos, em diversas "gerações", não deve impedir que eles sejam sempre entendidos como um todo harmônico, para que se tornem efetivos, em obediência ao princípio global de sua internacionalização.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

De fato, o termo “dimensão” amolda-se muito mais adequadamente à situação, porquanto existe uma continuidade entre as fases divididas pela doutrina jurídica. Assim, devem ser entendidos como um “todo harmônico”. Paulo Bonavides segue tal entendimento:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.¹⁹⁴

Tal afirmação possui uma preocupação sociológica, ou seja, deve-se atentar à noção de interdependência entre todos os direitos fundamentais.

O enfoque a ser dado no trabalho recai sobre os direitos de quarta dimensão¹⁹⁵, entretanto, não se pode deixar de traçar algumas características referentes às dimensões de direitos que a antecedem, podendo ser assim sintetizadas: a) direitos de primeira dimensão: a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade; b) direitos de segunda dimensão: direitos sociais e econômicos; c) direitos de terceira dimensão: paz, desenvolvimento e ambiente. Fala-se também em direitos de quinta dimensão, que dizem respeito à cibernética.

Estes direitos estão frente ao desafio do constante avanço da tecnologia, sobretudo da Bioengenharia e Biotecnologia, constituindo uma questão filosófica fundamental a de se saber quais os parâmetros éticos que devem nortear a nova ordem jurídica.

A consagração das liberdades advindas das revoluções do século XVIII, ocasião em que o homem se esforçava por conseguir do Estado as garantias consideradas mínimas para sua subsistência, inaugura o caráter de direitos subjetivos, hoje considerados direitos fundamentais. Por isso, insere-se a vida humana em uma primeira dimensão, ou dentro da classificação dos

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.525.

¹⁹⁵ A quarta dimensão de direitos compreende os avanços genéticos, tendo seu surgimento se verificado no final do século X em meio a debates acerca dos direitos humanos, como examinaremos ainda neste capítulo.

direitos de primeira geração. Assumidos, como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos de defesa perante os poderes estatais. Como elemento da ordem coletiva, traduzem uma competência negativa dos poderes estatais perante o *status* do indivíduo, ainda que uma positiva de respaldo à concretização desse mesmo *status*¹⁹⁶

A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais iniciaram um processo de consagração dos direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda dimensão, traduzindo evolução considerável na proteção da dignidade da pessoa humana. Nesta fase, o homem reclama uma nova forma de proteção de sua dignidade, no sentido de atendimento das necessidades mínimas para sua subsistência, o que outorgará sentido a sua vida. É por isso que nesta segunda dimensão de direitos fundamentais observam-se o direito à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, dentre outros que representam a exigência do indivíduo com relação ao Estado, com vista ao atingimento do ideal de dignidade.

De acordo com Ricardo Vieira¹⁹⁷.

Os direitos de segunda dimensão estão associados ao princípio da igualdade, notadamente no marco do constitucionalismo da social democracia. São os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social. Exigem do Estado prestações ou uma ação positiva, em que parece ser possível enquadrar o direito de igualdade em sentido material. São direitos de *status* positivo ou direitos prestacionais, no sentido dado por Robert Alexy.

A aparição, tempos depois, da terceira dimensão dos direitos fundamentais (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação), evidencia uma tendência destinada a aumentar a noção de sujeito de direitos e da atribuição de uma dignidade a estes. Tal fato passa a

¹⁹⁶ ALARCÓN, Pietro. Patrimônio genético humano, p. 77

¹⁹⁷ VIEIRA, RICARDO. Direitos humanos, ciência e modernidade: uma abordagem interdisciplinar dos dilemas introduzidos pela biotecnologia no debate do direito moderno contemporâneo. Tese apresentada ao curso de pós-graduação em Ciências Humanas, Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Humanas. Orientador: Prof. Dr. Héctor Ricardo Leis. Co-orientador: Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva.

reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-los em risco, assim como toda uma série de avanços da tecnologia que circundam a vida das pessoas, contemporaneamente. Novamente modifica-se o estado do homem perante o Estado: o ideal de dignidade passa a ser o fio condutor da análise jurídica.

Nesta terceira dimensão, como a vida passa a ser considerada como direito passível de ser lesado coletivamente, Ingo Sarlet¹⁹⁸ afirma que a nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e interminável.

Da proteção da vida humana em terceira dimensão decorrem direitos como os de consumo e ambiental, de caráter transindividual. Eis o enfoque o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, desprovido de fronteiras, sejam elas físicas ou de natureza econômica.

Para Ricardo Vieira¹⁹⁹,

Podemos fazer a seguinte contextualização didática: os "direitos de terceira dimensão" são apresentados como os direitos de solidariedade (os direitos de primeira dimensão seriam direitos de liberdade; os direitos de segunda dimensão seriam direitos de igualdade). Estes direitos "de solidariedade" remetem aos chamados direitos metaindividuais - direitos coletivos e difusos. O que caracteriza esta nova categoria de direitos é que seu titular não é mais o homem individual, mas sim categorias ou grupos de pessoas (como família, povo, nação), não sendo propriamente classificada como pública ou privada.

Diante da apresentação da diferenciação básica entre as dimensões de direito e antes de se focar os direitos de quarta dimensão, impende afirmar que o constitucionalismo teve, e tem ainda, como eixo determinante, a proteção da vida do ser humano. Percebe-se, portanto, que os seus momentos de qualificação evolutiva são o reflexo de uma nova forma de entendimento da proteção da vida humana. Eis a razão para a sua análise: as dimensões constituem-se com modalidades evoluídas e diferenciadas de amparo da vida humana. A análise do status jurídico do embrião humano não prescinde desta verificação.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo, ob.cit., p.53

¹⁹⁹ VIEIRA, Ricardo. Ob.cit., p.43

De fato, o foco constitucional tem sido sempre a vida humana, ou, o ser humano. Como afirma Pietro Alarcón:

Primeiro, o homem ligado a si mesmo, necessitado de liberdade. Logo, o homem ligado à sociedade e, por último, o homem cada vez mais limitado a uma sociedade de massas que cresce e se desenvolve marcada por desigualdades profundas. Não existe supressão de uma dimensão pela outra, mas sim uma verdadeira evolução e lapidação do conceito do ser humano e seus reflexos perante a sociedade²⁰⁰.

A seguir, analisar-se-á a quarta dimensão dos direitos fundamentais, dando seguimento à proteção do direito à vida, ou melhor, utilizando-se de uma nova maneira de abordar a vida humana e, conseqüentemente, o *status* do embrião.

2.1.2 Os avanços da ciência genética – direitos de quarta dimensão

A ciência genética tem se desenvolvido numa velocidade incrível e pode-se, dizer, de certa forma até já imaginada por alguns escritores, como Aldous Huxley, que em passagens brilhantes e surpreendentes, elaboradas na década de 30, previu uma série de situações atualmente concretizadas:

Estas – mostrou com um movimento do braço – são as incubadoras. Abrindo uma porta de separação mostrou-lhes pranchas e prateleiras de tubos de ensaios numerados. – O suprimento de óvulos para a semana. Mantidos à temperatura do sangue; explicou, enquanto os gametas masculinos – e então abriu outra porta – devem ser conservados a trinta e cinco graus em vez de trinta e sete. A temperatura normal do sangue esteriliza. Carneiros imersos em termogênio não procriam cordeiros. Ainda apoiado contra as incubadoras, forneceu-lhes, enquanto os lápis corriam ilegivelmente pelas páginas, uma breve descrição do moderno processo de fecundação[...]²⁰¹

A proteção das liberdades e os direitos fundamentais, inerentes à pessoa e ao corpo humano envolvem-se com questões jurídicas, decorrentes da evolução da Biologia.

²⁰⁰ ALARCÓN, Pietro de Jesus.ob.cit, p. 87

²⁰¹ HUXLEY, Aldous. ob.cit., p.25.

Com o desenvolvimento do biodireito²⁰², surge a tão propagada quarta geração dos direitos fundamentais²⁰³: “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. O que se busca é o equilíbrio entre o avanço biotecnológico e a proteção ao homem como sujeito de direitos.

A quarta dimensão de direitos compreende os avanços genéticos, tendo seu surgimento se verificado no final do século XX em meio a uma retomada de debates acerca dos direitos humanos.²⁰⁴

A globalização tem sido a mola propulsora dos debates acerca de tais direitos, já que traz consigo uma conscientização da necessidade de se compreender a inter-relação existente entre todo e qualquer evento. A finitude dos recursos naturais, a nova realidade das epidemias, a existência de armas com alto poder de destruição em face da natureza, são algumas das questões levantadas na atualidade. O papel da biotecnologia e da biociência, assim, é de descobrir novos caminhos a serem seguidos pelos seres humanos na busca de soluções, bem como os resultados a serem obtidos a partir de então.

A discussão travada em torno dos direitos de quarta dimensão relativos a bioética, tendem, entre outras finalidades, a impedir a destruição da vida e regular a criação de novas formas de vida em laboratório pela engenharia genética.

Cada marco histórico, representado por uma dimensão jurídica da vida, é transposto por novas dimensões. Mas não se pode dizer que as dimensões dissociam-se; do contrário, coexistem. É isso que ocorre com a quarta dimensão, que deve ser contextualizada sob o foco da globalização, como já mencionado, pois os avanços biotecnológicos inserem-se no desenvolvimento das forças produtivas. Entretanto, a nova ordem global mantém o antigo modelo de acumulação de capital que restringe o desenvolvimento dos Estados mais fracos, em benefício dos ricos e suas empresas de grande porte, que

²⁰² a ser tratado na Parte 3 do presente trabalho

²⁰³ BOBBIO, Norberto. ob.cit., p. 06.

²⁰⁴ FERREIRA, Jussara Assis Borges Nasser. **Biodireito e superação da lei.**, p.17.

praticam um enfoque monetarista, “coisificando” o ser humano e atuando sem limites no campo da autonomia corporal.²⁰⁵ Eis o pano de fundo que se estabelece para os direitos de quarta dimensão.

A expressão dimensão de direitos caminha ao lado da designação “geração de direitos”. Poucos autores discorrem sobre a existência da quarta dimensão, também chamada de dimensão, dos direitos fundamentais, dentre eles destacam-se Paulo Bonavides²⁰⁶, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Ana Cláudia Silva Scalquette e Pietro de Jesús Lora Alarcón.

Para Costa de Lara e Sá dos Santos,

Hodiernamente, direitos de quarta geração consistem na proteção das espécies, do patrimônio genético e em todos os aspectos de sua manifestação, tendo em vista que o avanço na pesquisa biológica permite a manipulação do código genético de cada indivíduo.²⁰⁷

Os direitos fundamentais de quarta dimensão não vieram em substituição às demais dimensões. De fato, os direitos das três primeiras dimensões são os alicerces, a base de uma “pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”, direitos estes que, juntos, possibilitarão a construção de uma “sociedade aberta para o futuro”.

Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, a respeito da quarta dimensão de direitos fundamentais, afirmam:

[...] trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo [...] também o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos”.

²⁰⁵ Para FACHIN *apud* ALARCÓN, ob.cit.. p.88, “trata-se, então, de pensar os avanços da engenharia genética e a entender como a cidadania e as nações podem ser reduzidas à noção de mercado. Com efeito, a questão não é apenas jurídica, ética ou moral, ela é profundamente política e econômica, fincada no que se designa de nova ordem global.”

²⁰⁶ Paulo Bonavides discorre com propriedade sobre o tema: “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

²⁰⁷ LARA; Santos, ob. cit. p.88

Contudo, os direitos fundamentais de quarta dimensão não se limitam a estas questões envolvendo a globalização, mas se estendem aos efeitos cada vez mais arriscados da pesquisa biológica, que permite manipulações do patrimônio genético individual²⁰⁸. Ou seja, além de versar sobre o futuro da cidadania e o porvir da liberdade dos povos, os direitos fundamentais de quarta dimensão também dizem respeito à proteção da vida a partir da abordagem genética e suas atuais decorrências. É por tal razão que o item seguinte trata justamente dos avanços da ciência genética e suas implicações para o sistema jurídico.

Entendemos que os direitos de quarta dimensão justificam a preocupação atual com os limites e as possibilidades de utilização dos embriões humanos em pesquisas científicas. Isto porque, em razão da evolução da sociedade e das técnicas de manipulação da vida, os próprios juristas reconheceram a necessidade de tutelar tais avanços, ao desenvolverem esta doutrina. Analisar os avanços da ciência genética é papel primordial do Direito, pois novas formas de intervenção no direito à vida tem se propagado e tal direito de personalidade alicerça o ordenamento jurídico.

Como lidar com a possibilidade de selecionar características físicas de um bebê antes mesmo de sua concepção? Como tratar de questões como a possibilidade de reduzir as chances de doenças genéticas em nossos filhos? De que forma devemos analisar a discutida discriminação genética que poderá se perfectibilizar daqui a algum tempo, limitando o exercício de direitos por parte de pessoas “sem perfeição”? Eis o papel do Direito: a previsão acerca da quarta dimensão de direitos traz consigo a necessidade de ponderação entre a liberdade de pesquisa científica prevista no texto constitucional e o necessário “bloqueio” de práticas meramente eugênicas violadoras da dignidade do homem. Ou seja, devem existir imites para a realização de pesquisas científicas envolvendo embriões humanos. Práticas com exclusiva finalidade eugênica devem ser coibidas fortemente, bem como outras manipulações sem finalidade terapêutica ou que justifiquem a intervenção no embrião humano.

²⁰⁸ De acordo com VIEIRA Ricardo, Ob. cit., p.51: Ainda, em se falando das "dimensões" de direitos, há que se fazer referência, por fim, à chamada "quinta dimensão de direitos". São os "novos" direitos relativos às tecnologias de informação (internet), e da realidade e espaço virtual.

Sabe-se que, por exemplo, atualmente, em alguns países, como os Estados Unidos da América, têm sido criados clones de animais, muitos deles em razão da morte de seus cães ou gatos de estimação²⁰⁹. Trata-se de uma outra discussão, que envolve seres não humanos, mas que se contextualiza com a preocupação trazida neste item, porquanto os avanços genéticos não se limitam à espécie humana. Portanto, a quarta dimensão dos direitos fundamentais merece ser considerada como propulsora da necessidade de um controle mais rígido frente ao desenvolvimento biotecnológico, sob pena de consequências maléficas à sociedade, como por exemplo, a chancela da discriminação da pessoa em razão de suas características genéticas²¹⁰.

Analisaremos, agora, as implicações dos avanços genéticos para a ciência jurídica.

2.2 EVOLUÇÃO DA GENÉTICA E SUA TUTELA

2.2.1 A ciência genética: seus avanços e implicações para o Direito

A Genética é considerada a ciência da variabilidade hereditária. Entretanto, os estudos sobre a origem da vida, a Filosofia e a Genética, se confundem mais ou menos até o final do século XIX. Aristóteles foi o primeiro a

²⁰⁹ Conforme notícia extraída da Revista Info On Line, da Editora Abril, - Um casal dos Estados Unidos gastou US\$ 155 mil para clonar o cão labrador da família. Sir Lancelot morreu em 2008 de câncer, aos 11 anos. Mas seus donos, Edgar e Nina Otto, preservaram seu DNA e contrataram um empresa especializada em clonagem para produzir uma réplica do mascote. O filhote é o primeiro clone comercial entregue pela empresa coreana BioArts. O pequeno Lancey tem 10 semanas de vida. O labrador nasceu na Coréia do Sul em 18 de novembro de 2008 e foi entregue a seus donos em 25 de janeiro, na Flórida. Os Ottos são os primeiros de seis clientes da BioArts a receber clones de seus animais de estimação. O casal participou do programa Best Friends Again e ganhou a possibilidade de clonar seu cão em um leilão online. A BioArts tem licença para clonar cães, gatos e outras espécies em risco de extinção. Disponível em <http://info.abril.com.br/aberto/infonews/012009/28012009-24.shl>. Acesso em 10 fev 2010.

²¹⁰ Os EUA aprovaram pioneiramente em 2008 uma legislação proibindo a discriminação genética (Lei contra a Discriminação Genética – Gina, que pode ser encontrada em vários sites, inclusive os oficiais daquele país). A preocupação do legislador é a da utilização das informações genéticas de uma pessoa para fins de limitação de acesso a planos de saúde, empregos, dentre outros. A Europa, por sua vez, caminha no mesmo sentido. O Conselho de Ministros do Conselho da Europa adotou um novo Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, especificamente no que diz respeito a Testes Genéticos para Fins Médicos. Estas informações foram extraídas do site da Comissão Europeia

elaborar uma teoria sobre a formação dos seres vivos (epigênese). Para ele, o desenvolvimento do ser resultava de um processo de construção gradual.

A sociedade atual vem se deparando com novos questionamentos resultantes do progresso acelerado da biologia e da medicina, cujas conseqüências são, muitas vezes, inesperadas. Conquistas, outrora utópicas, são hoje realidade no cenário cotidiano. As inovações no campo das técnicas de reprodução humana, bem como o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplante, as técnicas para alteração de sexo, a clonagem e a engenharia genética descortinaram, como assinala Barboza²¹¹, “um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador”.

Com destaque na imprensa, as pesquisas e as descobertas biotecnológicas vêm sendo tema de apreciação e debate de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento humano passando da antropologia à política, da economia à ética, da medicina ao direito, porquanto se sabe que os conhecimentos produzidos são capazes de promover transformações significativas e permanentes na relação do homem com a vida.

O bem do indivíduo e da sociedade deve ser visado através de um discernimento conjunto das ocorrências propiciadas pelas investigações científicas a fim de concretizar-se aquilo “que se deve fazer, o que convém tolerar e o que é necessário proibir”.²¹² Com a Segunda Guerra, informações ao mesmo tempo preciosas e cruéis foram apresentadas ao mundo através do abuso de seres humanos na experimentação médica, principalmente na Alemanha. Em resposta a essas atrocidades, o Código de Nuremberg²¹³ registrou o novo conjunto de normas éticas, que se estendeu da experimentação médica ao tratamento médico e onde o respeito ao ser humano tem que prevalecer. Tornou-se, absolutamente essencial, nos procedimentos e pesquisas científicas que envolvem a pessoa, o

²¹¹ BARBOSA, 2001, p.2

²¹² LEPARGNEUR apud GUIMARÃES, 2005, p. 12

²¹³ O Tribunal Internacional de Nuremberg (criado em 1945 pelo Estatuto de Londres), que teve por objetivo julgar os responsáveis das atrocidades do regime nacional-socialista, julgou também alguns pretensos pesquisadores que realizaram cruéis experimentos com indivíduos privados de liberdade nos campos de concentração. Desta instituição jurídica nasceu um importantíssimo documento ético sobre a experimentação humana,, conhecido como “Código de Nuremberg”. (1947) CASABONA, (2004, p. 24).

consentimento informado²¹⁴ e voluntário, como dispõe o Código de Nuremberg. Essa noção de consentimento, na atividade médica, é fruto de posições filosóficas relativas a autonomia do ser humano. Sobre esse aspecto observa-se que o atendimento ao princípio ético do respeito à autonomia da pessoa requer um consentimento livre, esclarecido, renovável e revogável. A pessoa tem o direito moral de ser esclarecida sobre a natureza e os objetivos dos procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos.²¹⁵ As atuais conquistas da investigação científica propiciaram possibilidades de intervenção na vida do homem, traduzidas pela manipulação do próprio ser e pelo aumento da iniciativa e responsabilidade da pessoa.

Para Barracho²¹⁶, a revolução terapêutica, iniciada em 1936, com os antibióticos, juntamente com a revolução biológica, inspiradora do conceito de patologia molecular, acrescidas pela descoberta do código genético deram grande impulso à medicina. E Jean Bernard²¹⁷ afirma que tais modificações transformaram o destino do homem ao mesmo tempo em que situaram problemas morais novos e ignorados. Com o aumento do conhecimento científico e a rápida transmissão do mesmo às comunicações científicas, a revolução biológica propicia ao homem três direcionamentos:

- o do sistema nervoso
- o da hereditariedade
- o da reprodução

²¹⁴ Dentre os preceitos formulados destacam-se: a necessidade de consentimento daqueles que serão submetidos ao experimento; o consentimento deve ser dado livremente, por pessoas que estejam em plena capacidade de decisão e às quais devem ser explicadas com absoluta clareza todas as condições do experimento, quais sejam, natureza, duração, objetivos, métodos, riscos, efeitos e inconvenientes. Não se deve optar por experimentos em seres humanos quando houver outros procedimentos compatíveis com os resultados esperados. Os experimentos em seres humanos, quando absolutamente essenciais, devem ser precedidos de experiências com animais, de modo a prover o pesquisador de um razoável conhecimento acerca do problema estudado. Deve-se reduzir ao mínimo os incômodos decorridos do experimento, e este não deve ser conduzido se houver risco razoável de dano grave e permanente. O paciente e o sujeito de pesquisa humana devem ser protegidos por meio de cuidados especiais, sob a responsabilidade do pesquisador, que deve suspender de imediato os procedimentos se houver situação indicadora de risco grave. O sujeito do experimento deve poder retirar-se dele a qualquer momento, por livre decisão. Os riscos devem ser proporcionais aos benefícios para o indivíduo e para a sociedade. (SILVA, 1998, p. 33).

²¹⁵ MUÑOZ; FORTES, **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**, p.99-11-

²¹⁶ BARRACHO, José. **A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais**

²¹⁷ *apud* BARRACHO, 2004, p.169-170

Os objetos de estudo de cada um desses direcionamentos podem ser, de forma sucinta, assim descritos. O domínio do sistema nervoso envolve as neurociências com estudos e pesquisas sobre o cérebro humano a partir de duas correntes: a que busca o tratamento químico das doenças das psicoses (as chamadas doenças do espírito), relacionada à psicofarmacologia; e a segunda corrente que se dedica ao tratamento dos transmissores químicos da informação nervosa. A principal questão ética em pesquisas nessa área reside no fato de que para o conhecimento do cérebro é necessário utilizar cérebro humano já que existe grande diferenciação com o cérebro dos outros animais, contudo, a insuficiência de conhecimentos não permite operar nessa área com segurança.

Quanto ao domínio da hereditariedade destaca-se nele o estudo do genoma humano. O genoma é o conjunto de informação genética contido no cromossomo de uma célula. Nele estão codificadas as instruções que regem o funcionamento do organismo humano, o que singulariza cada pessoa, diferenciando-a de qualquer outra da espécie humana.²¹⁸ As informações genéticas contidas no genoma permitem detectar alterações contidas nos genes que resultam em doenças, predisposições à patologias graves e provavelmente, mais futuramente, os desvios do comportamento humano. É através da engenharia genética, que os geneticistas obtêm modificações semelhantes às produzidas naturalmente ou diferentes delas. Portanto, é o genoma, “informação: sobre cada indivíduo, sobre sua família biológica e sobre a espécie a que pertence”²¹⁹

O domínio referente à reprodução abrange as pesquisas cujo alvo são as técnicas que permitem a geração de vida independentemente do ato sexual. Nele englobam-se os procedimentos de fertilização *in vitro*, inseminação *post mortem*, criopreservação de embriões supranumerários dentre outros que utilizam embriões humanos e células germinativas.

Os fatos e as consequências éticas dos progressos da biologia e da medicina devem receber análise crítica para que se faça bom uso desse desenvolvimento como também, por outro lado, se impeça o emprego de seus

²¹⁸ GUIMARÃES, 2005, p.16

²¹⁹ CASABONA, 1999, p. 23

efeitos perversos. Essa análise, é a busca por uma relação adequada entre meios e fins. Uma medida humana que avalie os custos do progresso científico e ao mesmo tempo o seu destinatário, ou seja, o próprio homem.

Deve-se frisar que o impacto das descobertas genéticas no plano jurídico possibilita uma nova análise de questões que até certo ponto eram consideradas pacíficas para o Direito. Assim, pode-se verificar uma forma diferenciada de detectar o nascimento da quarta dimensão de direitos fundamentais. Pode-se indagar sobre qual a carga valorativa tem a expressão vida humana como fio condutor do raciocínio que fundamenta a resolução do seguinte problema: a partir de quando e como se desenvolve a existência dos seres humanos?

A presente tese vem demonstrando que os mencionados avanços da ciência genética e a dinamicidade da vida impõe uma releitura do regramento acerca da consideração dos embriões humanos.

O desenvolvimento da Genética acelerou-se nas últimas décadas do século XX, mormente em função das descobertas do código genético pelo Projeto Genoma Humano que possibilita a manipulação dos genes:

A importância da descoberta do genoma humano reside na possibilidade de se personalizar a medicina, ou seja, realizar tratamentos que se baseiam em conhecimento mais detalhado da fisiologia de cada pessoa, uma vez que o código genético da pessoa determina, em muitos casos, sua reação a um medicamento, inclusive efeitos colaterais. Entretanto, às esperanças de cura acopla-se um biopoder incomensurável. Decorrente das possibilidades de métodos tecnológicos sofisticados de cerceamento da liberdade e aumento da opressão racial e étnica, além do biopoder implícito ao saber manipular a vida via transgenicidade, hibridismo e clonagem. Mais à frente, conclui: O Projeto Genoma Humano representa o primeiro passo no caminho de nossa alfabetização – todavia, o aprendizado deve eleger o método adequado para que se conheça o animal humano, sob pena de o mesmo desaparecer na era *pós-genômica*.²²⁰

²²⁰ GOMES, Celeste; SORDI, Sandra. **Aspectos atuais do Projeto Genoma Humano**.in Biodireito:ciência da vida, os novos desafios, p.169

Para ALMEIDA, Darcy in **O Gene: presente e futuro – repercussões sobre a genômica**, o projeto GH tem duas faces, a primeira é a de que se trata de um projeto científico diferenciado, com dimensões monumentais, a trazerem profundas modificações sobre a vida de nossa espécie. A segunda é a do empreendimento financeiro, que compreende interesses comerciais de grande monta, como a obtenção de patentes de seqüências gênicas etc.

Temos visto inúmeras experiências envolvendo não só seres humanos, como também diversos animais e plantas, desenvolvidas por cientistas com objetivos diferenciados: ora se pretende utilizar animais como cobaias para a descoberta de novas técnicas científicas utilizando-se células-tronco embrionárias, ora se pretende alterar características peculiares aos seres vivos, como nos famosos casos de animais fluorescentes²²¹

Ainda podem ser citadas experiências mais recentes, como a citada na reportagem abaixo:

Cientistas dos EUA anunciaram que podem impedir a transmissão de pelo menos 150 doenças hereditárias advindas de defeitos nas mitocôndrias (fonte de energia das células). Como as mitocôndrias, mesmo as doentes, têm seu próprio DNA, pode-se retirar apenas o núcleo de células do óvulo de uma mulher e implantá-lo na célula do óvulo de outra mulher cujas mitocôndrias são saudáveis. Feita a fertilização *in vitro*, o bebê nasceria sem risco de doenças hereditárias. Ele seria fruto de células do óvulo de uma mulher e de mitocôndrias (não doentes) de outra mulher - é como se tivesse duas mães biológicas. As experiências com macacos foram concluídas com êxito total.²²²

Embora haja muita “falácia” em torno de técnicas de manipulação da vida humana e não humana, temos percebido nos últimos anos o desenvolvimento de experimentos inovadores, que não podem simplesmente serem ignorados pela sociedade, tampouco pela ciência jurídica.

No caso comentado acima, a técnica manipulativa visa o melhoramento da qualidade de vida do homem e tem sido debatido à luz dos princípios bioéticos e de uma eventual afronta à “natureza”. Abaixo, apresentamos uma figura que sintetiza o procedimento narrado.

²²¹ Pode-se citar o caso de uma coelha que foi manipulado geneticamente e teve sua cor alterada, bem como mais recentemente o caso de alguns gatos que foram submetidos a experimento parecido.

²²² GUEDES, Fabiana. **O fim das doenças hereditárias**. Revista Isto é. 2 de setembro de 2009.]



Fonte: Revista Isto é. Edição 2077. 2 set 2009. O fim das doenças hereditárias

Práticas como a citada acima nos amedrontam e nos trazem incertezas quanto ao nosso próprio futuro.

A própria figura copiada acima afirma: “É como se ela tivesse duas mães saudáveis”.

Como lidar com tais experimentos?

Seriam estes avanços incontrolláveis e impossíveis de serem tutelados pelo Direito?

Ainda que saibamos que por si só o Direito também possui limitações, apresentaremos nesta tese perspectivas de um regramento específico visando o estabelecimento de limites mais nítidos no que se refere aos experimentos científicos.

2.2.2 A identidade e proteção dos embriões humanos à luz do Biodireito²²³

Como consequência do surgimento dos denominados “direitos de quarta dimensão”, o Biodireito vem se revelando cada vez mais um ramo autônomo dentro do contexto das Ciências Jurídicas, em que pese haver quem não coadune com esse entendimento. Segundo alguns autores, deve-se utilizar a expressão Bioética, não havendo um Biodireito autônomo. Nesse sentido, afirma Amauri Calgaro²²⁴, é um ramo que ainda não se pode ter por autônomo, mas que busca seus fundamentos na Bioética e nos direitos fundamentais. Volnei Garrafa, por seu turno, entende que a expressão Biodireito seria o prefixo da expressão Bioética mais a palavra Direito. De todo o modo, não há como se negar certa autonomia ao Biodireito na atualidade, que pode ser considerado como um conjunto de normas orientadoras da conduta humana em face do princípio à vida²²⁵. Ocupa-se das normas, princípios e relações vinculadas à:

- procriação assistida em sentido amplo;
- natureza jurídica do embrião;
- aborto;
- manipulação genética em sentido amplo;
- recombinação de genes;
- eugenia;
- transplantes de órgãos entre seres vivos e pos mortem;
- direito à saúde;
- genoma humano;
- criação e patenteamento de seres vivos;
- eutanásia;

²²³ O neologismo Biodireito está consagrado embora não seja o termo mais adequado, pois pode passar a impressão de que exista Direito que não seja voltado à proteção da vida em sociedade. Mas, independente do termo que o designa o importante é reconhecer-lhe espaço como ciência.

²²⁴ CALGARO, Amauri. obra citada, p.28

²²⁵ CONTI, M.C.S. **Ética e direito na manipulação do genoma humano**, p.21.

- propriedade do corpo vivo e morto.²²⁶

Pode-se, então afirmar, que o Biodireito incorpora uma função pragmática²²⁷, que se expressa no compromisso profissional com a dimensão operacional do Direito.

A investigação científica encontra-se legitimada na Constituição Federal²²⁸. Todavia, em que pese seu estímulo por parte do Poder Público e da iniciativa privada, tal liberdade possui limites, devendo conciliar interesses que visem o respeito dos direitos humanos e a preservação da espécie presente e futura.

Portanto, a atuação do Biodireito nos dias de hoje deve se dar firmemente, uma vez que a utilização do material biológico de seres humanos perpassa por polêmicas questões para as quais ainda não existem critérios normativos que delimitem um campo possível de ação. O estabelecimento de limites ao acesso e uso do patrimônio genético humano é papel do Biodireito, visando à promoção do progresso econômico, científico e tecnológico, estimulando a inovação da tecnologia, sem perder de vista, no entanto, os valores jurídicos e morais essenciais à preservação da pessoa humana.

Há uma evidente incompatibilidade entre a realidade social e cultural da sociedade atual (tecnocientífica)²²⁹ com a ordem jurídica firmada pelo Estado Liberal de Direito e, por isso, suas categorias jurídicas têm se mostrado insuficientes e inadequadas à proteção de interesses individuais e coletivos, sendo muitas vezes ineficazes as respostas dadas a conflitos gerados pelo progresso científico.

²²⁶ CONTI, M.C.S., ob.cit., 2001. p.24.

²²⁷ “Daí porque a constância em relacionar o biodireito a uma nova dimensão dos direitos do homem, com as mesmas características inclusivas da democracia. Radicalizando a originalidade do biodireito, importa afirmar que, aos direitos reconhecidos, promovidos e garantidos pelo ordenamento (face jurídica), se vinculam, na mesma pessoa humana, os respectivos deveres para consigo e para com as demais pessoas humanas (face ética). Assim, por exemplo, o direito à existência se liga ao dever de conservar-se em vida e o direito a um condigno padrão de vida, à obrigação de viver dignamente.” SILVA, R.P. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o biodireito. Revista dos Tribunais, nº 791, setembro de 2001, p. 102. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²²⁸ Art. 218, CF. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

²²⁹ Já mencionada no item anterior

Assim, os princípios bioéticos são referências para o desenvolvimento do Biodireito e, no entanto, não vinculam a atuação legislativa e jurídica. Ensina Vicente Barreto:

[...] o progresso científico provocou a ruptura daquelas categorias jurídicas básicas do direito moderno, obrigando que se fosse buscar nos fundamentos da racionalidade argumentos justificadores, que se poderão expressar sob a forma de 'mandatos de otimização', de uma ordem normativa com condições de regular uma nova realidade social, característica da civilização tecno-científica.²³⁰

O Biodireito é um ramo em desenvolvimento do Direito que tem função de normatizar os efeitos jurídicos da prática biotecnológica. Portanto, ele deve atender a princípios próprios e diferenciados que tenham como eixos centrais de todo o ordenamento guardar a vida presente e futura e garantir a dignidade da pessoa humana.

As doutrinas pátria e estrangeira apresentam diversos conceitos de Biodireito, merecendo alguns deles transcrição, por oportuno, como se segue:

- Nova modulação de quarta geração que tem objeto de examinar os efeitos das pesquisas biológicas (Maria de Fátima Freire de Sá²³¹)
- "estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade". (Maria Helena Diniz)²³²

Definido como o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina²³³, é uma área que oferece grande diversidade de abordagens, como por exemplo, a polêmica das células-tronco e a manipulação de embriões humanos, as técnicas de reprodução assistida, transplante de órgãos e tecidos humanos, clonagem humana, técnicas de alteração de sexo, eutanásia, aborto por anencefalia e

²³⁰ BARRETO, Vicente. **Novos temas de biodireito e bioética**. p. 60

²³¹ Este conceito foi citado na apresentação da obra da autora por José Baracho. SÁ, Maria de Fátima. Biodireito e Direito ao próprio corpo, p. 14;

²³² Maria Helena Diniz, **O estado atual do biodireito**, p. 9

²³³ ARNAUD, André-Jean. Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito.

outras questões emergentes. A tese foca-se na polêmica envolvendo a manipulação de embriões humanos.

O Biodireito tem seus alicerces em três áreas específicas do Direito: o Direito Constitucional, o Direito Civil e o Direito Penal. O Direito Constitucional, ramo do direito público, tem por objeto de estudo a Constituição Federal, lei maior de um ordenamento jurídico. Relaciona-se com o Biodireito no que tange à proteção dos direitos fundamentais, tais como a vida, liberdade, saúde, intimidade. Todos estes preceitos são plenamente garantidos pela Carta Magna (com já visto na primeira seção) e, conseqüentemente, constituem os objetivos a serem alcançados pelas normas específicas criadas pelo campo do Biodireito.

Já o Direito Civil, que é um ramo do direito privado, integra-se com o Biodireito no âmbito dos direitos de personalidade, ou seja, delimitando o início a personalidade civil do homem, que de acordo com o art. 2º deste diploma legal, ocorre a partir do nascimento com vida. Esse dispositivo, a propósito, é o que inflama as mais diversas discussões acerca dos direitos do nascituro, na área do Biodireito. Esta seara protetiva da personalidade será objeto de análise na parte 2.

O Direito Penal, por sua vez, ao definir as condutas consideradas antijurídicas, não poderia deixar de se comunicar diretamente com o Biodireito, que se vale das normas penais para inúmeras situações, como, por exemplo, a proibição do aborto e, conseqüentemente, a instituição de uma pena para tal procedimento.

Este ramo busca solucionar os conflitos entre o homem e a ciência, em razão da insuficiência de regramento das demais áreas, aqui mencionadas.

Para Simone Born de Oliveira²³⁴, citando Estrella Gutierrez, os avanços biotecnológicos que vêm ocorrendo põe-nos frente a um dilema antigo, o dos limites do agir humano, se deve ou não existir e quais serão. Somente se tem a certeza de que não foi alcançada nenhuma resposta ética com a amplitude e riqueza que estes temas requerem. Para a autora, Bioética e Biodireito devem se unir, por serem diretamente interessadas na defesa da pessoa humana,

²³⁴ OLIVEIRA, Simone Born. **Da Bioética ao Biodireito**.p. 66-67

traçando, dessa forma, um marco moral e jurídico. Certamente, tal união é imprescindível para a solução dos vazios morais e jurídicos verificados nas manipulações de embriões, atualmente.

Podem ser citadas como fontes do Biodireito:²³⁵

1. A Biotecnologia e a Medicina, responsáveis por uma verdadeira “revolução” na vida do ser humano, por meio de suas descobertas ligadas à vida e à saúde humanas.

2. A Bioética, entendida como “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais (...)”²³⁶.

A Bioética vem sendo construída desde a década de 60, época em que marcantes avanços científicos ocorreram, dentre eles o primeiro transplante de coração. Entretanto, a palavra “Bioética” apareceu inicialmente na obra de Van Rensselaer Potter, em 1971 (*Bioethics: bridge to the future*)

Sua expressão aumentou nas décadas de 80 e 90, com o advento do chamado “projeto genoma humano”, responsável pelo mapeamento genético total do ser humano, com vistas a implementar estudos mais aprofundados e que viabilizem a terapia gênica²³⁷. Atualmente, a Bioética une-se ao Biodireito, de forma indissociável, na medida em que novas terapias vêm surgindo, como a utilização de células-tronco, por exemplo. Por tal razão, as discussões travadas em torno da autonomia do Biodireito e até mesmo de sua inexistência frente aos princípios bioéticos não merecem guarida, já que o caminhar de ambos deve se dar paritariamente, com vistas a delimitação de um regramento

²³⁵ PARISE, Patrícia Spagnolo. **O biodireito e a manipulação genética de embriões humanos**, p. 4

²³⁶ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**, p. 16.

²³⁷ Conforme o endereço eletrônico do Conselho Federal de Medicina, Terapia gênica ou geneterapia é o tratamento, ou a sua tentativa, de doenças genéticas ou não-genéticas por meio da introdução, em células específicas do paciente, de cópias de genes com objetivos terapêuticos. Assim, terapia gênica é o uso de genes ao invés de drogas para tratamento de doenças. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v5/terapiagenica.htm>. Acesso em 10 mar2010;

mais rígido dos conflitos envolvendo homem e ciência, já que normas de caráter meramente deontológico não se prestam à finalidade necessária.

É essencial que a sociedade retorne seu diálogo com a ciência. Isto porque as maravilhas da ciência genética muitas vezes escondem a existência de uma realidade bem menos glamourosa²³⁸: a dos embriões excedentários, das falhas técnicas, dos fetos grotescos decorrentes de manipulações com finalidades escusas, dentre outros.

As fronteiras genéticas estão se perdendo, razão pela qual pugna-se pela formação de um Biodireito eficiente, pois a Bioética por si só não pode impor as responsabilidades que a prática biotecnológica exige uma vez que não possui qualquer força coercitiva, revelando-se apenas como um compromisso de consciência.

Cabe à Bioética estabelecer limites racionais para que se possa construir um Biodireito capaz de limitar, mas não impedir, o desenvolvimento científico e a busca de novos conhecimentos²³⁹.

Ao Biodireito caberá a tarefa de equilibrar pontos de vista que permanecerão diferentes, promover a abordagem dos fenômenos bioéticos de maneira abrangente (não setorial) e a transformação de valores existentes promovendo o avanço de uma ciência eticamente livre para uma ciência eticamente responsável e que esteja a serviço do bem-estar humano.

Nesse sentido, afirma Claus-Wilhelm Canaris:

não é tarefa do Direito fixar a ciência ou mesmo o desenvolvimento do próprio direito em determinado Estado, mas apenas exprimir o quadro geral de todos os reconhecimentos do tempo, a garantir a sua concatenação entre si e, em especial, o facilitar a determinação de efeitos reflexos que uma modificação (do conhecimento ou do objeto), num determinado ponto, tenha noutro, por regra da consequência anterior²⁴⁰.

²³⁸ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. ob.cit., p. 143

²³⁹ A ciência trata a realidade como ela é e a moral trata a realidade como ela dever ser.

²⁴⁰ CANARIS, Claus. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p.60

Cabe aqui, ainda, o entendimento de Aristóteles, para quem:

O abuso não pode eliminar o uso. A possibilidade de um uso eticamente inaceitável de uma técnica, fruto do saber humano, não pode eliminar o seu uso se ela é de benefício para os demais membros dessa sociedade. O que procede é seu estrito regulamento no marco do bem comum. Este marco é a LEI.²⁴¹

Diante do exposto, percebe-se que o papel do Biodireito na sociedade é o de incentivar pesquisas científicas que possam trazer benefícios para a sociedade, por um lado, mas estabelecer limites para a aplicação do conhecimento científico em projetos que podem colocar em risco a integridade física, moral e jurídica do embrião humano. É aí que o embrião se situa: como alvo de necessária proteção, já que na área das procriações artificiais, surgem novas realidades para as quais o aporte jurídico tem se revelado despreparado.

Pode-se dizer que há uma crise generalizada no que pertence ao embrião: interesses eugênicos²⁴² nos procedimentos de fertilização, escolha de características de bebês, doação e comércio de embriões, fertilização após a morte do cônjuge, clonagem, terapia gênica, enfim, tal crise se inicia na determinação do início da vida, mas perpassa os conceitos de filiação, identidade, direitos sucessórios.

Uma das maiores preocupações do Biodireito é a questão dos embriões humanos. Por isso mencionou-se, acima, o papel deste ramo específico, que tem seu desenvolvimento vinculado à proteção da vida humana, ampliando-se, necessariamente, para uma biologização da vida²⁴³, algo além do meramente biológico.

Ao se refletir sobre os embriões humanos, descobrindo sua ontologia e dignidade, caminha-se para um melhor entendimento do valor da vida humana,

²⁴¹ ARISTÓTELES. A Política, p. 42.

²⁴² Eugenia significa o processo de seleção de características da pessoa. Sua idéia original consistia na eliminação dos membros da sociedade mais fracos, menos inteligentes, com o objetivo de melhorar a qualidade da raça. A criação do termo eugenia é atribuída à Francis Galton em 1883. Hoje, o termo eugenia é utilizado para designar manipulações genéticas tendentes a selecionar aspectos físicos de um novo ser, como por exemplo, a escolha da cor dos olhos, a eleição de embriões que apresentem menos chance de desenvolvimento de determinada doença genética, dentre outros.

²⁴³ Conforme afirma Maria Garcia, ob.cit.. p.163

o que possibilita o tratamento de outros temas correlatos, como a reprodução assistida, o aborto etc.

Não se pode negar que há uma tendência de despersonalização do homem na atualidade, diante de tudo o que já foi exposto, tornando-se problema evidente recolocá-lo em seu lugar central. O embrião insere-se neste pensamento.

Para Stela Neves Barbas, o embrião é aquilo que todos fomos²⁴⁴, ao contrário do afirmado por Orlando de Carvalho²⁴⁵, para quem o nascituro seria “um nada humano”. De fato, não podemos concordar com o posicionamento do Professor Orlando, uma vez que até mesmo a lei civil brasileira insere o nascituro como merecedor de proteção, quando “põe a salvo” seus direitos.

Hoje se fala em identidade e estatuto do embrião humano, na tentativa de demonstrar que uma investigação de como este embrião deveria ser definido e avaliado não pode ser exaustivamente realizado por nenhuma ciência isolada, como medicina, filosofia, ética, direito ou teologia. Não se afirma aqui que estes campos deveriam ser ignorados; pelo contrário, devem ser sistematizados. Eis a multidisciplinaridade do tema.

Uma questão importante, neste contexto: como a história da identidade do embrião vem sendo construída e percebida na história do pensamento?²⁴⁶ O debate crucial relativo ao primeiro momento dessa existência histórica nada mais é que uma consequência, embora fundamental e decisiva, do debate mais amplo sobre sua identidade.

Durante algum tempo, a interpretação da identidade do embrião deu-se de forma mítica. Na visão do hinduísmo, por exemplo, a transmissão da força vital do homem para a mulher é evidente, como evidente é a percepção lúcida de que a semente masculina encerra em si toda a potencialidade destinada ao futuro indivíduo. Para Leone, mesmo sendo uma parte de si, na mãe o embrião contém uma integralidade do universo desde o momento do recebimento no ventre. Assim, haveria um enriquecimento do universo inteiro.

²⁴⁴ BARBAS, Stela Neves.ob.cit., p. 73

²⁴⁵ CARVALHO, Orlando de. **Os Direitos do Homem no Direito Civil Português**, p 10

²⁴⁶ LEONE, Salvino. **As raízes antigas de um debate recente in Identidade e Estatuto do Embrião Humano**, p.39

Esta idéia de totalidade do embrião é corroborada por uma lenda da antiga China, que narra o nascimento do príncipe Hou- tsi: o nascimento, tanto quanto a concepção, ocorre em condição virginal e o cereal antropomorfizado conserva em si o forte senso simbólico do homem-semente, devendo o recém-nascido enfrentar uma série de desafios, que pode ser lida como uma transposição mitológica do processo de germinação.²⁴⁷

Outras lendas como na cultura inca, asteca e africana demonstram que na maioria dos mitos, está presente a idéia de uma mãe celeste que carrega consigo a criança antes de tomar forma. A idéia desta existência anterior parece implicar na persistência da vida individual a partir do momento da concepção.

O texto "Juramento de Hipócrates"²⁴⁸ é considerado o texto médico mais confiável que admite implicitamente a humanidade do embrião em todas as etapas de desenvolvimento, porquanto condena as práticas abortivas

Aristóteles contribui enormemente para este desenvolvimento, com sua teoria da alma tríplice. Haveriam três almas no corpo humano, potencialmente: a primeira é a alma nutriz, a segunda é a alma sensível e a terceira é a alma intelectual²⁴⁹.

No mundo clássico, principalmente na Roma Imperial, a criança não nascida gozava de pouca consideração, mas o sentimento de que a criança recém-nascida merece um mínimo de respeito prevalecia geralmente entre as pessoas comuns. Platão sustentou que em um república ideal homens e mulheres com mais de 55 e 40 anos deveriam manter relações sexuais livres, à

²⁴⁷ SALVINO, Leone. Ob.cit.. p.41

²⁴⁸ Segue a versão clássica em Português, obtida junto ao Conselho Federal de Medicina: "Eu, solenemente, juro consagrar minha vida a serviço da Humanidade. Darei como reconhecimento a meus mestres, meu respeito e minha gratidão. Praticarei a minha profissão com consciência e dignidade. A saúde dos meus pacientes será a minha primeira preocupação. Respeitarei os segredos a mim confiados. Mantereí, a todo custo, no máximo possível, a honra e a tradição da profissão médica. Meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que concepções religiosas, nacionais, raciais, partidárias ou sociais intervenham entre meu dever e meus pacientes. Mantereí o mais alto respeito pela vida humana, desde sua concepção. Mesmo sob ameaça, não usarei meu conhecimento médico em princípios contrários às leis da natureza. Faço estas promessas, solene e livremente, pela minha própria honra."

²⁴⁹ SALVINO, Leone. Ob.cit..p.43

condição de não procriarem, tendo acesso à práticas abortivas. O próprio Aristóteles não se opunha à eliminação de bebês deficientes logo após o nascimento.

Para Ulpiano, o embrião recebia o sopro da vida no instante do nascimento. A tese não era aceita nos círculos médicos, onde prevalecia o pensamento de Hipócrates, para quem o embrião se desenvolvia autonomamente ao longo de quatro etapas morfológicamente diferenciadas.²⁵⁰

A literatura sobre o respeito devido ao nascituro é vasta. Para Ignácio de Paula²⁵¹, pode-se resumir os princípios da tradição cristã da seguinte forma:

1. O embrião é um ser humano. Nesse ponto, a tradição é unânime. As diferenças entre o feto o homem adulto são vistas no âmbito de uma concepção da vida humana que reconhece diferentes etapas, da infância à velhice.

2. Os pais, sem exclusão *do paterfamilias*, não têm poder absoluto sobre seus filhos. A vida da criança por nascer está sob a guarda de Deus. O único que pode dar a vida e tirá-la

3. A falta de respeito pelo nascituro, com as conseqüentes agressões à sua existência e integridade física, são comportamentos degradantes que tornam odiosos e desumanos aqueles que cometem tais pecados.

O cristianismo, percebe-se da citação acima, também exerceu papel fundamental no desenvolvimento da identidade do embrião humano, ao mencioná-lo como detentor de proteção em diversas passagens.

De fato, o cristianismo exerceu forte influência (e exerce até os dias atuais) na definição da natureza jurídica do embrião humano, reconhecendo os direitos do nascituro, bem como coibindo qualquer prática atentatória do direito à vida. O papel da igreja até hoje é discutido quando se analisam as manipulações da vida humana, não podendo ser desconsiderado, até porque

²⁵⁰ PAULA, Ignácio. O respeito devido ao embrião humano in *Identidade e estatuto do embrião humano*, p. 73

²⁵¹ PAULA, Ignácio. *Ob.cit.*, p. 73

muitos dos juristas associam suas decisões e opiniões aos ideais do cristianismo.

Enfim, podemos dizer que no desenvolvimento da história da humanidade, a redescoberta do embrião humano permite um entendimento mais adequado da própria vida, o que nos possibilita ter as razões adequadas para o tratamento de outras temas correlatos, como a reprodução assistida, dentre outros. Agora merece destaque adequação do embrião humano ao campo do biodireito propriamente dito.

Nos campos do biodireito, especialmente no contexto da discussão acerca do estatuto embrionário, com frequência encontramos as expressões “ser humano”, “indivíduo humano” e “pessoa humana”. Em qual delas se encaixaria o embrião?

A identificação da presença de um ser humano ou indivíduo já nas primeiras fases de vida requer, por certo, provas, observações factuais e interpretações que envolvem diretamente a biologia. Não se pode olvidar, no entanto, o papel da Filosofia, segundo Laura Palazzani²⁵².

Como já visto, o conceito de pessoa evoluiu, especificamente, da reflexão da filosofia ocidental para ingressar no debate bioético e biojurídico, sobretudo no contexto da discussão em torno do estatuto embrionário. Assim, pode-se dizer que o atual debate está fortemente condicionado pelo passado.

A definição de pessoal, para Laura Pallazani, foi originalmente elaborada para caracterizar o ser humano real. Assim, zigoto, embrião, feto (como também o recém-nascido e o menor) já são pessoas, pois embora nem todas as propriedades se hajam manifestado na prática ou no grau máximo, ainda assim estão presentes as condições que constituem o suporte necessário ao processo dinâmico ininterrupto, o qual permitirá a concretização de tais características²⁵³.

O embrião, portanto, possui uma identidade e uma indivisibilidade em relação ao ser humano, fato este ensejador do fornecimento de uma base sólida sobre a qual se possa erigir uma ética e um direito capazes de justificar

²⁵² PALLAZANI, Laura. **Identidade e estatuto do embrião humano**. p.91

²⁵³ Ressalte-se que as teorias sobre o início da vida já foram apresentadas

a necessidade de defender e salvaguardar a vida humana desde a concepção até o instante final.

Deste modo, podemos dizer que o embrião, ainda que não seja denominado “pessoa”, é dotado de sua autonomia e é merecedor de *status* diferenciado, devendo ser inclusive tutelado pelo sistema jurídico no que pertine à previsão acerca dos direitos da personalidade.

É por isso que na parte 2 da tese, analisaremos tais direitos, à luz do fundamento da dignidade da pessoa humana, para sedimentarmos nossa ótica em relação ao embrião.

Até agora, a tese apresentou, na parte 1, a necessidade da proteção da vida humana pelo direito, em suas várias dimensões, bem como as teorias acerca do início da vida e a situação jurídica dos embriões humanos, demonstrando a imprescindibilidade de sua tutela. Para tanto, utilizamos dados extraídos da doutrina jurídica, da filosofia, bem como da jurisprudência nacional (análise dos votos dos ministros do STF em relação à ação que julgou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança). Além da visão constitucional, trouxemos o desenvolvimento da legislação infraconstitucional (especificamente da Lei de Biossegurança) no que se refere aos limites e possibilidades para a utilização dos embriões em pesquisas científicas. Apresentamos o Biodireito como ciência apta a discutir tais questões, trazendo em seguida a identidade embrionária à luz de supracitada ciência. Ressaltamos o pluralismo jurídico que envolve o tema, porquanto no Brasil, há diversas normas de caráter tão somente deontológico que versam sobre a temática central da tese. Nosso objetivo, nesta parte 1, foi o de trazer à tona a problemática enfrentada pelo Estado e pela sociedade no que pertine aos avanços da ciência genética e nas possíveis conseqüências em relação à manipulação embrionária. Na próxima parte, a intenção é propor a aplicabilidade da teoria dos direitos de personalidade ao embrião, à luz do fundamento da dignidade da pessoa humana.

PARTE 2 – OS DIREITOS DE PERSONALIDADE , A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O EMBRIÃO HUMANO

CAPÍTULO 1 O FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O tema dignidade da pessoa humana está longe de ser criação da pós-modernidade. Ao contrário, temperou as discussões filosóficas, científicas, religiosas, esotéricas, dogmáticas jurídicas desde muito tempo atrás.

Nada obstante, foi na modernidade, após a experiência da Segunda Guerra Mundial, marco histórico-existencial, que a temática ganhou destaque no cenário internacional, passando a exigir uma nova orientação das políticas internacionais e do direito positivo internacional.

Denota-se que as incertezas, contradições, inseguranças da pós-modernidade igualmente geram dúvidas sobre a dignidade como fundamento do convívio humano. Mas, um ponto é pacífico dentro e fora das ciências jurídicas: a necessidade de valorização da pessoa.

Se a necessidade de proteção e respeito da dignidade da pessoa humana faz parte dos discursos jurídicos e é ponto de consenso das reflexões pós-modernas, inúmeras violações aos direitos fundamentais ainda marcam o segundo milênio. A previsão e o destaque em textos internacionais e constitucionais por si só não tem o condão de impedir as experiências de indignidade. O tema, nesta esteira, comporta um perene debate, porque a evolução da existência humana implica igualmente a evolução dos meios de ameaças e desrespeito à dignidade.²⁵⁴ Portanto, a noção deve ser

²⁵⁴ Atualmente, as maiores perplexidades dizem respeito ao extraordinário desenvolvimento da biotecnologia, com projetos e experiências que colocam em dúvida o respeito do valor pessoa humana, como clonagem, mapeamento genético, congelamento de embriões.

constantemente reconstruída e é preciso lutar incessantemente para sua efetivação.

O estudo da temática ora versada, se indispensável, é deveras árduo frente a tantas divergências, seja no âmbito filosófico ou jurídico e neste último, no campo doutrinário e jurisprudencial. Isto porque a pessoa ‘desperta um espanto existencial’ e todos que se debruçam sobre o tema ser humano para traçar-lhe os contornos e definir-lhe a essência, assim, enfrenta riscos e desafio.

Sobre as dificuldades da temática, Alves afirma que, embora o legislador constituinte tenha inserido a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a ciência jurídica e o direito constitucional não dispõem de recursos e instrumentos para precisar e definir o que seja a dignidade da pessoa humana, pois não se trata de criação constitucional, nem jurídica, sendo preexistente, assim como a pessoa humana.²⁵⁵

Ressalte-se que a presente tese adota o posicionamento de que a dignidade da pessoa humana não é criação normativa, porque a ela preexiste. De toda a forma, sua proteção positivada confirma a necessidade de sua verificação, ao tratarmos de questões vinculadas à vida (dentre elas, a manipulação genética humana). Realmente, ao ordenamento jurídico não cumpre definir, determinar seu conteúdo ou suas características. Este, apenas enuncia o princípio e dispõe sobre sua tutela²⁵⁶, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem²⁵⁷. Para a compreensão da dignidade é imprescindível, assim, que o jurista recorra aos entendimentos filosóficos, históricos e políticos.

O posicionamento sobre o assunto não consiste em meras divagações, mas com conseqüências decisivas para a proteção concreta da pessoa nos diversos âmbitos da ciência jurídica.

A “tentativa” de identificar o significado de dignidade da pessoa humana exige, de início, uma retrospectiva histórica e a análise das idéias mais

²⁵⁵ Alves, Cleber. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**, p.05

²⁵⁶ A norma constitucional é instrumento de formalização de um valor, que deve, a partir dela, ser concretizado, conforme CUNHA, Alexandra. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de direito civil**. Em A reconstrução do direito privado p. 247).

²⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p.116

relevantes que vieram influenciar o reconhecimento da dignidade em diversas legislações, para posteriormente analisar as dimensões e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Na presente tese, demonstrar a importância deste princípio é item imprescindível para justificar a proteção do embrião humano.;

1.1.1 Antecedentes históricos da dignidade da pessoa humana no mundo ocidental

Indagação crucial que atormenta a humanidade, desde os primórdios da história “refere-se ao conhecimento preciso e profundo acerca daquilo que constitui a essência do próprio homem, de sua identidade e natureza, de sua origem e de seu destino”, sendo que as diferentes respostas implicam conseqüências sobre o modo de organização da própria humanidade²⁵⁸. Portanto, a visão da pessoa humana – na dignidade que lhe é intrínseca – é fruto de um longo processo histórico, com raízes no pensamento clássico e no cristianismo.

Legislações antigas apresentam vestígios de preocupação com a proteção da pessoa humana, como o Código de Hamurabi e o Código de Manu²⁵⁹. Nada obstante, para esses povos não havia o conceito de dignidade (e nem de pessoa) no sentido contemporâneo.

Aliás, se parece óbvio que todos os seres humanos sejam pessoas e, por essa razão, dotados de dignidade, nem sempre foi assim. Em relação à raiz etimológica da palavra dignidade, esta provém do latim *dignus*, ou seja, “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”²⁶⁰. Outrossim, na linguagem comum, a palavra *dignitas* foi empregada primeiramente no sentido de função, cargo, título eminente, vinculada à posição ocupada na sociedade

²⁵⁸ ALVES, Cleber. Ob.cit., p.11

²⁵⁹ MARTINS, MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**, p.19-20

²⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. Em Constituição, direitos fundamentais e direito privado. p. 112

por mérito ou função, podendo tanto ser conferida a alguém como retirada.²⁶¹ Calcados nestas idéias, os gregos referiam-se a *dignitas* como a posição social ocupada pelo indivíduo admitindo-se uma gradação da dignidade, com pessoas mais dignas e menos dignas²⁶², como os escravos que eram considerados inferiores e tinham a função de libertar o cidadão do trabalho físico, incompatível com a dignidade dos membros da *polis*. A cidade grega era constituída, a partir de uma estrutura de exclusão e somente os cidadãos (número restrito de indivíduos) eram iguais e dignos. Condizente com este pensamento, Aristóteles entendia ser o homem um animal político ou social, “cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado”.²⁶³ Já o vocábulo latino *persona* inicialmente designava a máscara usada pelos atores em apresentações teatrais²⁶⁴. Portanto, não designava uma pessoa, mas um papel, como já citado na seção 2, item 2.1.

Apesar desse entendimento, é possível, segundo alguns autores, encontrar elementos do conceito de dignidade na filosofia estoica²⁶⁵, como qualidade inerente ao ser humano ligado à noção de liberdade e de igualdade.

Na doutrina cristã restou fundamentada a noção de dignidade como qualidade inerente a todo o ser humano, por ser o homem concebido à imagem e semelhança de Deus e ser livre para suas escolhas. Se todos os homens foram concebidos à imagem e semelhança de Deus, todos são iguais, merecendo respeito independentemente da titulação, das posses e das qualidades. Este pensamento enriqueceu a palavra “pessoa” que deixa de ser *status* para tornar-se atributo natural do ser humano. No século VI, Baixo

²⁶¹ MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. Em *Dimensões da dignidade da pessoa humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, p.64

²⁶² SARLET, Ingo. SARLET. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** p..30

²⁶³ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - Uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988**, p. 19

²⁶⁴ LUDWIG afirma que em Roma, considerava-se *persona* qualquer ser humano, mas só os homens livres tinham capacidade jurídica, e nada impedia que uma pessoa fosse tratada como coisa. Durante a Idade Média, duas grandes conquistas foram considerar apenas os seres humanos como pessoas e todos os seres humanos como pessoas. Com o Renascimento foi alcançado o conceito jurídico moderno de pessoa, “em cujo suporte fático se encontra apenas a condição humana” (LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro**. Em *A reconstrução do direito privado*, p. 265-270).

²⁶⁵ o estoicismo ensinava a liberdade inata de todos, a igualdade de todos por razão da natureza humana.

ofereceu definição de pessoa adotada posteriormente por Santo Tomás de Aquino como sendo 'substância individual de natureza racional'

Outrossim, no contexto antropológico-cristão, Santo Tomás de Aquino trata da dignidade humana relacionada com a concepção de pessoa, como qualidade inerente a todo o ser humano e que o distingue das demais criaturas através da racionalidade.

Com o surgimento do humanismo renascentista o pensamento cristão alarga sua antropologia especialmente no capítulo dos direitos da pessoa e de sua vida social, política e econômica. Mas muito pouco se fala sobre a contribuição dos pensadores cristãos renascentistas, acerca da questão dos direitos do homem porque a histórica que se difunde no mundo é a do direito racionalista. A "difusão das perspectivas racionalistas, secularizantes e relativistas, características do individualismo liberal, que marcou a chamada modernidade, acarretou um esmorecimento das concepções da antropologia cristã, que pretendiam conciliar e harmonizar os postulados da fé²⁶⁶ Mas registre-se que, embora esse esmorecimento, "os Pontífices Romanos, desde Leão XIII, no final do século passado, vêm elaborando um amplo ensinamento de cunho teológico-moral, aplicável à realidade social experimentada historicamente pela humanidade nestes últimos tempos²⁶⁷.

Em 1486, Pico de Mirandola enunciou a famosa *Oratio de Hominis Dignitate*, discurso considerado fundador do renascimento humanista, início da modernidade, "definida em razão de seu compromisso com a valorização e promoção filosófica do homem".²⁶⁸

Após longo processo de laicização (secularização) e racionalização, num contexto antropocêntrico, destacam-se de modo significativo os conceitos de pessoa de Hobbes²⁶⁹, Locke²⁷⁰, Descartes²⁷¹ e, em especial, Kant. O

²⁶⁶ ALVES, Cleber. Ob. cit., p. 25

²⁶⁷ Sobre o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana na doutrina católica confira a obra de ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁶⁸ MORAES, Alexandre de. Ob. cit., p. 14

²⁶⁹ Hobbes define a pessoa pelo seu papel, dando-se a condição de sujeito em razão do *status*, de um papel desempenhado na sociedade, considerando pessoa um ator social, investida da dignidade do seu papel (ALVES, Gláucia Correa Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa humana. In A reconstrução do direito privado, p. 216).

²⁷⁰ Para Locke, a finalidade da lei é preservar e aumentar a liberdade, liberdade esta para dispor e regular como entenda, sua Pessoa (CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da**

pensamento deste último influenciou significativamente o pensamento ocidental sobre dignidade.

Na transição preparada pelo Iluminismo e representada pela Revolução Francesa, Kant inaugurava a deontologia moderna da pessoa²⁷².

Para Kant, de maneira muito sucinta, a autonomia ética (liberdade para dar a si suas próprias leis) decorrente da racionalidade é fundamento da dignidade da natureza humana e o ser humano existe como um fim em si mesmo, não como meio para exercício arbitrário para satisfação desta ou daquela vontade.

O ser humano, como único valor absoluto, deve ser considerado sempre como fim, jamais pode ser tratado como objeto. É um dever negativo de não se impor sobre o outro²⁷³.

A construção teórica de Kant passou a influenciar profundamente a doutrina nacional e alienígena - e a produção jurídica, pois é nela que se fincam as bases de uma fundamentação e conceituação, prevalecendo no pensamento filosófico e jurídico atual. As críticas apontadas a essa visão ética antropológica e liberal não retiram a importância do pensamento kantiano, embora a concepção de dignidade tenha evoluído e ganhado outras perspectivas.

pessoa humana: conceito fundamental de direito civil. Em A reconstrução do direito privado, p. 232).

²⁷¹ As raízes mais próximas da noção de pessoa podem ser encontradas no 'penso, logo existo', de Descartes, quando o homem passa a ser sujeito de conhecimento, e o mundo, seu objeto. O pensar confere a qualidade de existente, e inaugura-se o sujeito moderno. Assim, verifica-se quando ele se torna sujeito "ao qual a dignidade é atribuível como sucedâneo da condição de pessoa" (BARCELOS ALVES, Glacúia. **Sobre a dignidade da pessoa humana.** Em A reconstrução do direito privado, p. 220).

²⁷² LUDWIG, Marcos de Campos, ob.cit., p. 274

²⁷³ O imperativo categórico kantiano está contido na sentença: "Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral. Esta formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais. São elas: i) 'Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza', o que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em qualquer tempo e lugar; ii) 'Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio', que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas; iii) 'Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais', que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral". E, assim, "o imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro" (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In Constituição, direitos fundamentais e direito privado, p.115).

Analizando a evolução do pensamento filosófico, Maurer divide os entendimentos em três grupos: “os que estabelecem a dignidade como um absoluto transcendental e prévio a tudo, os imanentistas, que a inscrevem numa progressão histórica, e, finalmente, os que a negam”.²⁷⁴

Como representante do primeiro grupo encontra-se o pensamento de Kant. O terceiro grupo é composto por pensadores que negam a existência da pessoa humana. No segundo grupo, denominado pela autora supracitada de imanentistas, a dignidade da pessoa humana não é absoluto inalienável, mas desenvolve-se, fortalece-se e está por vir, podendo ser resultado de condições externas ao homem, e, especialmente ao Estado. Nesta linha de pensamento destaca-se Marx que concebe a dignidade apenas como uma conquista histórica.

Componente deste segundo grupo merece destaque os aportes de Hegel, considerados importantes para a reconstrução da noção de dignidade da pessoa humana. Para este, “o homem não tem nenhum valor próprio, apenas oferece sua contribuição na razão, encontrando também a sua dignidade no seu desenvolvimento a serviço do Estado”.²⁷⁵

Hegel entende que a garantia institucional do ser reconhecido como pessoa o indivíduo só alcança na “Moralidade Objetiva”, nas instituições da família e da sociedade civil. Destaca que a pessoa já experimenta o seu reconhecimento em contextos concretos.

Outra doutrina que merece menção é a de Hannah Arendt,²⁷⁶ pensamento este que, ao tratar do totalitarismo, influenciou a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana inicialmente na Alemanha e, posteriormente, em diversas outras constituições²⁷⁷. Aliás, com o final da Segunda Guerra, em 1945, passou-se a uma perspectiva axiológica e humanista do Direito, baseada na dignidade da pessoa humana.

²⁷⁴ MAURER, Beatrice. Ob.cit., p. 68

²⁷⁵ MAURER, Beatrice. Ob. cit., p. 68

²⁷⁶ Ao tratar do totalitarismo, Hannah Arendt (A Condição Humana) trata da ruptura, da convicção “de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis”, representando uma contestação à idéia de valor pessoa humana. E daí, a necessidade de reconstrução dos direitos humanos (LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 19-20).

²⁷⁷ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Ob.cit., p.32-33

Mas qual seria a vinculação de todo este alcance da expressão dignidade da pessoa humana ao embrião?

A análise das dimensões da mencionada expressão faz-se necessária para justificar o alcance ao embrião humano.

1.1.2 Dimensões da dignidade da pessoa humana

A análise da evolução do pensamento filosófico, ainda que superficial, sobre a dignidade da pessoa humana demonstra o quão complexa é a questão do seu significado. Se as divergências sobre sua conceituação são apontadas pelos autores que tratam do tema (por se tratar de um conceito vago e impreciso e pela sua natureza polissêmica), a dignidade é algo real, vivenciada concretamente pelo ser humano, não havendo dificuldades em identificar muitas situações em que é agredida, estabelecendo a doutrina e a jurisprudência contornos sobre o seu conceito e concretizando o seu conteúdo. Aliás, é possível afirmar que todos (não apenas filósofos e juristas) têm uma compreensão espontânea e implícita sobre o que seja essa dignidade²⁷⁸. Contudo, se proclamada em inúmeros textos constitucionais, nunca é definida, o que é certo, afinal, definir é impor limites²⁷⁹.

Na tentativa de esclarecer o sentido, Ingo Sarlet apresenta três dimensões da dignidade da pessoa humana: dimensão ontológica, dimensão comunitária (ou social) e dimensão histórico-cultural.

Pela dimensão ontológica a dignidade aparece como qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável, inalienável, constituindo algo que é inerente ao ser humano, o que a torna anterior ao direito e independente das circunstâncias concretas²⁸⁰.

Mesmo não descartando o fato de a dignidade estar ligada à condição humana, pela segunda dimensão, denominada comunitária (ou social), a dignidade assume significado no contexto da intersubjetividade (relacional), no

²⁷⁸ SARLET, Ingo. Ob. cit., p.16-17

²⁷⁹ MAURER, Beatrice. Ob. cit., p.63

²⁸⁰ SARLET, Ingo. Ob. cit., p.18-22

reconhecimento de valores socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.²⁸¹

Enfim, o autor apresenta a dimensão histórico-cultural, partindo da idéia de dignidade da pessoa humana como categoria axiológica aberta, um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, reclamando uma constante concretização pelos órgãos estatais e por cada indivíduo. Assim a dignidade possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de gerações e da humanidade

Para compreender a dignidade da pessoa humana, esta deve ser enfatizada em uma dimensão individual e em uma dimensão comunitária e social. Se a dignidade nasce com a pessoa, é-lhe inata, inerente à sua essência pelo simples fato de existir e ser racional, é necessário incorporar ao conceito de dignidade uma qualidade social, “como limite à possibilidade de garantia²⁸².”

Bittar trata da dignidade como atributo que se confere ao indivíduo desde fora e desde dentro:

A dignidade tem a ver com o que se confere ao outro (experiência desde fora), bem como com o que se confere a si mesmo (experiência desde dentro). A primeira tem a ver com o que se faz, o que se confere, o que se oferta (instrumentos, mecanismos, modos de comunicação, tratamentos, investimentos, esclarecimentos, processos informativos e educativos...) para que a pessoa seja dignificada. A segunda tem a ver com o que se percebe como sendo a dignidade pessoal, com uma certa auto-aceitação ou valorização-de-si, com um desejo de expansão de si, para que as potencialidades de sua personalidade desponham, floresçam, emergindo em direção à superfície.²⁸³

As dificuldades por se tratar de conceito vago, fluido, impreciso, o mesmo apresenta um conteúdo determinável, mínimo que pode ser perfeitamente identificado no princípio, a respeito do qual ninguém pode desrespeitá-lo. E assim, todo indivíduo é digno, pelo simples fato de ser pessoa e, portanto, agente qualificado para demandá-lo do Estado e do outro.

²⁸¹ SARLET, Ingo. Ob. cit., p.22-26

²⁸² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**, p.49

²⁸³ BITTAR., Eduardo C. B. **A dignidade da pessoa humana: uma questão central para o momento pós-moderno**, p.13

Oportuna a lição de Castanheira Neves, para quem “O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo.”²⁸⁴

Perez Luño²⁸⁵, por sua vez, alicerçado em Ernest Bloch ressalta duas dimensões da dignidade que lhes são constitutivas: uma negativa, que é a garantia de que a pessoa não venha a ser objeto de ofensas ou humilhações; e outra positiva, ou seja, a afirmação de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Este entendimento sobre dignidade é adotado pela maioria dos autores que comentam a dignidade no direito positivo.

A importância do tema é demonstrada pela análise do direito internacional e nas constituições de diversos países, como se verá um pouco mais adiante.

Este ideário da valoração da pessoa humana com o reconhecimento de sua dignidade também alcança um outro grau de significação, pois, conforme ressalta Judith Martins-Costa²⁸⁶ “a dignidade, como princípio jurídico, vai designar não apenas o ‘ser da pessoa’, mas a ‘humanidade da pessoa’”. Sendo que é dentro desta perspectiva que é possível reconhecimento de uma pertença (*appartenance*) a um mesmo ‘gênero’: o gênero humano.”

E conclui afirmando que “se todos os seres humanos compõem a humanidade é porque todos eles têm essa mesma qualidade de dignidade no ‘plano’ da humanidade; dizemos que eles são todos humanos e dignos de o ser.”

Este reconhecimento da dignidade da pessoa humana já está sendo concretizado positivamente, sendo considerado “valor fonte” que anima e justifica o ordenamento jurídico.

No que tange especificamente ao embrião humano, embora o sistema jurídico não seja explícito, pode-se considerar que tal proteção deve ser estendida ao ser que está por vir.

²⁸⁴ BITTAR, Eduardo. Ob. cit., p. 9-10

²⁸⁵ SANTOS, Fernando. Ob.cit., p. 61

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith, Ob. cit., p. 235.

1.1.3 A dignidade da pessoa humana no direito internacional e constitucional pátrio

O princípio da dignidade da pessoa humana mereceu destaque no âmbito do direito internacional. Consta na Carta das Nações Unidas (1945), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); no Estatuto da Unesco (1945), na Convenção das Nações Unidas sobre Tortura (1984), na Convenção sobre o Direito das Crianças (1989) e, recentemente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000). É, pois, tema de destaque no âmbito supranacional e no ordenamento jurídico dos diversos estados contemporâneos:

Quanto à previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, a primeira referência parece ser encontrada na Constituição do México, de 1917, relacionada ao sistema educacional do país. Entretanto, foi a lei fundamental da Alemanha, de 1949, como reação aos horrores nazistas, que primeiro erigiu a dignidade da pessoa humana, numa formulação principiológica²⁸⁷. A partir de então, o princípio se espalhou pelas constituições do mundo, aparecendo nas constituições de muitos países como, por exemplo, Portugal, Espanha, Croácia, Bulgária, Romênia, Letônia, Estônia, Lituânia, Rússia, Irlanda, Peru, Venezuela, Grécia, China, Colômbia, Cabo Verde, Namíbia e outros.²⁸⁸

A primeira constituição brasileira a tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa e do Estado Democrático de Direito foi a de 1988, acompanhando o caminho da Lei Fundamental Alemã, Constituição de Portugal e da Espanha.

Porém, referências à dignidade da pessoa humana podem ser encontradas na Constituição de 1934 (art. 115), na Constituição de 1946 (art. 145), na Constituição de 1967 (art. 157, II) e até mesmo o preâmbulo do AI 5²⁸⁹. A Constituição de 1988 avançou quando transformou a dignidade da pessoa

²⁸⁷ Foi na Alemanha que o princípio da dignidade da pessoa humana teve mais amplo desenvolvimento teórico e jurisprudencial, como reação ao nazismo, “visando a construir anteparos a um possível retorno do totalitarismo (CUNHA, Alexandre, ob.cit., p. 246).

²⁸⁸ MARTINS, Flademir. Ob.cit., p.33-35.

²⁸⁹ MARTINS, Fladermir. Ob.cit., p. 47-50

humana em valor supremo da ordem jurídica, declarando-o, em seu art. 1º, inciso III, *in verbis*:

Art. 1º . A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição (grifos nossos).

Esse princípio informa, direta ou indiretamente, todo o texto constitucional, emanando dele uma série de outros dispositivos²⁹⁰. Ao instituir os direitos e garantias fundamentais buscou preservar e promover a dignidade da pessoa humana.

Traçado um quadro geral acerca do tema cumpre agora analisar o art. 1º, III da Constituição Federal, por meio do qual o legislador constituinte elevou esse valor à categoria de princípio fundamental.

Acerca das acepções da palavra princípio²⁹¹, , é possível adotar os ensinamentos de Canotilho, que afirma ser o sistema jurídico “um sistema normativo aberto²⁹² de regras e princípios”.²⁹³ Portanto, a norma é gênero que comporta duas espécies: regras e princípios.

²⁹⁰ “É o caso da igualdade formal (art. 5º, inciso I), do direito geral de ação (art. 5º, inciso II), da liberdade religiosa (art. 5º, inciso IV), da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX), da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, inciso X), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI), do sigilo de correspondência e comunicações (art. 5º, inciso XII), do livre exercício profissional (art. 5º, inciso XIII), do sigilo processual (art. 5º, inciso LX), dos direitos sociais do art. 6º, dos princípios gerais da atividade econômica do art. 170, da usucapião constitucional dos arts. 183 e 191, do direito à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 205), ao desporto (art. 217) e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), da proteção da família (arts. 226 a 230); e das tutelas da integridade física (art. 5º, inciso III) e do dano moral e à imagem (art. 5º, inciso V)” (CUNHA, 2002, p. 255-256).

²⁹¹ Sobre acepções do vocábulo princípio e classificação confira os ensinamentos de CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

²⁹² Segundo CANOTILHO é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, ou seja, em razão da na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”(p.1159).

A diferença entre regras e princípios se dá segundo os seguintes critérios: a) grau de abstração (os princípios têm grau de abstração superior ao das regras); b) grau de determinabilidade na aplicação dos casos concretos (os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras – do legislador ou juiz e as regras são aplicadas de forma direta); c) caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes do direito (os princípios tem natureza estruturante); d) proximidade da idéia de direito (os princípios são *standards* vinculantes radicados nas exigências de justiça enquanto as regras são vinculativas); e) natureza normogenética (os princípios são fundamentos das regras, constituem a *ratio* de regras jurídicas). Assim, os “princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fácticos e jurídicos²⁹⁴”.

Canotilho afirma que os princípios fundamentais são princípios político-constitucionais, pois se constituem de “decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo”, ou seja, “princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”.²⁹⁵

Os princípios fundamentais visam definir e caracterizar a coletividade política e o Estado, enumerando as principais opções político-constitucionais. São opções do legislador constituinte. Constituem a síntese ou matriz de todas as normas constitucionais. Assim como os demais, são dotados de normatividade. Embora o posicionamento não seja pacífico²⁹⁶, predomina na doutrina o entendimento de Alexy – acima citado por Canotilho - em que o sistema constitucional é composto por duas espécies de normas: princípios e regras.²⁹⁷ Assim, por esse entendimento, os princípios possuem normatividade.

²⁹⁴ Conforme Canotilho, na mesma passagem.

²⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim,. Ob.cit., p. 1166

²⁹⁶ Na metodologia jurídica tradicional, os princípios formam o alicerce do sistema jurídico, irradiando-se sobre as demais normas e sobrepondo-se a elas. A importância dos princípios reside na função de interpretação e de colmatação, como previsto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

²⁹⁷ Para ALEXY, a diferença entre princípios e regras é qualitativa, não apenas de grau. O ponto decisivo da distinção é que os princípios “são mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais mas

Os princípios consagram valores fundamentadores da ordem jurídica, e são concretizados pelos instrumentos processuais e procedimentais adequados²⁹⁸.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido pelo legislador constituinte à categoria de fundamento da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. O Art. 1º, III, do texto constitucional, compreende dois conceitos fundamentais: a pessoa humana e a dignidade²⁹⁹. São conceitos que se encontram atrelados, provenientes do Cristianismo e que aponta para a dignidade do homem insuscetível de ser mero objeto.

O homem é para o homem sempre pessoa, nunca objeto, diz Kant.³⁰⁰ Ou seja, ele nunca pode ser meio para os outros homens, sempre um fim em si mesmo.

Trata-se de uma concepção personalista, que não exalta o homem abstrato, o indivíduo, mas o ser humano enquanto pessoa, como unidade aberta e concreta .

também das jurídicas". Já "as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então, há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Elas contêm, pois, determinações no âmbito do fática e juridicamente possível".

²⁹⁸ Outra diferença importante é entre princípio e valor, que embora vinculados se diferenciam, pois "os valores, constituem idéias diretivas gerais que fundamentam, orientam e limitam criticamente a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, sem, portanto, especificar os supostos em que devem ser aplicados nem as conseqüências jurídicas que se lhe devem seguir. Os valores, pois, funcionam como metanormas em relação aos princípios e como normas de terceiro grau em relação às regras ou disposições específicas" (SANTOS, Fernando. Ob.cit., p. 54).

²⁹⁹ MIRANDA, tratando da Constituição Portuguesa, sintetiza as diretrizes básicas da dignidade da pessoa humana: i) reporta-se a todas pessoas, como pessoa individual e concreta; ii) refere-se à pessoa desde a concepção; iii) tanto do homem, quanto da mulher; iv) reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais; v) a dignidade é da pessoa e não da relação em si; vi) o primado da pessoa é o ser (não o ter) e a liberdade prevalece sobre a propriedade; vii) qualidade de vida; viii) a proteção está para além da cidadania e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; ix) pressupõe a autonomia vital da pessoa, sua autodeterminação relativamente ao Estado, demais entidades públicas e outras pessoas" (MIRANDA, Jorge.. Manual de direito constitucional. Tomo IV – Direitos fundamentais, p.183-184). Canotilho destaca cinco os elementos constitutivos da teia de direitos informativos da dignidade humana: i) a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável; ii) o livre desenvolvimento da personalidade; iii) a libertação da angústia da existência, mediante mecanismos de socialidade, entre os quais se encontram a garantia de condições mínimas de subsistência ao trabalho; iv) a garantia e a defesa da autonomia individual, através da vinculação dos poderes públicos ao Estado de Direito;; e v) a igualdade formal (*apud* CUNHA, Alexandre, p. 246).

³⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 155.

1.2.APLICABILIDADE DO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE AO EMBRIÃO HUMANO

1.2.1 O embrião como titular de dignidade

Ao colocar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o texto constitucional transformou-a em valor supremo, de tal forma que o Estado existe em função das pessoas e não as pessoas em função do Estado. O mesmo se pode dizer em relação ao direito: a pessoa é um centro de imputação jurídica, o direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento. Trata-se de alicerce da ordem jurídica democrática, da ordem política, social, econômica e cultural, que atrai os direitos fundamentais. Outrossim, todos os direitos e valores (constitucionais ou não) têm como substrato, como alicerce o valor primordial da dignidade da pessoa humana.

É a pessoa, dotada de razão e consciência, fundamento e fim da sociedade e do Estado, que devem resguardar pelo seu bem estar e desenvolvimento, garantindo condições mínimas de existência, “um *minimum* exigível socialmente, capaz, por seus recursos, meio e técnicas, de alcançar justiça social”.³⁰¹ Desta forma, para implementação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana, Fiorillo³⁰² refere-se a um piso vital mínimo imposto pela Constituição, como garantia da possibilidade de realização da dignidade no meio social, assegurando-se os direitos sociais previstos no art. 6º (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) e os direitos fundamentais, tais como a liberdade, a intimidade, a vida privada). Não pode, pois, consistir em mero expediente retórico do legislador constitucional.

Além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado,

³⁰¹ BITTAR, Eduardo. Ob.cit., p.18

³⁰² FIORILLO, Celso *apud* NUNES, Luiz Antonio. Ob. cit., p;51

que existe em função da pessoa, verifica-se que a dignidade da pessoa humana integra o direito positivo vigente³⁰³. Como princípio, confere unidade axiológico-normativa ao sistema constitucional, harmonizando os diversos dispositivos; serve de parâmetro para a aplicação, a interpretação e a integração de todo o ordenamento jurídico; como cláusula aberta respalda o surgimento de novos direitos; consiste em limite para as modificações constitucionais e funciona como parâmetro de controle da legitimidade substancial do poder estatal

Destacando as funções do princípio, assevera Bittar:

Ademais, a expressão serve como: diretriz básica das políticas públicas; orientação teleológica para as ações sociais e intervenções públicas na economia; núcleo de sentido hermenêutico para a interpretação dos demais dispositivos constitucionais; sede básica dos direitos humanos; guia para a legislação infraconstitucional, determinando o sentido da cultura jurídica legislada; fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana; palavra-chave para a criação da ordem conceptual e deontológica dos direitos constitucionais; princípio primeiro de todos os demais princípios da Constituição³⁰⁴.

Portanto, a Constituição de 1988 (art. 1º., III), ao colocar a dignidade como fundamento, “lhe assegura uma posição topográfica ambivalente: ela se mantém no topo do ordenamento, fundamentando, mas se esparge por todo o texto constitucional – e, via de consequência, por todo o ordenamento jurídico”.

1.2.2 As consequências em relação à manipulação genética

O princípio consiste em uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, sem limitações, o que possibilita sua concretude. Com a tutela do valor pessoa, não há um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses amparadas, abrangendo novas manifestações e exigências que, com o progresso da sociedade, passam a exigir consideração.

O embrião, neste contexto, precisa ter sua dignidade respeitada, já que, como afirmado, pode ser considerado detentor de tutela jurídica, levando em conta seu estatuto e sua individualidade.

³⁰³ SARLET, Ingo. Ob.cit., p. 66

³⁰⁴ BITTAR, Eduardo. Ob.cit., p.17

Nosso posicionamento é no sentido de que o embrião é dotado de dignidade, a ser preservada em face de atuações humanas tendentes à sua violação. Isto porque, ao se reconhecer que a personalidade não se limita ao nascimento com vida, e conseqüentemente ao se atribuir ao embrião humano *status* diferenciado, sua tutela faz-se imprescindível, porquanto possui natureza essencialmente humana.

Como já se afirmou, o embrião tem uma identidade e uma indivisibilidade em relação ao ser humano, fato este ensejador do fornecimento de uma base sólida sobre a qual se possa erigir uma ética e um direito capazes de justificar a necessidade de defender e salvaguardar a vida humana desde a concepção até o instante final.

Não se deve afastar toda e qualquer possibilidade de manipulação, nesse contexto. Entretanto, os experimentos científicos realizados devem se justificar diante da imperiosidade do respeito à dignidade. Neste sentido, Gisele Echterhoff:

Além de tais problemas, deve-se ainda salientar as questões relacionadas à possibilidade de pesquisas científicas com embriões humanos, dentre as quais algumas, já se têm notícia, chegam a absurdos éticos, como a utilização de embriões na indústria cosmética, a proposta de se implantar embriões humanos em animais ou em úteros de mulheres com morte cerebral, entre tantas outras ainda inimagináveis.³⁰⁵

Manipulações como a citada pela autora supra, evidenciam que deve se estabelecer uma limitação rigorosa quanto à possibilidade de utilização de embriões humanos. Por outro lado, pesquisas com finalidades terapêuticas, como exemplo aquelas realizadas visando o desenvolvimento do tratamento de distúrbios neurovegetativos, como o mal de Parkinson poderiam ser consideradas aceitáveis se tiverem em vista um fim de valorização da dignidade do ser humano. Mas, ainda assim, conseqüências imprevisíveis podem vir a se concretizar, tais como aberrações cromossômicas e deformação dos embriões.

³⁰⁵ ECHTERHOFF, Gisele. **Embrião, sujeito de direitos? Uma interpretação a partir da filosofia kantiana**, p.5.

Além destas possibilidades de pesquisa científica com embriões que podem acarretar conseqüências ainda não previsíveis, invoca-se a discussão sobre a destinação dos embriões excedentes, a ser desenvolvida na Parte 3 da tese. Tal discussão reforça a necessidade imperiosa de vinculação do fundamento da dignidade da pessoa humana ao embrião humano³⁰⁶.

A comunidade científica, portanto, não deve se afastar de sua principal finalidade qual seja o progresso da humanidade com a valoração do ser humano (incluindo-se o embrião) e o respeito à sua dignidade.

O próximo capítulo trata dos direitos de personalidade em defesa do embrião pré-implantado, ou seja, apresenta a vinculação da teoria dos direitos de personalidade com a figura do embrião humano.

CAPÍTULO 2: OS DIREITOS DE PERSONALIDADE EM DEFESA DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTADO: A AUTONOMIA CORPORAL

2.1. TEORIA GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.1.1 Personalidade

Diversos são os conceitos extraídos da doutrina acerca dos direitos de personalidade, dentre os quais merecem transcrição, os seguintes:

Configuram direitos subjetivos, que, para os autores positivistas (como De Cupis e Tobeñas), têm função especial em relação à personalidade, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo (...) São, pois, direitos "essenciais", que formam a medula da personalidade...

³⁰⁶ É a partir desta perspectiva do valor do ser humano que Jussara Meirelles afirma que este juízo de existência e de valor do ser humano e da necessidade de sua proteção não pode se restringir ao estatuto jurídico da pessoa, sendo indispensável o seu redirecionamento ao ser humano em qualquer fase do seu ciclo vital, e que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica.”(Meirelles, Jussara. A vida embrionária e sua proteção jurídica, . p. 85-89)

Aqui, percebe-se a essencialidade dos direitos de personalidade, que é complementada com o conceito abaixo, demonstrando a importância da pessoa como ente moral e social:

os direitos de personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).³⁰⁷

Percebe-se então, que são as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos, situando-se como direitos primeiros, que visam a proteção dos atributos da personalidade humana.

Quando se trata dos direitos de personalidade, abrange-se também o embrião humano, já que, em que pese toda a contradição acerca de seu status, o termo pessoa está sempre em evidência, seja levando em conta a titularização de direitos, seja considerando-se sua potencialidade. Eis a razão do desenvolvimento do tema nesta parte.

A palavra *pessoa* vem do latim “*persona*”, de “*personare*”, que significa ressoar.³⁰⁸ “*Persona*” constituía-se na máscara utilizada pelos antigos atores romanos e cuja boca, munida de lâminas metálicas, era disposta de modo a aumentar a voz, para que melhor ressoasse nos vastos anfiteatros em que se apresentavam. Posteriormente, passou-se a utilizar o termo *pessoa* em seu sentido técnico, ou seja, o homem dotado de capacidade jurídica. Os direitos de personalidade são uma construção teórica recente³⁰⁹. Têm como objeto o bem jurídico da personalidade, entendida como a titularidade de direitos e deveres que se consideram ínsitos a toda a pessoa em razão do que estas se tornam sujeitos das relações jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 conferiu à pessoa uma série de direitos relacionados à sua personalidade. Por outro lado, não se pode perder de vista que a legislação infraconstitucional (mais especificamente a nova legislação civil), passa a acompanhar e conferir maior importância à proteção de

³⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. p. 6 e 10.

³⁰⁸ LIMA, João Franzen. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p.140.

³⁰⁹ Amaral, Francisco. **Direito Civil**, p. 244.

mencionados direitos. Eis a razão da atualidade do tema; mormente levando-se em conta a repercussão prática do mesmo, observada habitualmente na sociedade, que se vê diante de inúmeros conflitos que dizem respeito à honra, à imagem e à identidade da pessoa humana.

A trajetória dos direitos de personalidade remonta à Roma. Todavia, os valores da personalidade, hoje reconhecidos juridicamente, eram praticamente ignorados pelos romanos e gregos, somente tendo sido considerados, ainda que limitadamente, com a consolidação do Cristianismo (responsável pela construção de fortes alicerces morais sobre os quais se edificaram os direitos que derivam da individualidade e da personalidade humana).

Embora tenha havido esse reconhecimento no Período Medieval, foi somente com o Renascimento que se desenvolveu a doutrina do *potestas in se ipsum* ou *jus in corpus*. Por ocasião da Revolução Francesa, em 1798, os direitos de personalidade, ainda sem nomenclatura própria, passaram a ter mais força.³¹⁰

De todo modo, pode-se dizer que a partir deste século é que os direitos de personalidade efetivamente se afirmaram por obra da elaboração prática e teórica, levando-se em conta a valorização da pessoa humana. A efetiva evolução dos direitos de personalidade (a partir de 1950), pode ser considerada fruto do trabalho dos tribunais franceses.

No Brasil, apesar da parcial constitucionalização dos direitos de personalidade, não há a devida sistematização, que foi introduzida no Código Civil de 2002. (Art. 11 a 22³¹¹), porém, não apresenta rol exaustivo. De fato,

³¹⁰ Para mais informações, vide Elimar Szaniawski. Em: Direitos de Personalidade e sua Tutela. A obra, já citada na parte anterior, apresenta um histórico completo da evolução dos direitos de personalidade e foi utilizada como marco teórico para a construção desta parte do texto.

³¹¹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

filiamo-nos a teoria de que os direitos de personalidade não podem ser considerados como *numerus clausus*, o que limitaria sua proteção.

Com efeito, restringir a proteção dos direitos de personalidade a um rol fechado, estanque, seria reduzir as diversas formas protetivas da pessoa. Como bem afirma Elimar Szaniawski:

Os limites do direito geral de personalidade são fixados em cada caso concreto, através da ponderação de bens e interesses postos em litígio, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.[...]

Essa tipificação em direitos de personalidade diversos é inaceitável e entra em contradição com o sistema de proteção dos demais bens.³¹²

A enumeração dos direitos de personalidade jamais traria satisfação em relação aos anseios do homem, que busca a tutela estatal para solucionar eventuais violações à sua dignidade, como um todo.

No âmbito da legislação brasileira, foram traçadas diretrizes que devem ser interpretadas de modo a se alcançar resultados que se coadunem com o objetivo do Direito. O Estado precisa assumir a responsabilidade de impedir que, no exercício do controle de suas atividades, ninguém esteja abusando dos direitos inatos à pessoa. Portanto, leis eficazes devem fornecer proteção contra esse mau uso.

A evolução social é constante e rápida. A tecnologia progride com descobertas diárias de aparelhos que põem em risco o indivíduo, atacando sua personalidade cada minuto. Daí a importância da proteção dos ataques aos

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

³¹² SZANIAWSKI, Elimar. ob.cit., p. 62 e p. 67

direitos inerentes à pessoa humana. A previsão legal acerca da dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil serve de “cláusula geral” para a proteção do direito de personalidade como direito subjetivo primeiro e unitário.

De todo modo, em se tratando de garantias fundamentais do homem, deve-se ter em mente que cabe ao jurista interpretar as normas existentes no intuito de conferir efetividade a tais previsões:

O Novo Código Civil, estatuto jurídico da maior profundidade, desafia a argúcia e a inteligência dos aplicadores do Direito, para compreenderem sua filosofia e decidirem de conformidade com os seus propósitos inovadores. A sua aplicação vai exigir permanentes atitudes valorativas – nem positivismo rígido, nem jusnaturalismo rançoso e superado. Eis o desafio. Há que se obter, na interpretação, a superação de concepções ortodoxas. Há que se estabelecer e fortalecer o Juiz com a visão humanista, não mais o Juiz meramente legalista que, consoante Montesquieu, era apenas a boca que pronunciava as palavras da Lei.³¹³

Percebe-se, assim, a importância e o reconhecimento da relevância dessa gama de prerrogativas devidamente conferida aos indivíduos no que tange aos seus aspectos pessoais.. Aqui pode-se realizar uma interpretação extensiva no que pertine aos embriões, que também titularizam tais prerrogativas, proporcionalmente.

Ademais, deve-se levar em conta que a evolução dos direitos de personalidade reflete-se em vários ramos do direito, mormente o direito civil, que regula os casos e hipóteses de reparação de danos decorrentes da violação dos mesmos.

2.1.2 Classificação

É atribuída aos romanos a elaboração da teoria jurídica da personalidade. Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro *status*. O escravo era objeto de propriedade de qualquer cidadão, e os filhos de escravos já nasciam sem o *status libertatis* ou poderiam perdê-la, como forma de punição para os prisioneiros de guerra das campanhas publicamente

⁹⁰ SLAIBI, Maria Cristina Barros, juíza fluminense em discurso de sua posse; extraído do Informativo COAD – ADV n. 12, 21/03/03, p.01.

declaradas por Roma a qualquer povo.³¹⁴ Em relação à liberdade da pessoa, classificavam-se em *ingênuos* (nunca foram escravos) e *libertos* (escravos alforriados). Havia os *civis* (cidadãos), os *latini* (habitavam as colônias romanas) e os *peregrini* (estrangeiros). No período imperial (212 a.C.), foi outorgado o *status civitatis* a todos os habitantes do império.

O cidadão romano tinha plenos direitos civis outorgados pelo *status civitatis*, possuíam o direito de agir. Os latinos, os peregrinos e os latinos coloniais possuíam direitos idênticos, com pequenas restrições. Somente os peregrinos deditícios não tinham direito algum.³¹⁵ A família romana constituía-se pelo *pater famílias* (chefe, administrador e sacerdote), que possuía capacidade jurídica plena e pelos *alieni juris* (os demais), com capacidade de direito reduzida.

No direito romano do período clássico, “persona” servia para designar o ser humano livre ou escravo; *caput*, outorgava à pessoa maior ou menor graduação de direito subjetivo, pessoa livre ou escrava. Qualquer ser humano era, para aquele povo, naquela época, considerado “persona” e “caput”.³¹⁶

Nas formas de libertação, manifestaram-se alguns direitos materiais e processuais reconhecidos aos escravos em Roma. Na liberdade fideicomissária, o escravo não era alforriado, mas possuía um direito à liberdade e posteriormente teria um direito para defendê-la.³¹⁷

Há diversas hipóteses sobre a capacidade processual dos escravos, que demonstram a subjetividade e a personalidade desses indivíduos que sofreram a *capitis diminutio maxima*.

Quanto ao modo de ser das emanções do direito à personalidade, a sua tutela no mundo antigo dava-se por intermédio de manifestações isoladas e a proteção era assegurada por intermédio da *actio iniuriarum*, quando houvesse ofensa por meio de injúria. O Direito Pretoriano tutelava a liberdade e a honra. A *Lex Cornélia*, a *Lex Aquilia*, a *Lex Fabia*, ofereciam os meios processuais para a defesa de direitos inerentes à personalidade.³¹⁸

³¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**, p.16.

³¹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*, *ibidem*.

³¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*, p. 16-17

³¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*, p. 19

³¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*. p.21.

Dessa forma, observa-se que já havia em Roma a tutela de diversas manifestações da personalidade, apenas não apresentando a mesma intensidade e o mesmo aspecto que hoje, principalmente devido à diferente organização social daquele povo, distante e desprendido da visão individualizada da pessoa humana, e da inexistência de tecnologia e aparelhos que viessem a atacar e a violar as diversas manifestações da personalidade.

Na Idade Média iniciou-se a visão da dignidade e valorização do indivíduo como pessoa. Houve a progressão do termo *pessoa*, para a substância individual de natureza racional, que inspirou todo o pensamento medieval tendo-a Santo Tomás de Aquino adotado como sua definição. A idéia de pessoa implicava a idéia de indivíduo, mas não se identificava com o mesmo e na visão de São Boaventura, a individualidade deriva de sua matéria e de sua forma. Já a pessoa consiste no indivíduo tanto de matéria quanto de forma, dotado também de uma certa dignidade proveniente de sua forma. A matéria participa da determinação da individualidade, mas não participa da determinação da personalidade. A pessoa é um indivíduo acrescido de uma certa dignidade que lhe provém da forma³¹⁹.

Santo Tomás de Aquino entendia a individualização como própria da matéria e a individualidade é uma substância concreta, considerada num todo indivisível. A pessoa é uma substância individual dotada de uma certa dignidade que é a *razão* e visualiza a personalidade como sendo a substância individual de uma essência racional. Pessoa é aquilo que é revestido de dignidade, que representa o acréscimo das obrigações da pessoa³²⁰.

Na Grécia e em Roma houve a manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa humana, nos séculos XV e XVI, quando já havia respeito ao direito de alguém sobre seu próprio corpo. Todavia, a proteção da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, só encontra suas origens no liberalismo que se desenvolveu na Inglaterra no final do século XVII. A Grã-Bretanha, ao findar o século XVIII, promulgava princípios, entre eles a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem.

³¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p.22.

³²⁰ SZANIAWSKI, Elimar, Idem, p. 22-23

De acordo com os ensinamentos do professor Szaniawski, nos Estados Unidos da América do Norte, com a Declaração da Colônia de Virgínia em 1776, e posteriormente com a inserção dos princípios de liberdade e de proteção da pessoa humana na Declaração de Independência das Treze Colônias Inglesas e na Constituição Federal de 1787 é que o assunto desenvolveu-se.³²¹

A França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fundamentada em Rousseau, Montesquieu e Voltaire, proclamou os direitos do homem de forma inegável. A referida Declaração, segundo Elimar Szaniawski, deixou de prever os direitos sociais dos indivíduos, tendo caráter essencialmente individualista, de acordo com os princípios iluministas que inspiraram a Revolução Francesa. Em 1950, foi promulgada a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Após todas essas declarações, a pessoa passou a ter garantias de seus direitos fundamentais com a proteção assegurada de sua vida, honra, liberdade, integridade física e psíquica, igualdade, intimidade, segredo etc. Porém, devido à modernização e à vida tecnológica atual, houve um “aprisionamento” do ser humano e da sociedade, em que exercem uns sobre os outros um poder quase absoluto. Assim, em 1967, na Assembléia Consultiva do conselho da Europa, houve uma proposição de estudos para a elaboração de uma legislação que viesse a coibir a espionagem eletrônica clandestina de vida privada. O objetivo era assegurar uma melhor proteção à vida privada com relação às violações e atentados contra os direitos das pessoas por meio da utilização de dispositivos eletrônicos e processos científicos modernos³²².

A conferência Internacional dos Direitos do Homem em Teerã mostrou a preocupação ao respeito da vida privada em face das técnicas de registro e às utilizações da eletrônica que têm o poder de afetar os direitos das pessoas e os limites que devem comportar essas utilizações dentro de uma sociedade democrática.³²³

³²¹ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p. 25

³²² SZANIAWSKI, Elimar Ob cit. , p.26-27

³²³ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p. 27

A Assembléia das Nações Unidas, em 1970, propôs a adoção de uma legislação que viesse a controlar e coibir os meios técnicos e eletrônicos de intervenção na esfera privada das pessoas. Na 15ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 1968, foi proposto estudo da repercussão das invenções eletrônicas sobre o direito à vida privada e as medidas necessárias para a defesa desse direito³²⁴.

Toda essa preocupação mundial pela violação da intimidade da pessoa humana provocou modificação na legislação dos diversos países-membros com a finalidade de assegurar a proteção da esfera íntima das pessoas, especialmente no direito penal, para valorizar e afirmar a proteção dos direitos inerentes da pessoa humana, também sob o aspecto do direito civil, já desenvolvida pelas decisões dos tribunais alemães e franceses. Nestes países, admite-se a existência de determinada categoria de direitos, num conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, evoluindo para a teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto do direito natural, os quais possuem a denominação de direitos de personalidade³²⁵, cujas características serão agora analisadas.

2.1.3 Características

A doutrina civilista clássica afirma que estes pertencem ao ramo do direito privado, sujeitos à proteção do direito civil, com o objetivo de proteger a pessoa e tutelar o direito político. Entretanto, atualmente trata-se da superação da dicotomia público e privado, mormente tendo em vista a constitucionalização da legislação civilista, que aponta o texto constitucional como alicerce do sistema jurídico, afastando classificações estanques.

Os direitos de personalidade não objetivam a defesa da pessoa contra o emprego abusivo dos poderes da autoridade, mas contra os atentados sofridos pela pessoa por outras pessoas. De fato, a ordem jurídica deve ser entendida como um todo, dentro de uma hierarquia de valores, em que tenha a

³²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p.28

³²⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Idem. , p.28-29

noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade³²⁶.

O excessivo apego ao direito positivo fez com que diversas manifestações da personalidade humana deixassem de ser tuteladas quando ocorria sua violação (direito à própria imagem, direito ao segredo, direito à intimidade, entre outros). A doutrina forçava o reconhecimento da existência do direito geral de personalidade e de interesse dignos de proteção. Nessa idéia o direito geral de personalidade estenderia à personalidade humana a mesma proteção dada à propriedade e aos demais.

A Constituição alemã de 49 declarou a existência de um direito geral de personalidade nas relações privadas, tendo reconhecido, assim, o direito do homem ao respeito de sua dignidade e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade também em conceito de direitos privados *erga omnes*, enquanto não infrinja os direitos de outros ou não contravenha a ordem constitucional ou a lei moral, o direito geral de personalidade tem de ser considerado como um dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição³²⁷.

Nas várias constituições que serviram de paradigmas à Constituição de 1988 – a de Portugal de 1976, a Constituição Espanhola de 1978, a Lei Fundamental de Bonn e o Código Constitucional de 1947 da Itália -, veiculam-se normas parecidas ao Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo que nestes países, em especial na Alemanha, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de fonte normativa para princípios importantíssimos, tais como a intangibilidade dos direitos fundamentais e da proporcionalidade. Veja-se o regramento dos direitos de personalidade em alguns países: a) **Portugal** - A Constituição de 1976, em seu artigo 1º, bem como no Art. 70, alínea 1, do Código Civil de 66, traçam os parâmetros do direito geral de personalidade; b) **Itália** - A doutrina italiana, em sua maioria, admite a existência dos direitos de personalidade como direitos subjetivos³²⁸. Seu

³²⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Ob.cit, p.40

³²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Ob.cit., p.31.

³²⁸ Dentre os principais autores que se filiam a esta posição tem-se Adriano de Cupis. Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos de personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica corrente esta designação é

Código Civil de 1947, em seus Art. 2º e 3º, trata do tema; c) **Espanha** - a Espanha tem a normatização acerca do tema na Constituição de 1978, mais especificamente no Art. 10 e seu §2º. Outrossim, nos Art. 15, 16, 17, 18 e 19 são reconhecidos vários direitos de personalidade; d) **Suíça** - a doutrina reconhece o direito geral de personalidade na compreensão que dá ao Art. 28 de sua legislação civil; e) **Alemanha** - A Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de 1949, em seu Art. 1º, assim dispõe:

A dignidade do ser humano é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder estatal. O povo alemão reconhece, por conseguinte, os invioláveis e inalienáveis direitos do homem como fundamentos da comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. Os direitos fundamentais que se seguem vinculam o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direitos imediatamente vigentes.

De fato, a conjugação de tal dispositivo com o Art. 2º³²⁹ forma a base do direito geral acerca da personalidade. Verifica-se que a doutrina procura conferir um grau de importância a essas garantias previstas constitucionalmente. Entretanto, existem posições discrepantes quanto ao limite protetivo conferido, bem como ao alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante da divergência de posicionamentos existentes sobre o tema, a análise científica de referidas normas requer seu estudo de modo sistemático, tanto em face dos princípios constitucionais, quanto dos princípios gerais de Direito, enumerados por Celso Ribeiro Bastos como justiça, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, por serem os valores incidentes por todo ordenamento jurídico cuja realização plena deve ser o objeto que o intérprete visa a alcançar.³³⁰

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo. É por meio dela que a pessoa poderá adquirir e defender os demais

reservada àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto; direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade.

³²⁹ Art. 2º. O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça do mundo.

³³⁰ BASTOS, CELSO R., **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, p.134

bens. A proteção que se confere aos bens primordiais da pessoa humana é denominada direitos de personalidade.

Limongi França³³¹ os conceitua como as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos.

Para Pontes de Miranda³³² os direitos de personalidade "são efeitos de fatos jurídicos que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa".

Orlando Gomes³³³, por sua vez, leciona:

Sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se os direitos personalísticos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Percebe-se que alguns doutrinadores enfocam os direitos de personalidade sob o aspecto eminentemente privado, enquanto que outros revelam uma conotação pública. De todo modo, tais direitos devem ser protegidos, não apenas contra os ataques dos indivíduos, mas também e, sobretudo, contra o arbítrio do Estado.³³⁴

San Tiago Dantas os considera como direitos absolutos, com a obrigação de todos os indivíduos pertencentes à sociedade de respeitá-los e tem efeito *erga omnes*.³³⁵

Nesse contexto, muito se discute acerca da natureza jurídica desses direitos.

Os adeptos desta corrente entendem os direitos de personalidade como o direito de alguém sobre sua própria pessoa (*ius in se ipsum*). Não

³³¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**, p.35

³³² PONTES DE MIRANDA, "Tratado de Direito Privado", t. III, pág. 7.

³³³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, p.131/132.

³³⁴ FACHIN, Zulmar. A proteção jurídica da imagem. p.28.

³³⁵ SZANIAWSKI, Elimar, ob.cit., p.40.

seriam, portanto, direitos subjetivos, mas sim, meros efeitos reflexos³³⁶ do direito objetivo. Filiam-se a esta linha de pensamento Savigny, Von Tuhr e Enneccerus.

Von Tuhr afirma que todos os bens jurídicos protegidos pela lei não podem ser considerados como direitos subjetivos e, conseqüentemente, a ocorrência de certo fato que é proibido e que produz danos não pode simplesmente ser tratada como lesão de um direito subjetivo. O titular do direito de personalidade não possuiria um poder semelhante ao do titular do direito de propriedade, como exemplo.³³⁷

Por outro lado, alguns autores alemães negaram a existência dos direitos de personalidade. Savigny, por exemplo, considera os direitos de personalidade como aqueles direitos que teriam por objeto a própria pessoa e não admite a possibilidade da pessoa dispor de si mesma de qualquer forma, pois se assim fosse seria cabível e justificável o suicídio.

Von Tuhr³³⁸ também concebe os direitos de personalidade como direitos sobre a própria pessoa. Afirma que todos os bens jurídicos protegidos pela lei não podem ser considerados como direitos subjetivos e, conseqüentemente, a ocorrência de certo fato que é proibido e que produz danos não pode simplesmente ser tratada como lesão de um direito subjetivo. Não vislumbra nessa espécie de direitos, os elementos que caracterizam os demais direitos subjetivos, pois o titular do direito de personalidade não possui um poder ou um domínio semelhante ao titular de um direito de propriedade. Admite os direitos de personalidade como direito subjetivo apenas num plano meramente teórico. Aduz ainda que, a vida, o corpo, a liberdade de obrar constituem um estágio natural, não podendo esses bens serem monopolizados.

Enneccerus³³⁹, por seu turno, dividiu o direito privado em direitos das pessoas (poder jurídico de alguém sobre a sua própria pessoa), direito de família e direitos patrimoniais. Assim, nega a existência dos direitos de personalidade, admitindo que a personalidade humana deve ser protegida na esfera penal através da cominação de penas aos infratores. Refuta a tese dos

³³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Idem. p.37.

³³⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, ibidem. p. 37.

³³⁸ SZANIAWSKI, Elimar, Idem, p. 37.

³³⁹ SZANIAWSKI, Elimar, Idem, p.38.

que admitem a existência de um direito subjetivo à vida, à liberdade, à integridade física, à saúde, à honra e ao segredo, por entender que tal idéia carece de fundamento. Aduz que não se pode afirmar, que exista no direito alemão um direito especial que se constituiria no chamado direito de personalidade.

Na Áustria, Unger³⁴⁰ nega serem os direitos de personalidade direitos subjetivos, pois a personalidade é a mera capacidade do homem ter direitos e obrigações. Aduz que é a personalidade pressuposta fundamental de todo e qualquer direito, daí não se poder admitir que seja deles o objeto de uma classe especial de direitos.

Na França, Paul Roubier³⁴¹ afirma que não existem direitos de personalidade, pois esses pretensos direitos não correspondem à definição de direito subjetivo, que deve ser inserido num quadro de atividades jurídicas. A aplicação da norma jurídica dá nascimento a situações jurídicas individuais e concretas, que são os direitos subjetivos.

Tais situações jurídicas seriam meras situações objetivas, na visão positivista. Szaniawski aponta que os direitos subjetivos visam a satisfazer os interesses particulares e as situações objetivas têm por escopo um interesse geral, portanto, não se deve conceber o direito subjetivo em oposição a situações objetivas. O direito subjetivo resume-se numa situação preestabelecida, criada pela vontade dos particulares ou pela lei, e não em uma simples reação da lei contra um ato ou ato jurídico e é isso que dá segurança a alguém e consiste em uma prerrogativa que lhe é apropriada ao modo de um bem.³⁴²

Diante disso, Paul Roubier, consoante os ensinamentos de Elimar Szaniawski, sustenta que as situações jurídicas designadas sob o nome de direitos de personalidade, não podem ser assim denominadas, pois o direito subjetivo faz parte do patrimônio e pode seu titular dele dispor.³⁴³ Sendo os direitos de personalidade considerados como interesse dos particulares, será

³⁴⁰ SZANIAWSKI, Elimar, ob.cit., p.39.

³⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p.39

³⁴² SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p. 40-41

³⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p.41

sua proteção assegurada pela responsabilidade civil dos que praticam a lesão, dando origem a uma situação objetiva e não a um direito subjetivo.

Pierre Kayser³⁴⁴ critica a posição de Paul Roubier, reconhecendo que o direito subjetivo confere ao seu titular uma prerrogativa em relação a outras pessoas e que a teoria clássica particulariza a natureza desta prerrogativa como um poder reconhecido a uma pessoa em relação às outras; e também por restringir sua aplicação aos direitos patrimoniais, enquanto a doutrina e as decisões dos tribunais asseguram a proteção dos interesses morais assimilada ao direito material. Não vê incompatibilidade entre a noção de direito subjetivo e a noção de direito de personalidade, sendo esta aplicação daquele, pois os direitos subjetivos não objetivam apenas os interesses materiais, mas também têm por fim a proteção dos interesses morais das pessoas.

A doutrina italiana admite a existência dos direitos de personalidade, qualificando-os como direitos subjetivos. De Cupis³⁴⁵ afirma que deveriam ser chamados direitos de personalidade, todos os direitos que têm por objetivo dar conteúdo à personalidade; e que serve a denominação direitos de personalidade àqueles direitos essenciais por constituírem a medula da personalidade humana. Ferrara³⁴⁶, defende os direitos de personalidade como direitos subjetivos, pois o simples fato de haver proteção pública de determinados bens pessoais não significa que exista em contrapartida um direito subjetivo, mas esta existência pode se evidenciar quando a tutela pública se individualiza a favor do particular e é deixada ao seu arbítrio. Para certas categorias de bens (vida, integridade física, honra, nome) pode haver a concentração a favor dos particulares, sob a forma de direitos subjetivos, pois estes são os direitos que respeitam a incidência da vontade do sujeito sobre a tutela do interesse (o titular movimenta se quiser).

Ainda consoante os ensinamentos do professor Szaniawski, na Espanha, Castan Tobeñas qualifica os direitos de personalidade como direitos subjetivos, considerando que é a atribuição de um poder jurídico a um titular frente a outras pessoas, colocando à sua livre disposição e tutelado por uma

³⁴⁴ SZANIAWSKI, Elimar, Idem, ibidem..

³⁴⁵ DE CUPIS, Adriano de. **Os Direitos de personalidade**, p.56.

³⁴⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p. 42

ação judicial.³⁴⁷ O autor impugna a corrente dos negadores dos direitos de personalidade, aduzindo que a vida, a liberdade, a integridade física, a honra não são outra coisa senão bens juridicamente protegidos. Tais direitos são separáveis do sujeito apesar de integrarem a personalidade humana. Desde o momento em que se admite a existência de um bem, se admite que esse bem é algo distinto do sujeito. Classifica os direitos de personalidade como direitos subjetivos *sui generis*, pois nascem e se extinguem com a pessoa.³⁴⁸

Na Argentina, ainda de acordo com Szaniawski, há a proteção aos direitos de personalidade, predominantemente classificados como direitos subjetivos. Exceção é feita por Orgaz³⁴⁹, que nega aos direitos de personalidade a qualidade de direitos subjetivos, tendo em vista que uma faculdade, cuja virtude o titular da mesma pode fazer ou querer algo correspondente ao direito objetivo. Nos direitos de personalidade, não existe uma faculdade especificamente concedida pelo Direito e somente aparece o direito subjetivo quando se viola o dever jurídico de respeitá-la a vida, a integridade física, a honra.

Alberto Spota³⁵⁰ diz que é um dever jurídico, pois os direitos de personalidade penetram num centro de dever jurídico que pesa sobre a coletividade, no sentido de que não devam ser ilegítimamente lesionados. Constituem o próprio âmbito de liberdade da pessoa. Somente se vai encontrar o direito objetivo e do dever jurídico que tutela a vida, a liberdade, a honra e que a coletividade deve respeitar.

A Constituição Federal de 1988 confere tratamento aos direitos de personalidade. Houve uma inclusão de certos direitos (intimidade, vida privada, imagem, voz e direito de resposta) aos direitos de personalidade já previstos no então Art. 153 da Constituição de 1967. De fato, o atual texto constitucional, ao proteger com veemência a dignidade da pessoa humana, garantiu a proteção, ainda que de forma genérica, dos direitos de personalidade. De fato, houve uma ruptura de conceitos clássicos, com o advento de uma nova ordem social.

³⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, p. 43.

³⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Idem., p.44.

³⁴⁹ ORGAZ, Alfredo. Derecho Civil Argentino. **Personas Individuales**. p.47

³⁵⁰ SPOTA, Alberto *apud* SZANIAWSKI, Elimar.ob.cit.. p.44.

Fabio Maria De Mattia³⁵¹ diz que “a proteção concedida aos direitos humanos é uma indicação do índice de progresso cultural e moral de um povo”.

No que tange à proteção constitucional, impende observar que o reconhecimento dos direitos de personalidade deu-se com maior abrangência em comparação à Constituição anterior. O Art.5º³⁵² pode ser visto como o mais significativo, pois nele se pode identificar o reconhecimento dos direitos de personalidade desde o seu *caput*, passando por mais de uma dezena de seus incisos e encerrando sua culminância na previsão que não pode deixar de ser mencionada, da indenização por dano moral (tutela efetiva do direito da personalidade).

Por outro lado, o §2º do mesmo artigo³⁵³ consagra a doutrina do direito geral de personalidade, já que traduz o entendimento de que não há limitação constitucional. O rol não é exaustivo. E não devem mesmo ser, já que nos filiamos ao entendimento de que os direitos de personalidade não podem se limitar as hipóteses normativas, como já dito, porquanto diminuiriam sensivelmente as possibilidades de proteção da pessoa e, aqui neste contexto, do embrião.

Em se tratando, ainda, dos direitos de personalidade, é importante analisar agora uma de suas classificações, qual seja a proteção à integridade física. O intuito é o de verificar a aplicabilidade desta classificação ao embrião humano.

2.1.4 Direito à incolumidade ou integridade física

Dentre a vasta classificação existente acerca dos direitos de personalidade, o direito à integridade ou à incolumidade física desponta como um dos mais importantes a serem analisados, porquanto constitui-se no ponto

³⁵¹ BOTELLO, Marcelo, ob.cit.. p. 47.

³⁵² Art. 5º. 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, nos termos seguintes: [...]

³⁵³ §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]

de partida no que pertine aos limites a serem estabelecidos para o poder das ciências biomédicas.

O direito à integridade física compreende a proteção à vida, já mencionada no primeiro capítulo (vide item 1.1), ao próprio corpo, em sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes do corpo humano, suscetíveis de separação e individualização, que no tocante ao cadáver, e ainda, o direito à liberdade de submissão ou não a tratamento médico.

Não se pode, no entanto, confundir o direito à incolumidade física, que compreende também a saúde individual, com o direito à saúde, trazido pela Lei Maior³⁵⁴.

(...) não se aceita a intervenção de que resulte deformidade ou que seja atentatória à lei, aos bons costumes, à moral ou à ordem pública.

A respeito de experiências médicas, genéticas, científicas, religiosas e afins, prosperam os mesmos princípios, devendo salientar-se a absoluta vedação de submissão de pessoa, contra a sua vontade, a práticas que exponham sua integridade física ou intelectual. Com isso, inúmeras vedações são impostas nesse campo a intervenções, experimentos, métodos de análise psiquiátrica (...) ³⁵⁵

O Código Civil de 1916 não trazia parte específica para a proteção da integridade física, limitando-se a proteger de forma genérica os direitos da pessoa humana. Não havia seção em separado com previsões normativas acerca da personalidade.

O atual Código Civil traz alguns dispositivos que versam acerca da incolumidade física, apontando várias formas protetivas, como o que se vê no Art. 13³⁵⁶, sem correspondência na legislação de 1916. Mencionado dispositivo traz consigo a regra da proibição da diminuição da integridade física e da

³⁵⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. , p.75.

³⁵⁶ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

contrariedade aos bons costumes. Em seu parágrafo único, prevê a possibilidade do transplante de órgãos do corpo³⁵⁷.

O Art. 14 do Código Civil³⁵⁸, por sua vez, possibilita a disposição gratuita do corpo, no todo ou em parte, *post mortem*, observando a possibilidade de revogação a qualquer tempo.

Por fim, o Art. 15 do Código Civil³⁵⁹ evita o constrangimento nos casos de tratamento médico ou intervenção cirúrgica sem o devido consentimento.

Toda esta sistematização leva em conta o princípio do consenso afirmativo, pelo qual cada um deve expor sua vontade, havendo a possibilidade, como já dito, de revogação.

A inserção dos dispositivos acima analisados constitui-se em inegável avanço na seara dos direitos de personalidade, colocando o esta legislação entre as mais avançadas do mundo, consoante Carlos Gonçalves.³⁶⁰, embora entendamos que ainda mereceria alguns reparos.

A integridade física não é tutelada somente pelo Direito Civil. O Direito Penal trata do tema em diversos dispositivos. É importante a menção, ainda que breve, das hipóteses albergadas pelo ordenamento, no campo penal, de proteção ao corpo humano, a fim de se verificar a amplitude de tratamento, pelo sistema jurídico, da questão.

O sistema penal elenca sanções para diversas hipóteses de violação. Porém, mais importante do que apontar os dispositivos pertinentes, deve-se analisar o escopo do legislador ao criminalizar tais condutas.

Sobre a indisponibilidade do corpo humano, veja-se a afirmação de Cortiano Junior³⁶¹:

O problema da indisponibilidade do corpo humano também se coloca. O mundo tecnológico da sociedade capitalista faz pensar acerca da

³⁵⁷ Neste sentido, veja-se Ana Cláudia Pirajá Bandeira, em obra sobre a legislação de transplantes. Editora Juruá.

³⁵⁸ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

³⁵⁹ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

³⁶⁰ Conforme entendimento de GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.**, p.159.

³⁶¹ p. 52, Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. Eroulths Cortiano Junior, p. 31 a 56.

possibilidade de o indivíduo dispor de seu próprio corpo (ou de partes dele). Interessante notar aqui a antítese formada entre a solidariedade humana (o que justificaria a disposição do corpo) e o individualismo (onde a disposição do corpo serviria para atingir fins particulares, notadamente o lucro). Nota-se, assim que entrelaçam-se as questões de indisponibilidade do corpo humano com a extrapatrimonialidade dos direitos de personalidade.

De um modo geral, é aceita a disposição de partes do corpo humano com fins solidários e humanitários, mas inadmite-se remuneração. Entretanto, aceita-se a remuneração quando se tratar de algumas partes do corpo (renováveis, como os cabelos, ou mesmo, leite e esperma) e desconsidera-se a idéia de solidariedade. Essa antítese no tratamento de uma mesma questão (disposição de partes) faz ver a enorme influência de preceitos éticos e morais sobre a ordem jurídica.

Ainda sobre o tema, Carlos Alberto Bittar³⁶²:

Em função da disponibilidade de certos direitos de personalidade, tem-se o respectivo ingresso no comércio jurídico, de início, pela própria vontade do titular (...)

Mas, de outra parte, sem consulta aos interessados e, quase sempre, contra a sua vontade, entram no circuito negocial elementos integrantes do complexo valorativo de sua personalidade.

[...]

A utilização empresarial de valores componentes da esfera física ou intelectual da pessoa tem sido outro fato a gerar conflitos, seja em função da ausência de prévia autorização do titular do direito, seja pelo uso excedente aos limites previstos no contrato.

A doutrina estrangeira também traz o conceito de integridade física, albergada pelas codificações de outros países, como a Argentina:

Ademas de la vida, em si misma, la ley protege la integridad física de los individuos humanos contra los ataques ilegítimos [...] Descartados los casos de inimputabilidad del art. 34 del C. Penal, el principio general es el de la inviolabilidad de la integridad física como una consecuencia necesaria del valor absoluto de la persona humana, presupuesto tácito de nuestro sistema jurídico y nuestra ética individual e social: nadie, por tanto, ni el Estado ni otra persona puede invadir la esfera de la integridad corporal, aunque sea con fines em si mismos legítimos, sin el

³⁶² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. p.43.

consentimiento del interesado o, en su defecto, del que tenga legalmente el derecho de prestarlo.³⁶³

Para Alfredo Orgaz, são nulos todos os atos jurídicos que tenham por objeto partes do corpo antes de estarem separadas deste³⁶⁴.

Carlos Motes³⁶⁵, por outro lado, entende que falar de integridade física é referir-se ao modo de ser físico da pessoa, ou seja, seus atributos. Diante da noção do direito à vida, a integridade física tem seu ponto de paridade para concretizar-se frente ao ordenamento. Considerando-o o embrião como titular de direitos de personalidade, atribui-se-lhe a proteção da sua incolumidade física, urgindo a criação de meios de defesa em face de violação injustificada de sua integridade.

Se considerarmos que o embrião é dotado de autonomia, por analogia podemos aplicar a proteção dos direitos de personalidade, como já dito, mas neste caso especificamente em relação à sua autonomia corporal, já que sustentamos a sua individualidade e seu status jurídico *sui generis*.

2.2 A DISPONIBILIDADE CONTROLADA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.2.1. Disponibilidade dos direitos de personalidade e o embrião humano

Classicamente, sempre se entendeu que os direitos de personalidade eram indisponíveis, em conjunto com as demais características adiante inseridas.

Porém, observa-se no dias atuais que esta tese sofreu alteração diante da realidade social, não se podendo mais falar em caráter absoluto, no que se refere a tais direitos.

³⁶³ ORGAZ, Alfredo. **Derecho Civil Argentino. Personas Individuales.**, p.140.

³⁶⁴ ORGAZ, Alfredo. Ob.cit., p; 140

³⁶⁵ MOTES, Carlos. **Derecho de la persona y negocio jurídico.**, p.34.

Não se pode negar que em determinadas circunstâncias, a disponibilidade dos direitos de personalidade deve se autorizar; é o que ocorre na seara dos experimentos com embriões humanos. A proibição total seria retrocesso, ao passo que a liberação desmedida seria leviandade. Portanto, no que tange à característica da indisponibilidade, a partir da qual os direitos de personalidade seriam irrenunciáveis e não poderiam sofrer limitações voluntárias, pode-se dizer que há possibilidade de renúncia ou limitação voluntária dos direitos de personalidade pelo seu titular³⁶⁶.

Admitir uma esfera de disponibilidade não os descaracteriza enquanto direitos essencialmente indisponíveis³⁶⁷.

Não se pode olvidar que a construção da teoria dos direitos de personalidade admite algumas relativizações a partir da desconstrução de alguns critérios absolutos de caracterização.

A indisponibilidade essencial e a disponibilidade relativa no caso concreto não são posições contraditórias; convivem e conferem um caráter ambivalente aos direitos de personalidade: é o que ocorre na questão da utilização de embriões humanos para a realização de pesquisas científicas.

Como afirma Maria Auxiliadora Minahim,

A intangibilidade da vida deve ser entendida de forma relativa, porque, algumas vezes, há uma tolerância quanto a certos ataques que ela sofre, seja por motivos de política criminal, seja em razão de incertezas de natureza científica e axiológica.³⁶⁸

2.2.2 A teoria da disponibilidade controlada

Deste modo, demonstramos que em algumas circunstâncias as manipulações genéticas que tenham finalidade estritamente científica e possam ser justificados pelos seus resultados, pensando-se sempre na

³⁶⁶ No caso do embrião, questão crucial seria a seguinte: quem é titular no que tange à sua proteção? Entendemos que os genitores/doadores do material genético

³⁶⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. p. 47

³⁶⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*, p. 70

proteção aos direitos fundamentais do ser humano, podem ser aceitas. A tese não defende a impossibilidade absoluta de utilização de embriões para pesquisas científicas, mas aponta para uma real necessidade de delimitação de conduta que atualmente são pautadas pela discricionariedade.

Sobre a possibilidade de dispor da personalidade, parcialmente, Roxana Borges afirma:

O livre desenvolvimento da personalidade humana está intrinsicamente ligado à idéia de autonomia da pessoa, de âmbito de autodeterminação individual, pois a liberdade é imprescindível para a materialização dos direitos de personalidade, para o livre desenvolvimento da pessoa, para sua dignidade. A ausência de critérios objetivos a respeito de um conceito a priori, absoluto e geral de dignidade da pessoa humana é a única forma de se precaver contra dogmatismos morais totalitários a serem impostos a pessoas diferentes entre si. Na interpretação das normas que podem restringir o exercício positivo dos direitos de personalidade se devem observar sempre os valores da alteridade, da tolerância e critérios de proporcionalidade, proibindo-se o excesso na restrição, buscando-se a otimização da tutela ao livre desenvolvimento da personalidade.³⁶⁹

Percebe-se, portanto, a partir da tese sobre a possibilidade de disposição controlada dos direitos de personalidade, que, em se atribuindo *status* jurídico ao embrião, sendo ele detentor de tais direitos, não se deve analisar a possibilidade de sua manipulação de forma extremista, ou seja, tão somente proibindo-se ou permitindo-se.

Poder-se-ia, alegar, neste contexto, que disponibilizar controladamente os direitos de personalidade e via de conseqüência, não proibir totalmente a manipulação, consistiria em uma “coisificação” do embrião. Ocorre que o radicalismo não deve ter lugar neste tema. Com base na doutrina protetiva da personalidade, tão bem delineada por Elimar Szaniawski, a proporcionalidade se impõe;

De fato, a proporcionalidade deve estar presente, assim como os valores inerentes à condição humana, nesta seara. Deste modo, adotando-se a teoria mista, como já citado e conferindo-se ao embrião humano a devida proteção, conclui-se que pode haver uma disponibilidade, porém controlada, dos direitos de personalidade a ele referentes, para o fim de se permitir a sua

³⁶⁹ BORGES. Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**, p.246

manipulação, mas de forma controlada, com vistas ao atendimento da dignidade da pessoa humana, valor fundamental do sistema jurídico brasileiro.

Entendemos, com base nos ensinamentos de Roxana Borges, que o embrião é merecedor de proteção à luz da doutrina dos direitos de personalidade, sendo que a possibilidade de disposição de alguns desses direitos deve ser admitida.

No que pertine especificamente aos embriões isto consiste na viabilidade de utilização para fins terapêuticos seguros, para o desenvolvimento de técnicas visando a valorização do próprio ser humano, mas jamais podemos concordar com o seu uso indiscriminado e para finalidades sem relevância científica e sem preocupações de ordem ética. Daí a necessidade de uma delimitação, sob o ponto de vista do Direito, da atuação dos responsáveis por tais técnicas.

Portanto, na parte seguinte, trataremos do vazio jurídico acerca da condição do embrião humano e da necessidade de releitura das normas pertinentes, apresentando a proposta de alteração da estrutura de controle e fiscalização no Brasil.

PARTE 3 – A MANIPULAÇÃO DE EMBRIÕES À LUZ DO DIREITO: OS VAZIOS JURÍDICOS E A NECESSIDADE DE RELEITURA DAS NORMAS PERTINENTES

CAPÍTULO 1 A BIOTECNOLOGIA A SERVIÇO DA VIDA: LIMITES E POSSIBILIDADES

1 A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO BIOTECNOLÓGICO: AS PESQUISAS ENVOLVENDO CÉLULAS-TRONCO

Foram analisados, dentre outros temas, na Parte 1, os avanços da ciência genética e suas implicações para o sistema jurídico, atualmente discutidos com base na propagada quarta dimensão de direitos. A Parte 2 reservou-se ao tratamento da doutrina dos direitos de personalidade, que tem no fundamento da dignidade da pessoa humana seu norte. Demonstra-se, agora, a importância do desenvolvimento biotecnológico para a sociedade e a evolução das pesquisas envolvendo as células-tronco, com a finalidade de analisarmos seus limites e possibilidades.

É preciso, primeiramente, verificar em que medida a biotecnologia tem sido empregada a serviço da vida e quais as suas reais implicações.

O termo biotecnologia pode ser entendido como a tecnologia baseada na biologia. Um dos diversos conceitos sobre o tema pode ser destacado da Convenção sobre Diversidade Biológica da ONU³⁷⁰ "Biotecnologia define-se pelo uso de conhecimentos sobre os processos biológicos e sobre as propriedades dos seres vivos, com o fim de resolver problemas e criar produtos de utilidade³⁷⁰."

Para Fátima Oliveira, este termo designa, grosso modo, a aplicação da tecnologia na biologia, objetivando associar, degradar ou sintetizar algum

³⁷⁰ Convenção sobre Diversidade Biológica (Artigo 2. Utilização de Termos)." Disponível em:< http://www.rbma.org.br/anuario/pdf/legislacao_01.pdf>. Nações Unidas. 1992. Recuperado em 27 de março de 2008.

componente orgânico. Para a autora, a engenharia genética é modalidade da biotecnologia, uma vez que seu papel é a manipulação genética.³⁷¹

Atualmente, a biotecnologia lida com questões envolvendo seres humanos e não humanos. A Lei de Biossegurança, já comentada no presente trabalho, dispõe sobre os transgênicos³⁷², v.g., autorizando sua produção, definindo que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança é a responsável por analisar o pedido e posteriormente submeter à votação visando à permissão de sua comercialização. Este é um tema bastante complexo, pela dificuldade em se garantir a segurança à saúde no consumo de tais produtos derivados destas manipulações. Além da própria legislação de biossegurança, recentemente outras normas foram editadas para regulamentar, por exemplo, a rotulagem dos alimentos transgênicos, que gerou enorme polêmica, pois visa informar os consumidores pormenorizadamente sobre a matéria prima utilizada para a produção dos alimentos comercializados.

1.1.1 Novos experimentos

Em relação aos animais, os experimentos iniciaram-se há bastante tempo, sendo que o primeiro deles é datado de 1982, quando um DNA de rato foi introduzido em um camundongo. O resultado positivo foi verificado por meio do aumento do tamanho corporal do camundongo. Em janeiro de 2001 divulgou-se o nascimento do primeiro primata transgênico. Um macaco Rhesus, denominado ANDi (inserted DNA ao contrário) teve incluído em seu patrimônio genético um gene de medusa. O grande impacto gerado por este novo experimento foi o de demonstrar que é possível realizar estes procedimentos em animais próximos à espécie humana.

Contemporaneamente, inúmeras pesquisas envolvendo animais têm sido procedidas, cada qual com objetivos diferentes. Em muitos casos, os animais são utilizados como cobaias, como por exemplo no experimento

³⁷¹ OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia Genética: o sétimo dia da criação**, p. 138

³⁷² Os transgênicos tem as suas características genéticas modificadas, acrescidos de um novo gene ou segmento de DNA e seu objetivo é desenvolver uma característica particular, como modificação do valor nutricional, resistência à pragas, dentre outros.

desenvolvido na Universidade de Massachusetts, onde um médico³⁷³ alterou as características de um rato, que foi “construído” pela engenharia genética com anticorpos para não ter defesa imunológica e submetido a um procedimento de aplicação de células de cartilagem humana, tendo desenvolvido em suas costas uma orelha humana:



Fonte: <http://www.comciencia.br/reportagens/2004/10/08.shtml>. Acesso em 06.09.09

Há, ainda, o caso dos gatos desenvolvidos por meio de manipulação em seus genes, para o fim de “brilharem no escuro”. Tal fato ocorreu na Coréia do Sul, sob a pretensa justificativa de se verificar o sucesso na inserção artificial de genes em animais, visando o desenvolvimento de terapias genéticas contra doenças hoje intratáveis:



Fonte: <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL214375-5603,00-COREANOS+PRODUZEM+GATOS+FLUORESCENTES+COM+ALTERACAO+GENETICA.html>

³⁷³ Charles Vacanti foi o médico responsável pelo experimento. Ele afirmou que por ora, pretendem estudar a multiplicação das células de outros tecidos cartilaginosos humanos como o nariz e o menisco (do joelho), conforme entrevista dada à Revista Superinteressante, Edição número 100.

As discussões em torno deste assunto devem ser analisadas “filtrando-se” alguns estigmas e lendas envolvendo os experimentos científicos. Muito do que se propaga em sede de avanços genéticos é inatingível.³⁷⁴

A sociedade sempre refletiu sobre o tema, propagando-o por meio de diversas obras da literatura, filmes e poemas. Merecem transcrição as palavras de Fátima Oliveira, para quem :

[...]a imaginação é o limite para a intervenção na natureza viva. Sequer conseguimos imaginar quais os segredos que estão hibernando nos laboratórios de biologia molecular, dos produtos úteis às armas bioengenheiradas. Ninguém sabe concretamente o que os ‘deuses da ciência’ estão fazendo. Nem os riscos de tudo isso. Não há controle social dessas coisas [...]³⁷⁵

Como pudemos verificar, os riscos concretos são desconhecidos, ainda que propagados incessantemente. Há muita “falácia”, conforme a concepção de Claudio Tognolli³⁷⁶, entretanto, não se pode ignorar que as práticas atuais, ainda que em fases não avançadas o suficiente para culminar em mudanças radicais no trato da vida pelo homem. Neste sentido, François Ost, ao tratar da natureza à margem da lei e discorrendo sobre a prática dos experimentos humanos nos meios profissionais, assevera que:

Estudando a prática contratual contemporânea neste domínio, J.C. Galloux distingue duas conclusões: 1) Os contratos nunca fazem distinção entre os materiais consoante a sua origem, quer se trate de ADN humano, de simples bactérias, ou ainda de material híbrido; 2) As partes não recorrem nunca à noção de vida para descrever os materiais visados: o ser vivo é assimilado aos objectos inanimados, desde sempre integrados na esfera contratual [...]O ser vivo é desfigurado, despedaçado, desmontado, ao ponto de o tornar absolutamente irreconhecível – em suma: insignificante. Porque se o global faz sentido (um rato apela à imaginação), a

³⁷⁴ CF. Cláudio Tognolli, a resposta final não está nos genes, como tem postulado a mídia. Neste sentido, o autor indaga: por que o cânon da busca da “verdade do criador” deslocou-se agora para a biotecnologia? Por que falar em novo milênio subjaz a esperanças nos novos avanços da biotecnologia? Ob.cit., p. 17 Ainda neste sentido, veja-se reportagem publicada em 18 de março de 2010, na Folha de São Paulo, informando que a fiscalização se acentuou em relação aos chamados “Bancos de Cordão Umbilical”, principalmente porque os seus dirigentes vêm fazendo propaganda afirmando a viabilidade de procedimentos com as células-tronco.

³⁷⁵ OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética: o sétimo dia da criação**, p. 141

³⁷⁶ Para mais informações, vide TOGNOLLI, Cláudio **A falácia genética**.

partícula não tem outro destino que não o programa funcional (e, acrescentamos, a operação financeira) no qual se inscreve³⁷⁷.

Independentemente do que realmente se concretizará dentro de alguns anos, o dever do Direito consiste em regulamentar as práticas existentes hoje, até para evitar consequências irreversíveis do ponto de vista da proteção ao ser humano.

Não se deve trabalhar com base em projeções desprovidas de caráter científico, tampouco se podem ignorar as conquistas da tecnociência³⁷⁸. Estando ou não prestar a chegar, a revolução biotecnológica versa sobre características dos seres humanos. Isto pressupõe a existência de riscos diversos, analisados aqui sob o ponto de vista eminentemente jurídico, sem se olvidar, no entanto, as questões valorativas advindas das manipulações genéticas.

O próprio homem, utilizando de forma inadequada seus “poderes” constitui o maior perigo para a humanidade³⁷⁹. O ser humano não pode ser reduzido a um mero valor biológico e, nesse contexto, do mesmo modo, o embrião não pode sofrer este processo reducionista, até porque foi demonstrado que ele é um indivíduo de *natureza humana*, independentemente de outras discussões.

Hannah Arendt, ao tratar da condição humana, assevera sobre o papel do homem enquanto ser que desenvolve experiências, como a que se discute nesta tese, a manipulação genética:

O motivo pelo qual talvez seja prudente duvidar do julgamento político de cientistas enquanto cientistas não é, em primeiro lugar, a sua falta de “caráter” — o fato de não se terem recusado a criar armas atômicas — nem a sua ingenuidade — o fato de não terem compreendido que, uma vez criadas tais armas, eles seriam os últimos a serem consultados quanto ao seu emprego —, mas precisamente o fato de que habitam um mundo no qual as palavras perderam o seu poder. E tudo o que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido. Haverá talvez verdades que ficam além da linguagem e que podem ser de grande

³⁷⁷ OST, François. Ob.cit., p. 94-95.

³⁷⁸ Esta expressão é atribuída a Gilbert Hottois, filósofo belga, que a teria descrito na década de 70. Consiste na análise da ciência à luz de um conceito tecnológico e também social.

³⁷⁹ Vide BERTONE, Tarcisio. **Homilia proferida na terceira assembléia da Pontifícia Academia para a vida**. Em: Identidade e Estatuto do Embrião Humano, p. 25.

relevância para o homem no singular, isto é, para o homem que, seja o que for, não é um ser político. Mas os homens no plural, isto é, os homens que vivem e se movem e agem neste mundo, só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar e ser inteligíveis entre si e consigo mesmos³⁸⁰.

Na passagem acima, a autora comenta o risco de condutas humanas, como a dos cientistas, por exemplo, no desenvolvimento de novas tecnologias. De fato, de tais condutas podem derivar sérios impactos à sociedade como um todo. Quando a autora fala em “verdades que ficam além da linguagem”, entendemos ser necessário que haja uma finalidade estritamente e previamente delimitada na ação científica voltada a todas as formas de manipulação da vida humana. Interpretamos o seu pensamento no sentido de que a questão do desenvolvimento científico e tecnológico passa a ser, também, uma questão política. Isto porque, para Arendt, a linguagem técnico-científica impossibilita a inviabiliza o discurso. Já que esta parte da tese buscar reconhecer os vazios jurídicos existentes e reler as normas pertinentes, é imperioso verificar o desenvolvimento biotecnológico, conduzindo à seguinte reflexão: como analisar estes avanços à luz do sistema jurídico?

1.2 As técnicas atualmente utilizadas e sua vinculação com a necessidade de proteção embrionária

A biotecnologia, em sede de seres humanos, atualmente tem sido empregada para o desenvolvimento de inúmeras técnicas envolvendo os embriões humanos. Seguem algumas delas, para um melhor entendimento:

- Diagnóstico pré-implantatório: também chamado por cientistas portugueses de “biópsia de embriões”, este procedimento, que só tem lugar no âmbito de um processo de reprodução artificial assistida, possui como objetivo detectar possíveis anomalias de ordem genética nos embriões (em uma fase precoce de seu desenvolvimento), de modo a que se proceda a uma seleção para a implantação no útero apenas daqueles considerados “saudáveis”.

³⁸⁰ ARENDT Hannah **A condição humana**, p. 9-13

Este procedimento vem sendo verificado principalmente em reproduções artificiais de casais que possuem histórico de doenças genéticas ou já tiveram algum filho que desenvolveu uma espécie de enfermidade desta ordem.

Segue a descrição dos avanços do citado procedimento, descritos por uma jornalista espanhola que intitula seu artigo como “Os dilemas do filho à la carte”, designando, metaforicamente, o processo de seleção envolvido nesta técnica:

Em 8 de janeiro passado foi divulgado em Londres o nascimento de uma menina escolhida entre vários embriões, livre do gene que predispõe ao câncer de mama hereditário. Por enquanto, a possibilidade de escolha tem uma clara limitação moral: a finalidade terapêutica. Mas até onde poderemos chegar no futuro?

Que dilemas éticos isso representa? Os números ilustram bem as mudanças: segundo dados do Estudo Colaborativo Espanhol de Malformações Congênitas (ECEMC), que analisa a frequência e a evolução das diferentes anomalias congênitas, entre 1976 e 1985, anos anteriores à legalização do aborto, a espinha bífida e a síndrome de Down tinham frequências de 4,54 e 14,78 casos a cada 10 mil nascimentos, respectivamente. Em 2007, os índices dessas anomalias, detectadas por diagnóstico pré-natal, haviam baixado para 1,7 para a espinha bífida e 8,09 para a síndrome de Down. Neste período de tempo, a porcentagem de crianças nascidas com malformações congênitas se reduziu quase à metade.³⁸¹

Jürgen Habermas trata do tema, ao afirma que “O diagnóstico genético de pré-implantação torna possível submeter o embrião que se encontra num estágio de oito células a um exame genético de precaução. Inicialmente, esse processo é colocado à disposição de pais que querem evitar o risco da transmissão de doenças hereditárias”³⁸².

Até que ponto o diagnóstico pré-implantatório teria finalidade terapêutica? Não se trataria de uma forma de eugenia³⁸³? Entendemos que tal

³⁸¹ ESPAR, Marta. **Os dilemas do filho à La carte**. Jornal El país. Tradução Luis Gonçalves, Disponível em < <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/elpais/2009/02/20/ult581u3060.jhtm>>. Acesso em 07.09.09.

³⁸² HABERMAS, Jürgen. Ob. cit.. p.24

³⁸³ O termo eugenia já foi citado no presente trabalho. Acrescentamos o entendimento de Gabriel Godoy, que explicita: Curioso verificar que Francis Galton (1822-1911), um dos pesquisadores que pensou como uma raça alcançaria sua superioridade, era primo de Darwin. Galton buscou aludir a um novo campo do conhecimento científico, que “trata de todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de una raza; también trata de aquellas que la pueden desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad”. Com isso, ele cunhou a expressão

procedimento seria legítimo apenas se realizado com cautela e se devidamente normatizado no Brasil.

O aprimoramento de tais técnicas soa, para os cientistas, como um promessa para o futuro, na tentativa de se evitar doenças como diabetes, câncer de mama, de próstata, por meio do descarte do embrião que apresentar estas características. O risco da eugenia está exatamente neste descarte dos embriões “menos favorecidos” do ponto de vista genético.

Não podemos negar que melhorias à saúde do homem são bem vindas, mas há um sério risco de que tal diagnóstico deixe de ser tratado como tal e passe a implicar em uma “colheita” de embriões saudáveis,

- Prevenção de doenças: atualmente, fala-se na possibilidade de prevenção de doenças, principalmente de ordem genética, por meio da seleção de embriões em caso de reprodução assistida. Trata-se também, de certa forma, de um diagnóstico pré-implantatório, pois acaba-se efetivamente sendo realizada seleção dos embriões a serem submetidos aos procedimentos visando a inseminação. Deve-se levar em conta, ainda, frente aos avanços da medicina, que alguns tratamentos de doenças são iniciados, após a fecundação, no útero materno, por meio de intervenções realizadas no nascituro. Outro aspecto importante é considerar-se a possibilidade de utilização de células do próprio paciente, o que afastaria toda a discussão acerca da utilização de embriões para tais experimentos. Esta técnica tem sido bastante utilizada, inclusive no Brasil, como se comprova pela experiência abaixo citada:

Já existem diversos testes clínicos em andamento que utilizam células retiradas do próprio paciente para recompor áreas lesionadas, criando novos tecidos da musculatura cardíaca e novos vasos para melhorar a irrigação do órgão. O carioca Nelson Aguiar, 70 anos, saiu da fila de transplante para se submeter à nova terapia assim que ela começou a ser testada pelo cardiologista Hans Dohmann, em 2001, no Hospital Pró-Cardíaco, do Rio de Janeiro. Ele havia passado por um infarto e duas cirurgias para implantação de pontes de safena e mamária. O resultado parece promissor. Nelson voltou a ter uma vida normal: retornou ao trabalho que havia abandonado e deixou de sentir a fadiga que o atormentava. Na Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP-USP), interior

paulista, a equipe do médico imunologista Julio Voltarelli vem usando as células-tronco para reconstruir o sistema imunológico de pessoas portadoras de doenças auto-imunes, como lúpus, esclerose múltipla e diabetes tipo 1. Para evitar os efeitos devastadores desta última, o enfermeiro André Luiz dos Santos, 28 anos, precisava tomar injeções de insulina duas vezes ao dia.

Em março de 2004, fez o tratamento com células-tronco com a equipe de Voltarelli e pôde abandonar as injeções. Ainda é cedo para dizer que está curado. Mas a esperança e a torcida são grandes.

Percebemos, assim, que em relação ao tratamento e prevenção de doenças, as vertentes são diversas, mas a ciência tem avançado significativamente, apontando um futuro bastante diferente da realidade vivenciada pela sociedade.

- **Adoção de embriões:** trata-se de questão bastante polêmica e que há pouco tempo vem sendo objeto da mídia nacional, como se pode verificar da transcrição da reportagem abaixo:

Os cientistas não aceitam a argumentação da Igreja, já que a proposta sempre foi utilizar na pesquisa embriões esquecidos nas clínicas de reprodução assistida, que vêm sendo jogados no lixo. Estima-se que, a cada ano, as 120 clínicas brasileiras de reprodução humana façam em torno de 12 mil tentativas de fertilização, produzindo 60 mil embriões. Desse total, no máximo a metade é transferida para o útero das pacientes - o restante é congelado ou destruído de imediato, porque não tem condições de vingar. "São cerca de 2 mil embriões rejeitados", explica o especialista em fertilização Edson Borges. Esse tesouro celular vai direto para o lixo. Quanto aos congelados, depois de três anos têm o mesmo destino - quando o casal decide não mais implantá-los. "Se houvesse uma lei regulamentando a doação desses embriões para as pesquisas com células-tronco, eles seriam muito bem aproveitados" defende Borges.³⁸⁴

Corroborando o exposto, transcreve-se trecho de outra reportagem sobre o tema:

Adotar um embrião só é necessário quando o casal tem graves distúrbios de infertilidade. E isso é raro. Em cada 200 homens, apenas um não tem espermatozoides[...] Durante o processo, várias angústias afligem o casal. A principal

³⁸⁴ PAULINA, Iraci. **Células tronco: uma discussão que vale vidas**. Revista Cláudia número 1791, p. 45

diz respeito ao estado emocional da mulher. “A futura mãe fica cheia de dúvidas. Quer saber, por exemplo, se o filho será parecido com ela.” “Com o tempo, quando vê a barriga crescer, aceita a situação e fica feliz ao perceber que o bebê está sendo alimentado com o seu sangue”, diz Motta. Quem quer um filho e não consegue, supera tudo pela realização do sonho. A secretária Aparecida Mendes, por exemplo, garante que não se abalou quando se decidiu por um embrião doado. Por mais de dez anos, ela tentou engravidar sem sucesso. Um dos problemas era a idade do casal (46 anos). “Fiquei satisfeita com essa opção. Tinha atingido meu limite de tolerância”, lembra. Aparecida implantou dois embriões e hoje tem um casal de gêmeas. “Minha vontade de ter filho foi maior do que qualquer preocupação”, conta..³⁸⁵

Da publicação acima infere-se a correção estabelecida entre a adoção de embriões e a adoção de crianças, sob a perspectiva da ética e da aceitação social. De todo o modo, o tema adoção de embriões merece destaque especial, porquanto, para alguns, evitaria o descarte puro e simples nos laboratórios e clínicas reprodutivas³⁸⁶

Mas, por outro lado há quem entenda que este procedimento seria inadequado do ponto de vista ético e jurídico, porquanto diversos impactos negativos adviriam de sua concretização, tais como questões vinculadas à filiação e aos direitos sucessórios.

- Nanotecnologia: trata-se de termo criado na Científica de Tóquio, em 1974. Richard Feynman, físico, teve grande participação no desenvolvimento desta tecnologia, tendo auxiliado a sua propagação. Trata-se da possibilidade de manipulação de átomos e moléculas, atualmente aplicada em inúmeros produtos existentes no mercado. Em sede de manipulação genética, esta tecnologia vem se desenvolvendo com o objetivo de seleção de características individuais.

³⁸⁵ Disponível em: http://www.terra.com.br/istoe/1624/medicina/1624_adotei_embriao.htm. Acesso em 20 ag 2009. * Os nomes dos personagens da reportagem são fictícios

³⁸⁶ O Professor Elimar Szaniawski, em artigo sobre o tema, afirmou que uma solução para os embriões excedentes seria a sua doação para terceiros, a fim de que estes, desejando a fertilização heteróloga, diante da absoluta impossibilidade de obter a fecundação por meios naturais, possa a mulher ser receptora desses embriões e venha a gerar a criança ou, diante da impossibilidade desta de gestar, poder gerar o filho mediante uma mãe substituta e, assim, vir o casal a satisfazer seus desejos de paternidade e maternidade. Em: **O embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9 do Projeto de Lei do Senado n. 90/99**. Revista Trimestral de Direito Civil. Volume . Rio de Janeiro: Padma, 2000.

- Inseminação artificial: embora não seja uma técnica nova, é necessária sua explicação. Pode ser homóloga(auto-inseminação), quando realizada com o sêmen do próprio marido ou companheiro, ou heteróloga (utilização de sêmen de terceiro doador). A retirada do sêmen pode ser feita antes da transferência para as vias genitais femininas, empregando-se o sêmen fresco, ou feita previamente, por meio do congelamento (crioconservação), descongelando-o pouco antes da transferência para as vias genitais femininas. O esperma obtido pode ser depositado em diferentes partes das vias genitais, conforme o obstáculo à fecundação que se queira superar: na vagina (inseminação intravaginal), na parte média do canal cervical (intracervical), no útero(intrauterina) ou na trompa (intratubária). Como esta técnica é intracorpórea, não há maiores implicações envolvendo a manipulação, pois o embrião é abrigado pelo ventre materno, afastando-se a discussão sobre a violação do direito à vida.

- Fecundação in vitro: aqui, reúnem-se os gametas feminino e masculino em uma Placa de Petri ou tubo de ensaio, visando a fusão e formação do zigoto, que será introduzido no útero materno tão logo ocorra a divisão celular. Nesta técnica, a fecundação é controlada e realizada de forma artificial: eis a razão das críticas sofridas. É aqui que são gerados os embriões excedentes, geradores da polêmica tratada na tese.

- GIFT (Transferência intratubária de gametas ou Gamete intrafallopean transfer): técnica intracorpórea em que há a transferência simultânea dos gametas feminino e masculino para a trompa de Falópio. Os gametas são misturados e imediatamente introduzidos em uma ou ambas as trompas da mulher.

Há diversas práticas, além daquelas aqui apresentadas, que conduzem ao debate ora proposto: como associar as novas descobertas e as novas práticas a um controle que não “engesse” o desenvolvimento biotecnológico, em sede de reprodução humana e de controle de doenças, mas ao mesmo tempo estabeleça diretrizes que coíbam inadequações? Para que possamos

responder tal indagação, faz-se necessário, agora, analisarmos a grande polêmica envolvendo os experimentos genéticos e que justifica o debate acerca da possibilidade de manipulação de embriões humanos: as diferentes conseqüências derivadas da experimentação com o uso de células embrionárias ou adultas.

Diante do exposto, a importância do desenvolvimento biotecnológico é evidente.

Traz a possibilidade de melhoria da qualidade de vida para diversas pessoas acometidas de doenças graves, desenvolve novos produtos capazes de beneficiar pacientes que deles necessitam, pode permitir a cura ou a melhoria do tratamento de inúmeros males que acometem o ser humano.

Todavia, é essencial dizer que o desenvolvimento biotecnológico, incluindo as manipulações envolvendo células-tronco (objeto do item seguinte) só se revestirão de importância se seu objetivo coadunar-se com o respeito à vida humana e conseqüentemente, atender aos ideais éticos preconizados em favor da pessoa.

É importante avançar, do mesmo modo que é imprescindível que haja finalidades adequadas para tanto. Alterar características genéticas de uma pessoa tão somente por questões estéticas, manipular geneticamente animais sem um objetivo benéfico para as pessoas, dentre diversas outras situações, constituem-se em afronta aos princípios basilares da própria sociedade.

É por isso que o Direito deve ocupar este espaço, visando delimitar as condutas do homem que objetivem manipular todas as formas de vida.

No item seguinte, trataremos da polêmica envolvendo a dicotomia entre a utilização de células tronco adultas e embrionárias, utilizando-nos, para tanto, do pensamento de três cientistas brasileiras que atuam na área.

Pretendemos pontuar os diferentes fundamentos, favoráveis e contrários à utilização das células, sempre levando em conta a necessidade de atuação do Direito, como instrumento de controle.

1.2 DICOTOMIA ENTRE AS PESQUISAS ENVOLVENDO EMBRIÕES E AS PESQUISAS ENVOLVENDO CÉLULAS ADULTAS

1.2.1 As células-tronco

Nunca se discutiu tanto como nos dias atuais sobre as pesquisas envolvendo as denominadas células-tronco, que podem ser conceituadas como

As células tronco embrionárias são aquelas retiradas de embriões derivados de procedimentos de fertilização *in vitro*. Quando há a junção entre o óvulo e o espermatozóide, surge a figura do zigoto. Em seguida, ocorrem diversas divisões celulares, sendo que estes grupos que vão sendo formados tem a capacidade de originar qualquer parte do organismo de um ser humano. Por isso, estas células são chamadas de “totipotentes”, o que significa possuírem “potência total, ou seja, serem capazes de produzir todas as células e aparatos necessários para o desenvolvimento de uma pessoa.”³⁸⁷

Continuando a descrição das células tronco, no quarto ou quinto dia as células iniciam a formação de uma estrutura denominada blastocisto (agrupamento de cerca de 250 células). A parte externa do blastocisto forma a placenta e a interna, o embrião. É na parte interna que se encontram as células denominadas pluripotentes, ou seja, capazes de gerar todas as células do organismo humano. Se forem removidas do blastocisto, tais células, neste período, podem ser cultivadas em laboratório: daí a formação das células tronco embrionárias.³⁸⁸

Segundo Reinaldo Pereira e Silva, duas são as fontes de células-tronco embrionárias humanas: uma transitória e uma permanente:

A fonte transitória são os embriões criopreservados há três anos ou mais na data da publicação da lei ou que venham a completar dito prazo após a publicação, desde que o início da criopreservação lhe anteceda. Ultrapassados os prazos legais, a utilização de embriões “viáveis volta a ser proibida, caracterizando, inclusive, o tipo

³⁸⁷ TRIUNFOL, Márcia. Os clones, p. 39.

³⁸⁸ Conforme Márcia Triunfol, no embrião existe outra fontes de células-tronco embrionárias: a prega gonadal, formada pelas células que, no indivíduo adulto, originarão os óvulos e espermatozoides. Ob. cit., p. 39.

penal do artigo 25. A fonte permanente são os embriões gerados por fertilização *in vitro* e considerados legalmente inviáveis.³⁸⁹

Percebemos, da afirmação do autor, bem como do que dispõe a própria legislação, uma inegável proteção à vida do embrião. Neste contexto, indagamos qual seria o critério aferidor da inviabilidade dos embriões gerados por fertilização *in vitro*?

Márcia Lachtermacher-Triunfol descreve as funções e características das células tronco:

As células são os tijolos que constituem os vários tecidos do organismo, e o bom funcionamento do corpo depende do bom funcionamento das células. Quando as células não realizam as funções necessárias para o funcionamento dos órgãos e tecidos, há uma deterioração do estado geral do organismo, podendo levar à morte. O grande valor terapêutico das células-tronco está no fato de que são capazes de gerar qualquer outro tipo de célula. Ou seja, são células que ainda não possuem identidade, biologicamente falando, são células indiferenciadas.³⁹⁰

Ainda, a supracitada autora compara as células tronco a partes de um carro :

Imagine um carro, todo feito de pequenas peças de metal de tamanhos e formas diferentes. Imagine que cada uma dessas peças seja formada de um punhado de metal derretido que é colocado numa fôrma. Dependendo da fôrma, uma nova peça será produzida. O que acontece quando uma peça de carro se quebra? Precisamos do material derretido para produzir a peça que irá substituir a quebrada. As células tronco podem ser comparadas a esse punhado de metal amorfo, capaz de se transformar em qualquer peça do carro conforme o molde utilizado.

As células-tronco adultas, por sua vez, são aquelas retiradas, por exemplo, da medula óssea, ou do sangue do cordão umbilical. Pretendemos mostrar, no item seguinte, o embate entre a utilização de células tronco extraídas destes embriões supranumerários *versus* aquelas consideradas

³⁸⁹ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Biossegurança – entre as insuficiências do instituto da responsabilidade civil e a institucionalização da irresponsabilidade**. Em: *Grandes Temas da Atualidade: Responsabilidade Civil*. Eduardo de Oliveira Leite (Coord.), p.492

³⁹⁰ TRIUNFOL, Márcia. **Os clones**, p. 39.

adultas, retiradas de outras partes do corpo humano vivo, como por exemplo, a pele³⁹¹

1.2.2 Células embrionárias *versus* células adultas

Um dos principais embates na área genética, na atualidade, apresenta-se na atualidade refletido em diferentes vertentes: ética, jurídica e econômica.

Trata-se da dicotomia entre a possibilidade de utilização das células-tronco embrionárias e adultas. Tal dicotomia fica evidente, em âmbito nacional, ao se analisar as pesquisas e os pontos de vistas delas decorrentes, propagados por cientistas, tais como: a), Lygia Pereira, chefe do laboratório de Genética Molecular do Instituto de Biociências da USP; b) Mayana Zatz, geneticista, do Centro de Estudos do Genoma Humano da USP c) Lilian Piñeros Eça, professora e pesquisadora em São Paulo. A relevância desta discussão pauta-se justamente no debate acerca da possibilidade de utilização de embriões humanos para pesquisas científicas, o que se daria no caso das manipulações envolvendo as denominadas “células tronco embrionárias”.

Para ilustrar melhor o posicionamento das supracitadas geneticistas, segue a síntese de entrevistas realizadas recentemente (anexadas no trabalho) que acirraram o debate envolvendo a viabilidade ética e jurídica na utilização ora de células de embriões, ora de células adultas:

1.2.2.1 A necessidade de cautela: posicionamento da Professora Lygia Pereira

Este entendimento volta-se para a impossibilidade de aplicação imediata dos pretensos benefícios advindos da utilização das células-tronco. Segundo a Professora, “foi um avanço liberar as pesquisas com células-tronco

³⁹¹ Em 2005, divulgou-se a notícia da criação (na Universidade de Harvard) de uma versão híbrida de células tronco utilizando-se células da pele. A técnica ainda se encontra em fase inicial.

embrionárias, mas ainda não sabemos se elas serão as melhores fontes”(Anexo 1).

Verificamos aqui que doenças como insuficiência cardíaca, diabetes, esclerose múltipla, ainda não terão tratamentos revolucionários, como muitos pregam. Além disso há necessidade de cautela em razão dos riscos advindos dos experimentos com células de embriões. Por exemplo, em estudos com camundongos imuno-suprimidos (sem sistema imunológico), há a formação de tumores. Segundo a professora, previamente à efetiva utilização das células, há necessidade de um preparo e de verificação de compatibilidade: “Quem disse que o embrião vai ser compatível com o paciente”? – indaga a professora.

Da entrevista supra analisada, verificamos uma real necessidade de cautela na utilização de células- tronco extraídas de embriões, pelas seguintes e principais razões: a) não há possibilidade de resultados a curto prazo; b) ainda não se sabem as conseqüências derivadas da utilização prematura dos embriões; c) alguns estudos em animais verificaram o desenvolvimento de tumores; d) do estudo com tais células poder-se-á, somente a longo prazo, verificar se seriam efetivamente as melhores fontes.

1.2.2.2 A necessidade de permissão de manipulação envolvendo embriões: a posição de Mayana Zatz

A geneticista Mayana Zatz tem difundido seus estudos com células-tronco embrionárias por todo o Brasil e também internacionalmente. Foi uma das cientistas que defendeu no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de dispositivo da Lei de Biossegurança que permite, estabelecidos alguns critérios, a utilização de embriões para fins de pesquisa.

Para este pensamento, a proibição de utilização de embriões é absurda, porque a intenção dos cientistas seria utilizar apenas aqueles embriões congelados que permanecem nas clínicas de fertilização, sempre com o consentimentos dos genitores.

A professora Mayana responde com veemência uma indagação que procedemos nos itens anteriores: para ela, não existe nenhuma possibilidade

de vida para os embriões criopreservados que se encaixarem no critério da inviabilidade. Segundo ela, para afastar a polêmica da pretensa violação do direito à vida, os embriões congelados que se pretendem usar no Brasil possuem entre três e cinco dias.

Mayana entende que há muita confusão sobre o assunto, principalmente porque muitas pessoas comparam a utilização de células tronco embrionárias com o aborto.

Ao contrário de Lygia Pereira, Mayana sustenta a tese de que em vários países a pesquisa com embriões encontra-se avançada. Cita Inglaterra, Austrália e Israel. Um entrave existente aqui no Brasil é a burocracia, pois levamos até seis meses para importar materiais de pesquisa, enquanto no exterior o tempo é de 24 a 4 horas, segundo ela. Além disso, consequências prejudiciais adviriam da proibição de manipulação embrionária, tais como a necessidade de pagamento de royalties gigantescos para importar uma tecnologia que poderia estar sendo produzida em nosso país.

Outro ponto merecedor de destaque é o posicionamento no sentido de que as células tronco adultas tem aplicação limitada, pois só formam alguns tecidos, como músculos, osso, gordura e cartilagem. Não seria possível a formação de células nervosas, para Mayana, fundamentais para tratar doenças neuromusculares, por exemplo.

Questionada sobre a manipulação genética tendente a alterar características do bebê, a professora afirma: “Se uma família sabe que tem uma doença genética qualquer, pode optar por fazer fertilização in vitro para selecionar um embrião livre do gene que predispõe o portador àquela doença. Nesse caso, acho válido[...]Mas existe uma perspectiva de que, nos próximos dez anos, seja possível seqüenciar o genoma de uma pessoa por 1000 dólares. Ela pode descobrir que tem uma montanha de mutações. A questão ética é o que se vai fazer com essas informações.” (Anexo 1)

Realmente, percebemos aqui, pelas afirmações trazidas pela geneticista, que as finalidades da pesquisa embrionária são múltiplas e a sociedade corre o risco, ainda que não exatamente definido, de ser vítima de suas próprias descobertas. Como seria caso as informações genéticas fossem utilizadas para rejeitar um candidato a emprego ou influir no custo do plano de

saúde? Esta situação é inadmissível, mormente considerando as normas analisadas nesta tese. Entendemos que estas questões, além de éticas, merecem ser albergadas pelo sistema jurídico: eis a razão da importância do Biodireito e da necessidade de releitura das normas existentes sobre o tema.

1.2.2.3 Uma alternativa: a possibilidade de utilização das células-tronco adultas: o pensamento de Lilian Piñeros Eça

Para esta linha de pensamento, não se justifica a utilização de embriões nos experimentos voltados às mais diversas formas de manipulação da vida humana, porquanto o discurso atual está pautado por uma “falsa esperança” de que as células-tronco embrionárias seriam a “cura para todos os males”. Neste sentido, já mencionamos aqui a tese da “falácia genética”, tendente a difundir resultados não concretizáveis no atual estágio da ciência, quando se trata de clonagem, por exemplo.

A professora Lilian afirma que as células tronco adultas já tem sido aplicadas nos seres humanos para algumas doenças de forma econômica, enquanto as embrionárias até o momento estão causando tumores embrionários e rejeições.

Ela aponta, portanto, maiores benefícios com a utilização de células adultas, justificando tal tese no perigo da manipulação embrionária, inclusive para a saúde do paciente, sem olvidar as questões éticas envolvidas.

Outro ponto merecedor de destaque é a tese de que as células tronco adultas afastariam problemas como a necessidade de patenteamento, já que são extraídas do próprio paciente.

A professora é cautelosa ao dizer que o Brasil, apesar de ser pioneiro em algumas aplicações de células tronco adultas, é novato na área. Seu grupo estuda há 15 anos as células adultas e segundo ela, “ainda temos muito para estudar”.

Verificamos que para esta linha de pensamento, não se admite, em hipótese alguma, a utilização de embriões humanos, pelos seguintes motivos: a) há questões éticas que obstaculizam tais procedimentos; b) há riscos

imensos na utilização de embriões, comprovados pela formação de tumores, em vários procedimentos já realizados; c) há propagação de “falsas esperanças” advindas do uso de embriões; d) as células tronco adultas, embora necessitem ser estudadas incessantemente, tem apresentado resultados benéfico, com uma minimização dos riscos.

Comentário: esta dicotomia envolvendo células adultas e de embriões é analisada por Boaventura de Souza Santos, que a entende como “transição pós-moderna”. De fato, há um processo de colapso das dicotomias. Devemos atentar para o fato de que a utilização de células tronco de origens diversas não pode ser discutida em termos polarizados, porque, na realidade, as tais possibilidades não são excludentes e percebemos que as pesquisas tem sido realizadas tanto com embriões quanto sem eles.

É por isso que se mostra importante a propositura de novos paradigmas conceituais que nos permitam captar, em seus próprios termos, a novidade da situação em que vivemos. Neste contexto, sobre as células tronco denominadas “adultas” não há maiores discussões, já que não lidariam com a polêmica da manipulação embrionária. O que se discute é a adequação, do ponto de vista jurídico, de se extraírem células tronco de embriões derivados de procedimentos de inseminação artificial, considerando-se os seguintes critérios, conforme as entrevistas realizadas: a) é lícito extrair células tronco de embriões excedentários e conseqüentemente, promover sua destruição e descarta; b) qual seria a finalidade de tal procedimento e até que ponto ele se justificaria?; c) há estudos hábeis a precisar as conseqüências (benéficas ou maléficas) decorrentes da manipulação de tais genes?; d) seria mais adequado, sob os pontos de vista ético e jurídico, evitar-se a manipulação embrionária, por meio da obtenção de células adultas?; e) até que ponto isto é possível e factível à luz da atual tecnociência?

Percebemos que as geneticistas entrevistas apresentam, em síntese, duas principais teses. A primeira, subscrita por Lygia Pereira e Mayana Zatz, consiste na total possibilidade, bem como na necessidade de utilização de embriões humanos congelados nas clínicas e laboratórios, tendo como mote

central a busca pela preservação da vida e pela melhoria da qualidade de vida de pacientes acometidos de doenças de ordem genética, dentre outras.

Esta tese justifica a manipulação embrionária pela dignidade da pessoa que poderá se beneficiar de tais experimentos, além de não considerar grave a utilização dos embriões já citados, porquanto o descarte acabaria sendo seu destino. Outro ponto destacado pelas pesquisadoras é a não violação do direito à vida, que no caso em tela ainda não existe. Vários países permitem, segundo elas, tais experimentações, que seriam esperança a segmento considerável da sociedade.

Vale destacar que a tese da Professora Lygia é dotada de um pouco mais de cautela, pois ela admite alguns riscos advindos dos experimentos supramencionados.

Por outro lado, a professora Lilian Piñeros Eça, adotando postura mais conservadora, entende desnecessária e perigosa a utilização de células tronco extraídas de embriões humanos, tendo focado sua pesquisa nas células adultas, por sua potencialidade, bem como pela viabilidade que se tem observado, segundo ela, de se obterem resultados satisfatórios a médio e longo prazos, decorrentes de sua utilização. A pesquisadora afirma que a propagação da imprescindibilidade de manipulação embrionária significa, de fato, uma “falsa esperança” para os interessados.

Entendemos que o debate não pode ser polarizado, ou seja, radicalizado, pois as técnicas que vem sendo desenvolvidas no Brasil ainda não se encontram em um estágio suficientemente avançado, que permita selecionarmos o melhor procedimento a ser seguido, sem perder de vista os limites éticos e jurídicos.

Deste modo, entendemos que as pesquisas envolvendo células adultas merecem maior destaque, inclusive por parte do governo, mas sem olvidar a importância dos estudos com embriões, que, ressaltamos, merece um tratamento diferenciado do Estado, como se demonstrará no capítulo seguinte.

Não se pretende aqui afastar toda e qualquer possibilidade de utilização de células extraídas de embriões. Não buscamos com esta exposição, uma propagação do “retrocesso” da ciência, mas sim, uma delimitação mais rígida, das possibilidades e circunstâncias que justificariam a

manipulação. Devem existir justificativas sérias que efetivamente fundamentem a necessidade de utilização de embriões. Primeiramente, é preciso delimitar o conceito de “inviabilidade”, pois da forma como a legislação se encontra, as interpretações são altamente subjetivas e podem levar à destruição indiscriminada e injustificada dos embriões, que como já dissemos, são dotadas de uma autonomia genético-biológica.

Outro ponto que entendemos fundamental é a urgente necessidade de controle da produção em larga escala dos embriões advindos das técnicas reprodutivas. A criação de embriões excedentes deve ser evitada. Isso afastaria o descarte indiscriminado que vem sendo realizado, bem como grande parte das discussões, como as travadas pelas cientistas acima citadas.

Deste modo, analisaremos agora a dissonância entre a real demanda popular e o discurso jurídico, a fim de que possamos propor mudanças na maneira de lidar com a problemática da manipulação genética do ser humano.

1.2.3 A dissonância entre a real demanda popular e o discurso jurídico: a base para um novo regramento

Tanto a ciência quanto a tecnologia consistem em prática sociais determinadas, que se condicionam pela natureza humana, seus interesses e realizações. Como assevera Michelangelo Trigueiro,

[...]são os indivíduos, os grupos sociais e as sociedades, de modo geral, que conferem o sentido e o direcionamento no desenvolvimento científico-tecnológico, condicionado ainda pelo estoque de conhecimentos disponíveis em época e lugar determinados.³⁹²

Ou seja, a ciência e a tecnologia dependem da própria sociedade para seu desenvolvimento. Sabemos, também, que a prática econômica impulsiona a realização de pesquisas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, com vistas a transformações de várias ordens, como afirma o autor supracitado:

³⁹² TRIGUEIRO, Michelangelo. **O clone de Prometeu**, p. 52

[...]a prática biotecnológica, que compreende complexo científico-tecnológico-industrial e que se desenvolve e realiza mediante a ação de várias redes de cooperação e interação, implica o exame de distintas dimensões (científica, tecnológica, econômica, política, ideológica e assim por diante), todas constitutivas do mesmo fenômeno, sem o que qualquer análise é parcial e limitada.³⁹³

Neste sentido, com base nos ensinamentos de Vicente Barreto, o direito contemporâneo enfrenta considerável desafio, consequência da incompatibilidade entre a realidade social da civilização tecnocientífica e a ordem jurídica do estado liberal de direito.³⁹⁴

Ou seja, podemos concluir que o sistema jurídico não tem acompanhado as evoluções tecnocientíficas, deixando de regulamentar de forma mais rígidas diversas questões que até são reprovadas eticamente, mas se encontram desprovidas de qualquer responsabilização jurídica.

A Bioética, como se verá no capítulo seguinte, trata de desafios nos quais está em jogo a vida humana. Na esteira de José Roque Junges, podemos afirmar que precisamos de um biodireito que promova e defenda a igualdade e o respeito recíprocos dos sujeitos que qualquer relação interpessoal na qual está implicada a vida humana³⁹⁵. Seu papel, pois, é assegurar a responsabilidade e solidariedade social.

O Direito deve buscar o que é justo, adequando hipóteses normativas à demanda popular, já que as normas jurídicas devem servir à pessoa humana. Nesse contexto, entendemos que os vazios jurídicos existentes em relação à delimitação de condutas dos responsáveis pelas manipulações de genes precisam ser colmatados. Sabemos que o Direito nem sempre consegue caminhar paritariamente à sociedade, mas independentemente da rapidez dos avanços tecnocientíficos, não se pode apenas permanecer parado, meramente assistindo manipulações com as mais diversas finalidades, sem que consequência alguma advenha de tais práticas.

Por que seria importante um novo regramento? Porque embora o sistema jurídico brasileiro, conforme já demonstrado nas Partes 1 e 2 da tese, apresente contemporaneamente uma preocupação com a dignidade da pessoa

³⁹³ TRIGUEIRO, Michelangelo. Ob. cit., p. 70

³⁹⁴ BARRETO, Vicente **As relações da bioética com o biodireito**, p. 58

³⁹⁵ JUNGES, José. **Bioética: perspectivas e desafios**, p.130

humana e com todos os seus valores fundantes, os limites existentes são meramente deontológicos e, via de consequência, dotados de alto grau de subjetividade, o que conduz à inexistência de sanção hábil a coibir práticas abusivas, experimentos sem finalidade terapêutica, não justificados do ponto de vista científico, ou que não visam ao bem estar da sociedade.

A discussão é contemporânea, vez que frequentemente países que não possuem regulamentação acerca de questões atinentes aos limites das pesquisas científicas vem traçando um novo cenário.³⁹⁶ A permissão nem sempre ocorre, eis o motivo de discussões, divergências acirradas envolvendo religiosos³⁹⁷, cientistas e juristas.

³⁹⁶ Como exemplo, pode-se citar que cientistas britânicos obtiveram licença, em 11.08, para clonar embriões humanos, mais de três anos depois que o Reino Unido se tornou o primeiro país a autorizar a produção de células-tronco para pesquisa médica.

A Coreia do Sul também aprovou lei semelhante em dezembro passado, e em fevereiro deste ano, os coreanos foram os primeiros a anunciarem sucesso na clonagem de um embrião humano para obtenção de células-tronco. Por outro lado, vide reportagem acerca da regulamentação francesa: Parlamento francês aprova lei que proíbe a clonagem humana 09/07/04 15:16 PARIS (Reuters) - A França decidiu proibir a clonagem humana na sexta-feira, qualificando o procedimento como crime contra a raça humana. Porém, suspendeu por cinco anos o veto à pesquisa sobre células-tronco extraídas de embriões. A votação no Senado francês finalizou quase três anos de trabalho para atualizar três leis de 1994 sobre biotecnologia.

A nova legislação, que sofreu diversas alterações durante as discussões, torna a clonagem humana crime sujeito a pena de 30 anos de prisão e multa de 7,5 milhões de euros. A lei proíbe a clonagem para finalidades terapêuticas -- o desenvolvimento de células-tronco para pesquisas médicas -- e técnicas utilizadas em pesquisas embrionárias. Nesses casos, a clonagem será punida com sete anos de prisão e multa de 100 mil euros. Células-tronco podem em princípio transformar-se em qualquer tipo de célula de um organismo. Seu uso é polêmico porque as células consideradas mais promissoras são aquelas extraídas de embriões humanos. A proibição sobre a pesquisa de células-tronco a partir de embriões humanos foi suspensa por cinco anos. Isso dá tempo para se avaliar os benefícios de pesquisas que podem levar a novos tratamentos para, por exemplo, mal de Alzheimer, diabetes e doenças cardíacas. "O texto leva em consideração a evolução da ciência e das técnicas modernas", disse o ministro da Saúde francês, Philippe Douste-Blazy. Segundo ele, a lei tem um "texto equilibrado" que ponderou os interesses de algumas pessoas e as preocupações de outras. A França se opõe firmemente às técnicas de clonagem. No ano passado, o presidente Jacques Chirac disse que pretendia organizar uma convenção internacional sobre ética e biomedicina para evitar abusos nas pesquisas de clonagem.

³⁹⁷ Carta da CNBB aos Senadores sobre o Projeto de Lei da Biossegurança:

"... nos congratulamos com as pesquisas recentes e o uso responsável de células-tronco encontradas no cordão umbilical, na medula óssea e um pouco espalhadas por todo o corpo humano. Incentivamos a continuação das pesquisas, visando descobrir outras fontes para se obter células-tronco, sem recorrer aos embriões humanos."

"Não é lícito jamais sacrificar uma vida humana já presente no embrião em benefício de outra. É necessário, portanto, rejeitar com firmeza a produção de embriões, e a utilização de embriões já existentes, tanto para pesquisas, quanto para eventual produção de tecidos e órgãos." Disponível em <http://www.montfort.org.br/novidades.html>. Acesso em 28.08.04.

No que concerne à manipulação de células germinativas humanas com finalidades não-terapêuticas, devem ser objeto de exame a clonagem de pessoas e a hibridação. Sobre este tema, urge, para o jurista brasileiro, uma tomada de posição.³⁹⁸

Para Pietro Alarcón³⁹⁹, não é possível o uso de técnicas de manipulação clonágica no contexto da Constituição Federal. Não se necessita, no entanto, inibir a possibilidade de clonagem celular para a solução de doenças genéticas, já que “não se trata de duplicar pessoas, mas de combater doenças.”

Ainda inserido no enfoque da manipulação genética, cabem algumas considerações sobre o patenteamento de genes humanos. No Brasil, apesar da escassa regulamentação, chega-se à conclusão de que não se permite o patenteamento do próprio gene, ou seja, do próprio gene, mas sim do processo biotecnológico de isolamento do gene.

Tal conclusão choca-se com o regramento de outros países, como os Estados Unidos da América do Norte, que permitem a contratação de genes. Para Adriana Diaferia⁴⁰⁰,

[...] a utilização do sistema de propriedade industrial para a proteção das invenções biotecnológicas, em determinadas circunstâncias, poderá impor limitações ao acesso e uso das informações genéticas em seu estado natural, isoladas e destacadas de seu organismo originário, o que, como consequência, imporá limitações ao desenvolvimento das atividades econômicas no setor biotecnológico, inviabilizando o exercício da livre concorrência e da livre iniciativa de mercado, impedindo, dessa forma, o livre desenvolvimento econômico, científico e (bio) tecnológico de toda a sociedade.

Cite-se ainda o autor Pietro Alarcón, que apresenta em sua tese, em virtude da escassez de normatização, sugestão de emenda constitucional

³⁹⁸ VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Polêmicas colocadas pela biotecnologia ao debate do direito moderno – uma breve reflexão ética e jurídica**. Disponível em: http://www.anppas.org.br/gt/sustentabilidade_risco. Acesso em 3.5.04

³⁹⁹ ALARCÓN, Pietro. **Patrimônio genético humano**, p.310 Em outra passagem o autor afirma que “o compromisso da Ciência Jurídica com a proteção da vida humana impõe tomar partido na discussão sobre os métodos que podem conduzir à eliminação ou, pelo menos, atenuação, das doenças genéticas. E, nesse sentido, o uso das células-tronco ou células somáticas para resolver esse tipo de doenças está plenamente legitimado e encontra suporte nos estatutos constitucionais contemporâneos.(p.321)

⁴⁰⁰ DIAFERIA, Adriana. **Novas dimensões dos direitos - direito à proteção do patrimônio humano - análise da clonagem humana e seus aspectos jurídicos, bioéticos e científicos**.

visando ao esclarecimento da situação. Sua proposta é interessante pois possibilita as terapias genéticas e o acesso às mesmas sem qualquer tipo de discriminação, bem como proíbe o patenteamento de genes de forma expressa.⁴⁰¹

Analisando os aspectos práticos das denominadas terapias gênicas, tem-se o entendimento de Férrez⁴⁰², para quem o conhecimento e a intervenção na biblioteca genética do homem permitirá reduzir o risco de contrair doenças [...] e até mesmo preveni-las antes que apareçam. A terapia genética, portanto, objetiva curar doenças causadas total ou parcialmente pela herança genética e, inclusive, impedir que surjam no desenvolvimento evolutivo humano⁴⁰³.

⁴⁰¹ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº

Consagra a proteção do patrimônio genético humano, proíbe a clonagem humana e o patenteamento de genes humanos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgam, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal a seguinte emenda ao texto constitucional: Art. 1º. O Art 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte inciso I-A: Art. 5º. (...)

I – A – Todos os seres humanos, em conformidade com o conjunto de princípios dispostos nesta Constituição e, especialmente, com o princípio da dignidade da pessoa humana, têm o direito de preservação de seu patrimônio genético e de sua identidade genética. O Estado é o responsável pelas atividades de manipulação sobre material genético dos seres humanos realizadas no território. Fica proibida a prática de manipulações genéticas com finalidades de clonagem em seres humanos.”

Art. 2º. O art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do inciso XXX-A, com a seguinte redação?

Art.5º (...)

XXX-A – Não haverá patenteamento do material genético humano em geral, de seres vivos.

Art. 3º Inclua-se um parágrafo ao Art. 196 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 196. (...)

Parágrafo único. O Estado promoverá a adequada informação, a todos, dos avanços tecnológicos, em particular os que interessam a sua saúde e contribuem para a integração dos doentes à comunidade. No caso das terapias genéticas, o Estado assegura o acesso a todos em condições de igualdade e dignidade.

Art. 4º. A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 197 – A:

Art. 197-A. Serão asseguradas aos portadores de deficiência física e de doenças genéticas condições especiais, na medida de sua capacidade, para promover sua integração na sociedade.

Art. 5º. Esta emenda entra em vigor na data de sua publicação.

⁴⁰²FÉREZ, José. **Terapia gênica e a doença de Alzheimer: aspectos bioéticos**. Data: 25/3/2003. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/artigos/mais_artigos.asp?portal=. Acesso em 6.9.04.

⁴⁰³Para o autor, “As doenças de nítida predisposição genética naturalmente são e têm sempre sido séria preocupação para a humanidade. Calcula-se, hoje, que existam aproximadamente 3.000 doenças de origem genética e que 2% dos recém-nascidos sejam atingidos por uma delas. O patrimônio genético do ser humano pode apresentar alterações ou anomalias enzimáticas que desencadeiem ou predisponham patologicamente a vida de um indivíduo - podendo provocar disfunções bioquímicas que causem deformações orgânicas durante o desenvolvimento vital, ou até mesmo a morte. A terapia gênica, definida como a intervenção

É evidente que a regulamentação das pesquisas envolvendo material genético, bem como de seus resultados, é escassa e insuficiente. O ordenamento é lacunoso⁴⁰⁴; eis a razão da necessária mudança no tratamento dessas questões. A imprecisão no tratamento jurídico das questões ligadas a tecnociência é inegável.

terapêutica no genótipo, poderia ser feita em células somáticas ou em células germinais (gametas). No primeiro caso se trataria de células que cumprem uma missão básica no organismo, mas a intervenção sobre as mesmas não resultaria em uma alteração transmissível do patrimônio genético. No caso da terapia gênica em células germinais surge o problema da herança, ou seja, a modificação do patrimônio genético se transmitiria aos descendentes - este último ponto implica numa enorme amplitude e complexidade e ocasiona o nosso questionamento básico sobre a doença: a terapia gênica germinal no caso da DA é lícita? A priori, a resposta parece poder ser totalmente afirmativa, mas aqui, como em muitos outros temas bioéticos, é preciso deixar aberta a porta do "sim, mas...". É necessário recorrer a uma série de pautas prévias para justificar a licitude clínica e ética deste tipo de intervenção. Assim, dentre os requisitos clínicos possíveis gostaríamos de fazer especial menção aos seguintes: Que o defeito genético acarrete um elevado risco patológico, como parece ser o caso da DA; Que não existam outros métodos alternativos de tratamento que possam evitar o uso da terapia gênica - atualmente, não se conhece nenhum, nem mesmo a própria terapia gênica; Que o benefício desejado justifique o risco, isto é, que o fim procurado (curar ou paliar os sintomas da doença) seja igual ou maior que os danos que possam surgir a curto ou longo prazo. Além destes critérios, consideramos que caso seja possível usar a terapia gênica na DA precisamos tratar de uma série de problemas éticos que não devem ser relegados ao esquecimento. Entre outros: a confidencialidade dos dados, a decisão de ficar ou não a par desses dados, o consentimento informado sobre algumas decisões a partir dos referidos dados, o assessoramento psicológico sobre os resultados dos ditos testes genéticos, etc. Contudo, também pode-se discutir o fato de que se é possível justificar a terapia gênica curativa o que impede de se justificar a intervenção preventiva ou profilática? Ou ainda: seria possível manipular os componentes genéticos para melhorar certas condições biológicas? Ante estas questões cabe apenas parar, pensar e deliberar a partir de critérios éticos prudentes e estabelecer uma possível 'ética da responsabilidade', tanto na investigação quanto no tratamento genético desta doença. Devido a todos esses fatores e considerando toda a problemática ética, devemos dizer com relação às possibilidades presentes e futuras da terapia gênica na DA que torna-se cada vez mais necessário introduzir o chamado 'princípio da cautela e da responsabilidade'. Assim, propomos o seguinte como critério ou regra ética fundamental nos casos em que exista incerteza técnica ou ética: in *dúbio pro malo*, ou seja, em caso de dúvida considerar o pior prognóstico e não o melhor, ou ainda: in *dúbio abstine*, em caso de dúvida melhor abster-se, especialmente quando as consequências negativas forem imprevisíveis ou quando possamos estar tomando um caminho de retorno difícil ou impossível.

⁴⁰⁴ Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente *lacuna* (num dos sentidos do termo *lacuna*), completude significa falta de lacunas. Podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Assim, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. Podemos definir coerência como aquela propriedade pela qual nunca se dá o caso em que se possa demonstrar a pertinência a um sistema e de uma certa norma e da norma contraditória. O nexo entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertença ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem (baseado na obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, de Bobbio).

Notícias propagando novas técnicas de manipulação de células tronco tem sido veiculadas a todo o instante na mídia nacional e estrangeira. A sociedade muitas vezes não tem a dimensão das possíveis conseqüências de tais condutas. Alguns chegam a dizer que o debate é elitizado, já que só teriam acesso a procedimentos de seleção de características de um futuro bebê, por exemplo, as pessoas de maior poder aquisitivo.

Mas devemos frisar que as pesquisas são tão vastas e com tão diferentes objetivos que merecem atenção especial por parte da sociedade e de seus governantes. Há muitas conjecturas, muitos experimentos em fase inicial. Reconhecemos que há muitos exageros quando se fala em manipulação de genes e que os resultados de grande parte das pesquisas seriam passíveis de concretização apenas a médio e longo prazos. Mas isso não justifica que a sociedade permaneça inerte. Se há pesquisas que interessam a toda população, há outras que não justificam os meios utilizados. Eis o papel do Direito: tentar estabelecer diretrizes que não tenham apenas caráter de orientação, mas que possam servir para permitir práticas de manipulação e também coibir abusos. Sabemos que o Direito está a serviço da vida e que não é estanque, não tendo o condão de delimitar todas as possíveis e imagináveis situações reais. Mas a finalidade de uma norma não é esgotar todas as possibilidades, porquanto há uma dinamicidade na sociedade. É justamente por isso que se impõe um novo regramento, ou seja, para que não se “dêem tiros no escuro”, para que os pesquisadores, sejam de instituições privadas ou públicas, dimensionem suas condutas, tendo ciência de que poderão ser responsabilizados quando extrapolarem os limites jurídicos impostos.

Assim, o último capítulo apresenta os instrumentos éticos e jurídicos em construção. Mas, para que apresentar os instrumentos éticos? Justamente para demonstrar a insuficiência de se moldar uma sociedade puramente baseada em regras éticas.

Quanto às normas jurídicas, veremos que há uma necessidade de releitura daquelas existentes de modo a contribuirmos, com nossa proposta, a viabilizar pesquisas coerentes com aquilo que a sociedade busca, de um lado, e de outro coibir condutas atentatórias à dignidade do ser humano.

CAPÍTULO 2 INSTRUMENTOS ÉTICOS E JURÍDICOS EM CONSTRUÇÃO: UMA PROPOSTA DE CONTROLE DA MANIPULAÇÃO REALIZADA COM EMBRIÕES

2.1 A QUESTÃO ÉTICA DA MANIPULAÇÃO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO E A INSUFICIÊNCIA DAS NORMAS

2.1.1 O papel da Bioética

Os avanços biotecnológicos ocorridos nas décadas de 1950 e 1960⁴⁰⁵ evidenciaram a vulnerabilidade das normas jurídicas na tutela de direitos maiores em face das pesquisas biomédicas e fizeram com que cientistas propusessem uma moratória nas pesquisas envolvendo engenharia genética, até que fossem definidas normas de comportamento capazes de conduzir as pesquisas da época, estabelecendo-se, a partir daí, um consenso moral mínimo. É nesse cenário que começa a se desenvolver a Bioética que acaba nascendo mais como uma resposta às exigências morais da própria comunidade científica do que para atender a reivindicações da sociedade em geral.

O termo Bioética historicamente nasce da ética médica⁴⁰⁶, mas foi pela primeira vez utilizado nas obras intituladas *The science of survival* (1970) e *Bioethics: a bridge to the future* (1971), publicadas pelo oncologista americano Van Ressenlaer Potter, que assim definiu o neologismo: “a ciência da sobrevivência e do melhoramento da vida, a ética do ambiente e da responsabilidade pelo futuro da humanidade”, ou seja, a Bioética em seus

⁴⁰⁵ Vicente de Paulo BARRETO, ob. cit., p.47, ilustra esses avanços “A década de 1960, foi peculiar, no transcorrer do século XX, pois no seu decurso foram feitas descobertas fundamentais para a biologia e para a medicina: a diálise renal, o transplante de órgãos, o aborto médico, a pílula contraceptiva, o diagnóstico pré-natal, o uso disseminado em hospitais e instituições de saúde e de assistência social, e, finalmente, os primeiros indícios das radicais possibilidades contidas na revolução da engenharia genética”.

⁴⁰⁶ Etapas históricas: ética médica hipocrática; moral médica de inspiração teológica; filosofia moderna e reflexão sobre os direitos do homem depois da II Guerra Mundial.

primórdios focava-se como uma questão ou um compromisso universal que visava o equilíbrio e a preservação da vida humana no planeta. Desde então, a expressão ganhou importante destaque mundial e seu conceito vem sendo constantemente aperfeiçoado pelas novas reflexões ético-filosóficas.

A Bioética não é apenas uma nova versão da ética médica tradicional, pois não trata apenas de problemas deontológicos decorrentes das relações entre médicos e pacientes, mas de situações persistentes (racismo, aborto, eutanásia...) e de situações emergentes (terapia gênica, clonagem, direitos humanos e da cidadania...) decorrentes do progresso biotecnológico, devendo ser compreendida como ética que diz respeito às intervenções sobre a vida e sobre a saúde humana de gerações presentes e futuras. Assim, a Bioética não é apenas uma moral do bem ou do mal ou um saber acadêmico a ser aplicado a uma realidade biotecnológica concreta, mas uma ação multi e interdisciplinar. O seu problema maior não é o do limite ético, mas das razões que justificam um juízo moral específico.

Em seu conceito mais alargado a Bioética designa os problemas éticos gerados pelos avanços das ciências tecnológicas, biológicas e médicas. Como em outros ramos do conhecimento, existem na Bioética duas grandes tendências antagônicas, que incorrem no risco de incentivar na esfera cultural o dogmatismo e na científica a total passividade, são elas:

a) **radical (racional e justificativa):** *“tudo o que é real não só é racional como também moral – tudo que pode ser feito, deve ser feito”.*

b) **conservadora:** medo de que o futuro da humanidade seja invadido por tecnologias ameaçadoras. São doutrinas anticientíficas que usam a Bioética como instrumentos de negação do valor da ciência.

São correntes doutrinárias que não merecem qualquer aprovação, pois, por serem opostos extremistas que impedem o desenvolvimento do conhecimento científico ou permitem aos cientistas atuação sem responsabilidade. Da análise crítica dessas grandes correntes resulta o entendimento de que limites positivos são os instrumentos mais eficazes de proteção da vida humana envolvida em pesquisas biotecnológicas, pois não

impedem as pesquisas científicas e o aperfeiçoamento do saber humano, mas impõem às ações biomédicas deveres éticos e responsabilidades jurídicas.

Elio Sgreccia⁴⁰⁷ resume de forma bastante didática a definição do termo Bioética em três grandes e distintos momentos, que devem ser estudados de maneira a se complementarem:

- A **bioética geral** (sem grifo no original), que se preocupa das fundações éticas, é o discurso sobre os valores e sobre os princípios originários da ética médica e sobre as fontes documentais da bioética (direito internacional, deontologia, legislação). Na prática, uma verdadeira e autêntica filosofia moral em sua parte fundamental e institucional.
- A **bioética especial** (sem grifo no original), que analisa os grandes problemas, enfrentados sempre sob o perfil geral, tanto no terreno médico quanto no terreno biológico: engenharia genética, aborto, eutanásia, experimentação clínica etc. São as grandes temáticas que constituem as colunas mestras da bioética sistemática e, obviamente, devem ser resolvidas à luz dos modelos e dos fundamentos que o sistema ético assume como fundamentais e de justificação do juízo ético. Esta, portanto, não pode deixar de se ligar às conclusões da bioética geral.
- A **bioética clínica ou de decisão** (sem grifo no original) examina na situação concreta da práxis médica e do caso clínico quais são os valores em jogo e por quais caminhos corretos se pode encontrar uma linha de conduta sem modificar esses valores: a escolha ou não de um princípio ou de uma criteriologia de avaliação condicionará a avaliação do caso, e não se pode, segundo penso, separar a bioética clínica da geral, ainda que se reconheça que os casos concretos apresentem sempre ou quase sempre uma pluralidade de aspectos a avaliara.

Entendemos que as três vertentes conceituais interessam ao nosso tema, já que são complementares. De fato, a Bioética, desde seu início,

⁴⁰⁷ SGRECCIA, Elio, ob.cit, p.46

apresenta vocação reguladora e não dogmática do comportamento humano, devendo ser entendida como um movimento da ética aplicada que promove a reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos propostos pelo desenvolvimento do progresso biotecnológico, visando a sistematização do tratamento dessas questões em princípios comuns, universais e não-absolutos, determinando a informação e a compreensão da ciência de maneira acessível a todos e imune a sensacionalismos.

Deste modo, seria necessário o desenvolvimento de uma nova ética da vida, multi e interdisciplinar, de requisitos mínimos, capaz de abarcar os três níveis de reflexão acima expostos e, principalmente, com capacidade de acompanhar o ritmo das inovações biotecnológicas introduzidas quase que diariamente na sociedade, pois o mero controle jurídico não é suficiente para garantir a qualidade ética nesse campo da atuação humana.

Assim como os demais ramos do conhecimento científico, a ética teve pretensões de formular leis válidas universalmente, através da proposição de uma ética universal, aplicável em todo o mundo. Nesse contexto, devem ser analisados os princípios bioéticos.

O entendimento da função dos princípios prende-se a um dos grandes enigmas da ética filosófica: as decisões éticas são resultantes da obediência a um dever ético, encontrado na consciência humana e que nos dispõe a agir da forma mais justa e virtuosa possível? Ou são esses princípios formulados racionalmente pela pessoa humana com vistas a estabelecer um formulário que facilite as nossas decisões?⁴⁰⁸

Os princípios fundamentais da Bioética são o respeito à vida, a solidariedade, a responsabilidade e o respeito à autodeterminação da pessoa⁴⁰⁹ e sobre esses princípios elementares fundamentam-se todos os demais princípios relativos à intervenção do homem sobre a vida humana na área biomédica.

⁴⁰⁸ BARRETO, Vicente. **As relações da Bioética com o Biodireito**, p. 4

⁴⁰⁹ A autodeterminação da pessoa é atributo essencial da pessoa – autonomia baseada na liberdade.

Com base nesses princípios fundamentais, pesquisadores americanos⁴¹⁰, representantes da corrente utilitarista, criaram um sistema de princípios bioéticos que não é abstrato e nem pretende se impor sobre a realidade biomédica e biotecnológica. Trata-se de um conjunto de regras práticas que permitem o questionamento, a crítica e a modificação de situações fáticas e a determinação de valores morais e jurídicos capazes de conduzir a ação de pesquisadores, médicos, pacientes e pesquisados. Foram construídos tendo em vista a necessidade de preenchimento de um vazio jurídico e dogmático que passou a existir na prática médica e de pesquisa científica com o desenvolvimento da Biotecnologia, portanto, são uma tentativa de solução ética normativa (paralegal) para as questões propostas pelo rápido progresso científico.

Os princípios bioéticos⁴¹¹, espécie de paradigmas éticos para a área de saúde, foram elaborados por uma comissão americana⁴¹² designada única e exclusivamente para tal fim. Os trabalhos dessa comissão tiveram início em 1974 e culminaram com o *Belmont Report* em 1978, no qual definiram-se, de forma bastante ampla (prática-conceitual), três princípios: da autonomia; da beneficência e da justiça, a esses foi acrescentado, em 1979, por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, o da não-maleficência

Em se tratando de embriões humanos, os princípios bioéticos são fundamentais para que entendamos a necessidade de sua tutela. Por isso, apresenta-se agora algumas informações sobre cada um dos princípios.

- Autonomia:

O respeito à autonomia do ser humano é o que determina este princípio, que tem como objetivo principal determinar os limites na realização de experimentos envolvendo seres humanos. A Declaração Universal do Genoma Humano da UNESCO, de 1997, aponta para a necessidade do

⁴¹⁰ Citamos aqui o pesquisador Gregory Pence, que em palestra realizada em 2007 na Universidade Federal de Minas Gerais, afirmou que com a grande quantidade de dinheiro que circula nesta área (referindo-se ao desenvolvimento biotecnológico), acredito que alguma regulamentação e revisão da ciência são necessárias.

⁴¹¹ Os princípios bioéticos mostram seu verdadeiro alcance na análise de casos concretos.

⁴¹² National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research.

estabelecimento de limites na utilização do corpo humano. Dentro desse tema, cumpre salientar a idéia de Kant acerca da autonomia. Para ele, a autonomia é aspecto essencial para a configuração do ser racional. O agir, dentro de tal autonomia, deveria sempre estar de acordo com o “imperativo categórico”⁴¹³ da consciência moral:

Aja sempre de maneira que a humanidade seja tomada, tanto em sua pessoa como na de qualquer outro, sempre como um fim e nunca como um meio. Aja de tal forma que sua máxima de ação seja universalmente válida para todos. Seja uma lei universal independente da cultura.⁴¹⁴

O respeito à pessoa humana autonomamente considerada pressupõe a aceitação do pluralismo social, não podendo ser observado apenas como um dever legal que protegeria os profissionais e serviços de saúde em matéria de responsabilidade jurídica. Ao se respeitar a autonomia, está-se reconhecendo que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando diverjam daqueles dominantes na sociedade.

- **Beneficência**

O princípio da beneficência, por sua vez, tem o sentido de evitar danos e maximizar os benefícios. Tem o sentido de “fazer o bem”, no seu aspecto filosófico. É a manifestação da benevolência, no sentido de favorecer a qualidade de vida. Este princípio, segundo Léo Pessini, encontrou respaldo ao longo dos séculos em diversas tradições: na ética cristã, na filosofia utilitarista britânica, nos rigorismos kantianos do imperativo categórico, no conceito marxista de solidariedade e até no anarquismo de ajuda mútua de Kropotkin.⁴¹⁵

É princípio tradicional da prática médica (Juramento de Hipócrates). Explica-se na atitude positiva de assistir o paciente ou pesquisado, incluindo-se o dever de impedir ou remover possíveis danos e de promover benefícios

⁴¹³ Tal imperativo seria a lei moral, que tem validade e deve ser seguido por todos. Por isso, sua ética é denominada ética da atitude (no sentido de cumprir um dever, de tomar a atitude correta em dada situação).

⁴¹⁴ MIRANDA, Juranda, ob.cit., p. 109

⁴¹⁵ PESSINI, Léo. **Fundamentos da Bioética**, p. 40

presentes ou futuros. Trata-se, numa visão naturalista, de promover benefícios, ponderando-os frente aos riscos da ação ou omissão médica ou científica, ou seja, maximizar benefícios e minimizar os danos. É considerado o fim primário da Medicina, cuja necessidade é de efetivamente se fazer o bem e não apenas desejá-lo.

É importante ressaltar, aqui, que alguns doutrinadores⁴¹⁶ criaram um novo princípio, derivado do presente, que passou a ser denominado de não maleficência. Traduz-se no mandamento de não fazer o mal a outro e se diferencia do princípio da beneficência, pois esse envolve ações positivas, enquanto aquele envolve ações ou omissões negativas. Trata-se de obrigação de não impor dano intencional quer sejam eles presentes ou futuros. Assim, para se assumir riscos biomédicos é necessário que sejam seus objetivos legalmente e moralmente justificáveis, tendo sempre como fim primário a preservação da vida ou melhoramento de sua qualidade

- Justiça:

É princípio elaborado com base na complexa teoria sobre justiça social desenvolvida pelo filósofo John Rawls, na obra *Uma Teoria da Justiça*. A equidade não se confunde com a igualdade, ou seja, essa é consequência desejada por aquela. É por meio da equidade que se alcança a igualdade – aquela é um dos caminhos práticos éticos para a realização dos direitos humanos. É princípio que não se traduz em tratar a todos de maneira igual, pois são diferentes as situações biomédicas, trata-se de guardar proporcionalidade nas ações e intervenções. O princípio da justiça traz consigo a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, pretendendo-se que toda a atenção e cuidado e todo sistema de saúde sejam justos, além de funcionais e eficientes.⁴¹⁷ Isto significa que os benefícios dos serviços de saúde sejam equitativamente distribuídos, de modo a alcançarem toda a sociedade. O princípio da justiça, portanto, tem adequação ao princípio da isonomia, no

⁴¹⁶ Os doutrinadores que criaram esta corrente são: BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 55.

⁴¹⁷ Conforme Leo Pessini, ob.cit., p.42

sentido de prever um tratamento igualitário, bem como a possibilidade de acesso aos benefícios decorrentes de tratamento de saúde.

Todavia, o panorama que se tem não é suficientemente claro para que se encontrem respostas objetivas à proibição de comercialização do material genético e da realização de práticas eugênicas, por exemplo. Os princípios clássicos que regem a bioética muitas vezes verificam-se limitados, tendo em vista o momento em que se devem estabelecer normas de conduta objetivas. A contradição aparece em certos casos, levando-se à necessidade de aplicação de outros mecanismos e, inclusive, novos princípios.

Dentre tais, cite-se os princípios da simetria e da não-arbitrariedade. Todo e qualquer tipo de discriminação deve ser proibida. Para o princípio da simetria, todos os seres humanos, sem importar sua condição, têm os mesmos direitos, devendo ser tratados equitativamente. A discriminação, conseqüentemente, seria um ato arbitrário.

2.1.2 A insuficiência das normas meramente deontológicas

O século 20 encontra-se marcado por descobertas incomensuráveis e inovações tecnológicas que restaram por afetar as relações interpessoais, as estruturas sociais e o desenvolvimento econômico em geral.

Para Lucien Sève⁴¹⁸, há uma interrogação paradoxal: que pode fazer a bioética? Que pode fazer, especialmente, uma comissão consultiva nacional de ética?

Comprometida em sugerir um tratamento dos efeitos, e não em procurar as causas, e menos ainda em modificá-las, não será ela por definição, como pretenderam seus críticos mais severos, incapaz de produzir uma reflexão que vá a raiz dos problemas, fechada numa gestão especializada dos processos em curso, dependendo, na sua própria visão, dos poderes de quem emana?

Não é apenas a eticidade que deve ser administrada, porquanto suas conseqüências não tem o condão de alterar o quadro nacional.. Para José

⁴¹⁸ SEVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**, p. 203

Roque Junges, a bioética, para ser eficaz e incidir nos procedimentos que implicam a vida humana, necessita de um biodireito⁴¹⁹. O mencionado autor, apoiado nos ensinamentos do jurista italiano Francesco D'Agostino, apresenta proposta interessante, consistente na delimitação da tarefa dos juristas frente aos desafios bioéticos:

- Reinterpretar, em chave relacional, a subjetividade jurídica geral e particular daqueles sujeitos caracterizados por uma debilidade relacional;
- Reconhecer que a normatividade intrínseca dos sujeitos jurídicos, enquanto sujeitos sociais, não encontra seu fundamento na vontade do legislador, mas na própria identidade substancial do “social”, como um conjunto de dinâmicas relacionais;
- Individuar o significado intrínseco das relações sociais interpessoais como critério último da normatividade bioética
- Contribuir para a inserção dos direitos bioéticos no sistema positivo dos direitos humanos, entendido como direito que está acima dos Estados
- Reafirmar o caráter estritamente relacional da epistemologia jurídica. O direito é uma ciência prática que tem como objeto as ações sociais que são sempre intersubjetivas e cuja epistemologia é, por isso, essencialmente relacional.

O direito voltado às questões genéticas (pesquisas e terapias) enfrenta hoje uma situação complexa em virtude de que os poderosos grupos econômicos, os governos e as próprias pessoas passam a ter em suas mãos ferramentas que devem ser utilizadas com cautela, quais sejam as informações genéticas e as biotecnologias contemporâneas. O papel do Direito, nesse contexto é o de regular adequadamente todas essas questões, para que haja isonomia na obtenção das informações e para que se evite a eugenia, o abuso na utilização do corpo humano, a discriminação genética, dentre outros.

Verificamos que os instrumentos éticos, embora importantíssimos, não são suficientes para o tratamento das questões, pois são freqüentemente

⁴¹⁹ JUNGES, José Roque. Ob. cit., p; 124

violados, sem conseqüências concretas para os responsáveis. Por isso, a próxima seção trata da necessidade de uma nova análise concernente aos instrumentos jurídicos atualmente vigentes, bem como a estruturação da tutela estatal no Brasil.

2 A QUESTÃO JURÍDICA DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA E A NECESSIDADE DE RELEITURA DAS NORMAS EXISTENTES

2.2.1 O papel do Biodireito

As técnicas e experimentações no campo genético são regidas por diretrizes que se vem mostrando insuficientes à delimitação de seu alcance. Não se pode negar a importância de tais procedimentos para a obtenção de benefícios aos seres humanos, como, por exemplo, para obter a cura de doenças, evitar deformidades e permitir um desenvolvimento mais sadio do ser.

Tais técnicas revelam-se imprescindíveis, mas, em muitos casos, perigosas. O homem busca o domínio sobre si mesmo, suas origens e destino e, muitas vezes para tanto, resta por ferir princípios e regras básicas. Os propósitos de pesquisadores, médicos, biólogos são válidos e de uma importância inegável para o avanço da Ciência⁴²⁰. Todavia, é imprescindível a intervenção do Direito, que deve se dar de forma mais profícua, visando a um efetivo estabelecimento de limites. A tese tem procurado mostrar que o debate não pode ser radicalizado, mas o Direito não pode se ausentar, já que as conseqüências advindos de experimentos genéticos podem impactar negativamente o desenvolvimento da sociedade.

As novas descobertas, obtidas por meio da manipulação de dados, têm reflexos inegáveis na sociedade. O papel do cientista, nesse contexto, não se deve limitar ao formalismo na busca do conhecimento biotecnológico. Deve-se

⁴²⁰ BUCHALLA, Anna Paula; PASTORE, Karina. **Células da Esperança**. Revista Veja. 24 de março de 2004. p.85-91: No Brasil, há 25 pesquisas em fase de testes com seres humanos, conforme levantamento da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (...) O Brasil é pioneiro no uso de células-tronco para o tratamento do diabetes tipo 1.

ter em mente que se está “construindo uma nova realidade” com os avanços da conjugação das ciências da vida com a tecnologia.

Como já demonstramos, as técnicas de engenharia genética vêm tendo cada vez mais alcance⁴²¹, incluindo-se aí a manipulação genética humana, alvo do presente trabalho. Não se sabem as certo as conseqüências que advirão daqui a um tempo, em virtude de todos esses avanços⁴²². Veja-se o entendimento dos cientistas Ana Lucia Assad e Paulo Sant’ana⁴²³:

É evidente que as nações modernas não podem viver dentro de um horizonte liberal de circulação de informações sobre o patrimônio natural e genético, à medida que esse patrimônio é utilizado para fins comerciais e financeiros importantíssimos no mundo globalizado. É necessário que haja mecanismos de defesa sensíveis às condições da pesquisa autóctone que, não raro, inclui interação internacional, implicando na circulação de material biológico e genético.

⁴²¹ “há que se estabelecer um pacto com a sociedade, no qual a ciência deve avançar com efetivo diálogo social. Num País democrático, a sociedade tem o direito de decidir livremente sobre os novos produtos e serviços gerados pelas novas tecnologias, nos quais as incertezas são maiores que os riscos conhecidos, apesar de consideramos o potencial de benefício que o uso controlado da tecnologia poderá proporcionar. A comunidade científica tem papel relevante neste processo, pela sua capacidade de entender, debater e propor encaminhamentos sobre estes assuntos. Nesse sentido, é importante que as diversas correntes científicas sejam explicitadas, juntamente com as questões sócio-econômicas e culturais, para que o debate alcance os mais diversos setores da sociedade... NODARI, Rubens; GUERRA, Miguel Pedro et al. Política nacional de biossegurança. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2880>>. Acesso em: 28 jun. 2004.

⁴²² O desenvolvimento da biotecnologia caminha para um mundo que não se sabe qual é. Também não se sabe se ele será o desejado por todos; assim como não se sabe que mundo é esse. Também se confabula a respeito do que não se deseja nele, com certeza. Com tanta pesquisa sendo desenvolvida no campo da genética, a perfeição e a ausência de defeitos ou problemas serão desejadas por todos, com qualidade de vida, longevidade e outras benesses.” OLIVEIRA, Simone Bom de. **Da bioética ao biodireito: Manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002, p.103.

⁴²³ ASSAD, Ana Lúcia; SANT’ANA, Paulo. **A pesquisa científica e a lei de acesso aos recursos biológicos**. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/genetico/gen12.shtml>. Acesso em 12.05.04. Até que tal matéria consubstancie uma legislação consistente e aplicável, as atividades de bioprospecção estarão em um limbo, sempre à sombra da ilegalidade, sob a ameaça de serem consideradas como biopirataria, pondo em evidência e reforçando as assimetrias existentes entre os diferentes atores que poderiam ser minimizadas na existência de uma legislação condigna. Serão necessárias medidas políticas que possam oportunizar consorciamentos entre os atores das esferas acadêmica e produtiva, bem como força política na Câmara dos Deputados, para que as imprecisões que tornam a atual Medida Provisória de difícil aplicação sejam sanadas por intermédio um substitutivo ao atual instrumento legal. Por outro lado, o apoio à pesquisa científica realizada nas instituições de ensino e pesquisa e nas empresas deve continuar e ser fortalecido, bem como a implementação de instrumentos destinados à construção da cooperação e de parcerias entre os diferentes atores. Da mesma forma, capacitar recursos humanos e expandir a infraestrutura das instituições de ensino e pesquisa deve ser uma atividade contínua, assim como fortalecer aquelas instituições que atuam na conservação da biodiversidade, principalmente na conservação existiu.

Este entendimento foi reforçado pelas cientistas Lygia Pereira, Mayana Zatz e Lilian Eça, consoante exposição no item anterior e nos leva a conclusão de que a cautela deve imperar, no contexto da utilização de embriões humanos. Luiz Araujo e Anarita Silveira corroboram o entendimento:

De modo algum, o princípio da precaução deve ser encarado como um obstáculo às atividades de pesquisa, apenas, é uma proposta atual e necessária, apta a resguardar os legítimos interesses de cada pessoa em particular e da sociedade como um todo⁴²⁴.

Em torno do conceito de manipulação genética, muitas impropriedades são propagadas, como já afirmamos. Para a análise de seus limites, é importante delimitar o seu significado e extrair concepções que desvirtuem a sua finalidade.⁴²⁵

⁴²⁴ ARAUJO, Luiz; SILVEIRA, Anarita. **O princípio da precaução em defesa da dignidade humana face às manipulações genéticas**.p. 588

⁴²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros173.html>. Acesso em 4.4.04: "A genética que apareceu como a ciência da hereditariedade e da variação, tem passado por profundas transformações com a Engenharia Genética, através das características genéticas da vida e suas alterações: "Pelos meados do século, os genes foram dissecados até ao ponto de se poder identificar neles a molécula química responsável pelas diversas características. Essa molécula é o DNA (ácido desoxirribonucleico) o qual produz, por um mecanismo químico altamente específico, cada uma das proteínas que, aos milhares, dominam a estrutura e funcionamento dos organismos. Passou, então, a chamar-se gene a cada segmento de DNA, responsável pela síntese de uma proteína ou cadeia polipeptídica. Cada célula humana, por exemplo, contém algo como 50 a 100 mil genes, distribuídos ao longo de 23 pares de cromossomos. Qualquer alteração na composição química de um dado gene acarreta, normalmente, uma alteração correspondente na proteína respectiva, que pode estar na origem de uma determinada doença genética. A compreensão do gene foi levada a tal pormenor químico, que veio a permitir, em combinação com outras descobertas, iniciar a engenharia genética, pela qual se pode introduzir e pôr a funcionar, num ser vivo, um gene que ele não tinha e que foi retirado de um outro ser vivo (Archer, 1992). Por meio das técnicas de engenharia genética é possível construir microrganismos que passam a sintetizar, mais economicamente e em quantidades ilimitadas, uma variedade de produtos de interesse comercial. Pode-se, também, alterar geneticamente as plantas e os animais que povoam o ambiente. Finalmente, pode até modificar-se o patrimônio genético da humanidade, através da terapia gênica e da engenharia genética de melhoramento. Na natureza, seres vivos pertencentes às espécies diferentes, não se cruzam normalmente entre si. Por isso, só por processos excepcionais podem realizar permutas do seu material genético. O mundo biológico está assim construído sobre fortes barreiras de separatismo interespecífico, o que contribui para a estabilidade e individualidade das várias espécies. A recente conquista da engenharia genética permite, em casos pontuais com interesse, ultrapassar as barreiras desse separatismo e transferir, para um ser vivo, genes de um outro que pode ser muito afastado dele."

Quanto ao estabelecimento de limites na manipulação, merece ser transcrita a opinião de Sérgio Ferraz⁴²⁶, refutando a posição de Francesco D'Agostino⁴²⁷:

Ora, o homem não é um simples produto da natureza. Ele não só é o único ser que pode atuar conscientemente modificando-a, como também é o único que nela se encontra entregue à sua própria responsabilidade[...]Como decorrência dum “estatuto da dignidade”, a manipulação genética não está submetida ao só interesse da ciência. Aqui, só são válidos os critérios éticos, de aceitação generalizada, em benefício de todos os homens[...]

Concordamos com a necessidade de observância dos critérios éticos, baseados nos princípios expostos no item anterior, como forma de balizarmos a proteção ao ser humano e permitirmos uma limitação jurídica adequada que não se constitua como retrocesso, mas que sirva como impedimento de condutas abusivas.

Devemos, portanto, conciliar o aprofundamento da pesquisa científica com a devida ressalva (respeito) aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. Sérgio Ferraz, neste contexto, elenca o que denomina de “vedações imperativas” no contexto da manipulação genética: a) não se admite a mera investigação científica em embriões vivos; neles somente são válidas manipulações em seu benefício[...]; b) embriões só podem ser criados para a superação da esterilidade num casal; c) os gametas que sobrem de um processo de fecundação, se não restituídos aos doadores [...] só poderão ser destinados a fecundações heterólogas se houver explícita autorização de quem os produziu; d) os embriões que sejam gerados pelos gametas dos doadores, além de sua solicitação, desde que vivos não podem ser eliminados [...]; e) embriões humanos não se implantam em animais [...]⁴²⁸

Tais pontos tão detidamente delimitados realmente revelam-se adequados, pois não podemos concordar com manipulações genéticas

⁴²⁶ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.31.

⁴²⁷ Para que, segundo Ferraz, a manipulação genética, como linha geral de princípio, e no interesse da ciência, é lícita, pois não passa de uma iniciativa de tornar extrínsecas características constitutivas do ser do homem. É dizer, ela não violenta o ser; apenas coloca em evidência algumas de suas partes e funções componentes.

⁴²⁸ FERRAZ, Sérgio, ob.cit., p. 62.

indiscriminadas, que são realizadas sem que se possa ter uma perspectiva de seus reais reflexos.

2.2.2 A construção de uma proposta jurídica protetiva ao embrião humano

A própria Constituição Federal atribui em seu art. 225, ao poder público o controle da produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem o risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, bem como a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País, e a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Por tal razão, nossa proposta é a criação de um órgão específico de controle e fiscalização das técnicas de manipulação genética humana. Isto porque o panorama jurídico brasileiro estrutura-se da seguinte forma:

- A Constituição Federal aponta para a liberdade de pesquisa, com ressalvas como as constantes no art. 225;
- A lei civil protege a personalidade ao tratar em capítulo autônomo sobre tais direitos. Em se aceitando a tese de que o embrião possui autonomia e status junto ao sistema jurídico, mencionada proteção e ele se estende;
- A Lei de Biossegurança autoriza, de forma polêmica, a utilização de embriões para fins de pesquisa, estabelecendo critérios discutíveis viabilizadores da manipulação

Percebemos a necessidade de releitura das normas existentes, porque, da forma como se encontra, o sistema jurídico não esclarece os reais limites e possibilidades na utilização de embriões humanos . É o que pretendemos demonstrar no próximo item.

2.3 OS “LIMITES DO CONTROLE”: A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ÓRGÃO DE CONTROLE PARA AS MANIPULAÇÕES ENVOLVENDO EMBRIÕES HUMANOS E SUAS PERSPECTIVAS

2.3.1 A base para um novo regramento

O vazio normativo acerca das manipulações genéticas abre espaço para graves atentados contra a vida humana. A necessidade de uma melhor delimitação justifica-se pela ausência de controle e, portanto, pela omissão do Estado ao tratar de questões delicadas como estas ligadas a reprodução humana, ao desenvolvimento de pesquisas na área genética, dentre outras. A imposição de limites jurídicos tem como intenção o preenchimento dos vazios atualmente existentes, que estão abrindo espaço para condutas discricionárias e abusivas, como já afirmamos.

Nesta seara, o radicalismo não tem lugar, devendo ser substituído pela idéia de disponibilidade controlada dos direitos de personalidade, como já explicitado em capítulo anterior. Ou seja, não se afirma que devem ser vedadas as manipulações envolvendo embriões, mas pugna-se pela necessidade de imposição de limites, ainda que se saiba que o Direito, estando “a reboque dos fatos”, não trará solução definitiva. Podemos dizer que o próprio controle envolve limites, porque jamais será completo e suficiente.

Em sede de decisões envolvendo a liberdade de pesquisa genética, por exemplo, em que pese a previsão constitucional e o interesse do Estado na matéria, a regulamentação brasileira, por ora, está distante de um consenso.

Há a legislação civilista prevendo formas protetivas da personalidade humana e algumas leis especificando procedimentos de pesquisa, como a Lei de Biossegurança, recentemente modificada, que estabelece, a seu modo, limites na realização de pesquisas envolvendo seres humanos.

Diante de tal quadro, percebe-se que o Judiciário encontra-se um tanto quanto perdido na solução de questões envolvendo a manipulação da vida, fato passível de comprovação com a realização de audiência pública no Supremo Tribunal Federal visando a discussão sobre o início da vida (tratamos do julgamento no Capítulo 1, Seção 1). Naquela ocasião, foram chamados vinte e

seis cientistas de diversas áreas (medicina, genética, bioética, antropologia etc.) que se posicionaram diversamente em relação à possibilidade de utilização de células-tronco extraídas de embriões para a realização de pesquisas científicas.

A discussão se originou pela necessidade de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (proposta pela Procuradoria Geral da República) que contesta a utilização de referidas células, com base na Lei 11.105/2005 (Biossegurança), sustentando sua tese no ferimento do direito constitucional à vida e à dignidade humana. Na época, a presidente do STF (Supremo Tribunal Federal) afirmou que julgar matéria tão difícil seria um exercício de humildade.

Recentemente, verificou-se o encerramento da discussão, ao menos aquela que envolvia a possibilidade de realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, porém, os problemas estão longe do fim. Como afirma Plauto Faraco de Azevedo⁴²⁹ :

Em nome da autonomia da ciência do Direito, assim construída e limitada, aferram-se os juristas àquilo que é puramente jurídico. Às teimosas investidas de um mundo em vertiginosa mutação, às crises sociais sucessivas, ao clamor da vida que reclama nova configuração político-jurídica, inspirada pela ética da solidariedade em um universo cada vez mais interdependente, os juristas respondem com o refinamento de suas técnicas analítico-descritivas, encarando o drama humano como o óculo de um aparato conceitual que lhes garante um confortável afastamento do campo de luta.

Tal crítica demonstra a situação do Judiciário, que parece pedir socorro e auxílio à sociedade para fins de alcance de um consenso (se é que isto seria possível) nas questões vinculadas à manipulação da vida humana.

Vários integrantes do Judiciário, à época da realização da audiência pública, evento sem precedentes na história brasileira, afirmaram que a tentativa era a de padronização do conceito de vida sob a ótica jurídica. Ou seja, agir diante de omissão legislativa. Mas, diante das diferentes posições no que tange ao ativismo ou à auto-contenção aqui brevemente delimitadas, impõe-se um posicionamento quanto à postura do Judiciário na solução dos problemas envolvendo o biodireito. Deverá ele ser chamado a solucionar, por exemplo, questões individuais envolvendo a admissibilidade de pesquisas que

⁴²⁹ AZEVEDO, Plauto. **Crítica à dogmática e à hermenêutica jurídica.**, p. 12

utilizem células-tronco embrionárias? Deverá se manifestar em processos autônomos, utilizando-se de suas prerrogativas?

É importante ao menos tentar delimitar a atuação legítima do Supremo Tribunal Federal em questões como as advindas da interpretação do artigo quinto da Lei de Biossegurança. Não se pode esquecer que há duas situações: a) aquelas em que, não havendo manifestação expressa do legislador, o Judiciário deve chegar a uma resposta; b) aquelas em que, apesar de haver disposição legal, são alvos de considerável desacordo moral na sociedade.

Não há como afirmar que a Constituição Federal “responda tudo”, ou seja, cale todos os anseios da sociedade. Todavia, pode-se dizer que a Constituição brasileira foi sábia ao cuidar de direitos que dizem respeito ao exercício da democracia. O Judiciário, por sua vez, não tem o papel de “guia” da sociedade, mas insere-se em um caráter de interpretação. Deve, assim, garantir condições para a deliberação. Mencione-se aqui o voto do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da ação que versava sobre a pretensa inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. O então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) votou pela constitucionalidade, com ressalvas. Segundo Mendes, a legislação brasileira sobre o assunto carece de maior rigor, se comparada com a regulamentação feita por outros países que já se utilizam das pesquisas.

Entretanto, ao condicionar a permissão das pesquisas à aprovação de um comitê central de ética, o presidente do STF ressaltou que declarar a inconstitucionalidade causaria um vício legislativo “mais danoso do que a manutenção da sua vigência”, através de uma “solução reparadora”.

Esta condição imposta, na visão do presente trabalho, poderia ter seu conteúdo delineado de forma satisfatória caso a finalidade deste mencionado comitê não fosse apenas o de analisar aspectos éticos. Embora já tenhamos tratado em outra parte acerca da ADIN 3510, entendemos importante ratificar algumas de suas conclusões visando o reforço de nossa proposta. Seguem alguns trechos do voto do Ministro, por oportuno:

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os

limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

(...)a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal. diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever.

Com efeito, esta nova racionalidade insurgente, pautada pelos avanços da biotecnologia, como mencionado no voto, impõe a obrigação do ajuste do fenômeno jurídico a determinadas situações de fato. O Direito merece, assim, nova leitura, possibilitando a compreensão destes limites e possibilidades no contexto das relações sociais que compõem a sociedade.

A sociedade apenas se beneficiará plenamente da biotecnologia se houver um respaldo ético, social e jurídico para tanto. Nesse sentido, Hans Jonas, em sua obra *Princípio Responsabilidade*, publicada em 1979, já àquela época preocupado com os efeitos remotos, cumulativos e irreversíveis do desenvolvimento tecnológico sobre a humanidade, definiu as novas dimensões da responsabilidade⁴³⁰, retirando-a da esfera puramente individual, particular e determinando como seu verdadeiro destinatário a práxis coletiva, preservando-se, desta maneira, as condições pessoais e ambientais sob as quais se compreendeu e se compreende o essencialmente humano.

A legislação brasileira não prevê normas específicas para regular as atividades desenvolvidas pelas clínicas de fertilização *in vitro*. Daí a origem dos bancos de embriões congelados sem qualquer destinação. Portanto, as regras Bioéticas e as normas fixadas pelo Biodireito só serão realmente úteis e eficientes se, além de colocarem o ser humano como valor fundamental de suas discussões e determinações, exigirem uma atuação responsável e a socialização de todo o saber e de todas as técnicas biotecnológicas para a construção de uma sociedade mais saudável.

A necessidade de criação de novos mecanismos de controle não implica um retrocesso da ciência, mas sim uma necessária tutela do Estado com vistas a evitar o abuso e práticas indiscriminadas que possam vir a

⁴³⁰ Vincula a ética à idéia de limite, moderação, contenção e austeridade.

descaracterizar o ser humana e a interferir na sacralidade da vida. O desafio é ter um sistema de regulamentação que, ao mesmo tempo, regulamente, proteja e não interfira de forma indevida, agredindo direitos (ex.: liberdade individual). Não cabem aqui, portanto, radicalismos. Se há a criação de mecanismos de controle, eles precisam estar na medida da tutela e não da intervenção.

Não cabe, outrossim, ao Estado editar regras segundo as quais todos os homens de ciência deveriam se conformar. Por outro lado, não cabe aos pesquisadores decidirem sozinhos, assim como a sociedade não pode se desobrigar de uma responsabilidade que é de todos. Sob outra vertente, sabe-se que o controle é uma forma de evitar abusos e latentes violações da vida e da dignidade:

O modo como a ciência e a tecnologia são percebidas reflete interesses especiais e valores particulares, e os meios para resolver as disputas dependerão da natureza das percepções. Se estivermos diante de controvérsias que refletem interesses em disputa, o conflito poderá ser reduzido e levado a uma solução pela negociação ou medidas compensatórias. Se, entretanto, são valores morais que estão em jogo, a negociação e o compromisso pouco podem fazer para se chegar a uma resolução da controvérsia⁴³¹.

Conforme Christian de Barchifontaine⁴³², nunca a humanidade teve tanta responsabilidade para com o seu próprio futuro! Necessitamos de uma ética que ultrapasse os interesses individuais e corporativistas e abra as perspectivas do futuro de toda a humanidade.

As leis do Estado são ordenadas para o bem da pessoa e para a realização dos seus fins, e nunca devem contradizer os direitos naturais. Como, então, elaborar um marco regulatório sobre objetos tecnocientíficos, que requer decisão técnica e cientificamente fundamentada, quando há uma controvérsia na qual os atores fundamentam na técnica e na ciência posicionamentos opostos sobre o tema?

⁴³¹ PAESE, Joel. **Controvérsias na tecnociência**, p. 105

⁴³² BARCHIFONTAINE, Christian. **A vida em primeiro lugar**. Prefácio à obra Fundamentos da Bioética, em co-autoria com Léo Pessini.p.07

Partindo-se do pressuposto da identidade embrionária⁴³³, ou seja, de que não podemos pura e simplesmente ignorar o embate entre a pertinência ou não na utilização de embriões para pesquisas, propomos a criação de um órgão que possa regular a conduta dos profissionais que lidam com tais práticas, bem como a necessidade de criação de lei ordinária (frise-se que a tese não se esgota em uma proposta de *lege ferenda*, mas a utiliza como complementação).

Atualmente, o Brasil possui um órgão cujas finalidades encontram-se delineadas na Lei de Biossegurança, qual seja a CTNBio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança). Seu papel é:

- Proceder a análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados
- Emitir decisão técnica, caso a caso, sobre biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrição ao uso
- Definir o nível de biossegurança a ser aplicado ao OGM e seus usos, os respectivos procedimentos e medidas de segurança quanto ao seu uso, bem como quanto aos seus derivados
- Classificar os OGMs segundo a classe de risco
- Identificar as atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação ao meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana

Porém, entendemos que não basta a existência de mencionado órgão, vez que não possui poder sancionador, afastando a possibilidade de

⁴³³ LUCAS, Ramón. **O estatuto antropológico do embrião humano**, p. 241. Endossamos o entendimento do Prof. Elimar Szaniawski, para quem o embrião é dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, de uma identidade genética, própria e exclusiva, constituindo-se em uma *spes personae*. Em: **O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. n. 1. 2004, p. 171.

responsabilização de pessoas envolvidas em práticas inadequadas do ponto de vista do biodireito. Para evitar que se opere o princípio de seleção, o filósofo alemão Jürgen Habermas indica que é preciso manter as condições de possibilidade da igualdade entre os seres da comunidade política. Para tanto, é fundamental garantir a intangibilidade genética do ser que está por vir, único meio, segundo Habermas, na esteira de Kierkegaard, de permitir que o ser possa ser si mesmo⁴³⁴.

No Brasil, a CTNBio⁴³⁵ exerce uma papel consultivo e de assessoramento. Toda entidade que utilizar técnicas e métodos de engenharia genética deverá criar uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), além de indicar para cada projeto específico um(a) Pesquisador(a) Principal.

As CIBios são componentes essenciais para o monitoramento e vigilância dos trabalhos de engenharia genética, manipulação, produção e transporte de OGMs (organismos geneticamente modificados) e para fazer cumprir a regulamentação de Biossegurança. Esta informação é relevante, neste momento, para que possamos apresentar a proposta e demonstrar no que ela se diferencia em relação à normatização existente.

De fato, a maior restrição às manipulações genéticas, como afirma Elimar Szaniawski⁴³⁶, está prevista em uma Instrução Normativa (numero 8, de 9 de julho de 1997), elaborada pela CTNBio, vedando expressamente a manipulação genética de células germinais ou de células totipotentes, bem como quaisquer experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de clonagem.

⁴³⁴ HABERMAS, Jürgen, ob.cit. p. 18

⁴³⁵ Suas atribuições, presente em seu endereço eletrônico, são assim dispostas: CTNBio é uma instância colegiada multidisciplinar, criada através da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, cuja finalidade é **prestar apoio técnico consultivo e assessoramento** ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança relativa a OGM, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e pareceres técnicos referentes à proteção da saúde humana, dos organismos vivos e do meio ambiente, para atividades que envolvam a construção, experimentação, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, armazenamento, liberação e descarte de OGM e derivados. (grifos nossos)

⁴³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **O embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer**. p.96

Todavia, esta Comissão, por meio desta e de outras instruções, não especifica a questão dos embriões humanos. Como seu funcionamento está previsto na Lei de Biossegurança, que trata de diversos temas, como já visto, a fiscalização das pesquisas com embriões humanos não é realizada dirigida exclusivamente a esta finalidade.

Quando se estudam os órgãos de fiscalização do cumprimento da Lei de Biossegurança, a própria Comissão Técnica Nacional de Biossegurança aponta os órgãos estatais responsáveis, quais sejam:

- MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento
- IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
- ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- MPA - Ministério da Pesca e Aquicultura⁴³⁷

A criação de um órgão que se destinasse especificamente à fiscalização, controle e sanção de práticas experimentais envolvendo seres humanos não eliminaria todos os problemas aqui nesta tese explorados, mas certamente minimizaria consequências desastrosas que estão por vir.

Diante do exposto, que funções teria mencionado órgão, em sede de atuação nas pesquisas genéticas envolvendo seres humanos? Pensamos que seriam múltiplas, podendo destacar:

- Delimitação exata das práticas proibidas e permitidas, por parte dos pesquisadores;
- Necessidade de informação e submissão prévia à realização de novos experimentos;
- Cumprimento das diretrizes já estabelecidas pela CNTBio, cumuladas com diretrizes especificamente criadas, por meio de lei, delimitando a atuação dos pesquisadores, tanto em instituições públicas quanto privadas;

⁴³⁷ Esta informação pode ser encontrada no endereço eletrônico da Comissão: <http://www.ctnbio.gov.br/index.php/content/view/12903.html>. Acesso em 10 março 2010

- Fiscalização efetiva das clínicas de reprodução humana no Brasil, realizadas periodicamente, in loco e também por meio de encaminhamento de documentos comprobatórios das pesquisas que vem sendo realizadas;
- Controle quanto à submissão de tais pesquisas ao CONEP (Comitê Nacional de Ética em Pesquisa), pressuposto para a viabilidade da mesma
- Responsabilização em caso de violação dos limites impostos, consiste na aplicação de multas proporcionais à gravidade do dano, fixadas na lei específica para tal fim, bem como na suspensão das atividades das clínicas e laboratórios envolvidos, dentre outras

Uma pergunta que pode surgir desta análise é a seguinte: como delimitar de forma precisa e adequada as práticas proibidas e permitidas, do ponto de vista jurídico? Entendemos que o embrião, dotado de identidade, como já discorremos na Parte 2 da tese poderia ser manipulado com base no disposto na Lei de Biossegurança (critérios presentes no artigo 5º daquele dispositivo legal), porém não de forma indiscriminada.

Repensar o critério da viabilidade já seria um ponto de partida, com base nos votos dos ministros que apresentaram ressalvas à autorização contida na lei de Biossegurança⁴³⁸. Proibir experimentações envolvendo seres humanos e não humanos seria uma outra alternativa. Isto porque temos tido notícias de tal conduta, como se vê abaixo:

o especialista em reprodução humana assistida mais conhecido do país, manipulava em sua clínica culturas de células de animais cultivadas por uma empresa de pesquisas veterinárias. A denúncia é do engenheiro químico Paulo Henrique Ferraz Bastos. O engenheiro disse que rompeu o contrato com o médico porque lhe incomodava ter as suas pesquisas feitas com animais sendo aproveitadas por uma clínica de fertilização de humanos⁴³⁹.

Outro limite importante a ser positivado é a finalidade da pesquisa. Devem existir justificativas plausíveis a fundamentar o procedimento a ser

⁴³⁸ Vide páginas 46 a 48 da tese, que falam das ressalvas apresentadas pelos Ministros quanto à possibilidade de manipulação de embriões humanos

⁴³⁹ LOPES, Paulo. Médico de fertilização humana é acusado de usar células de animais. Disponível em: < <http://www.e-paulopes.blogspot.com/2009/08/medico-de-fertilizacao-humana-e-acusado.html>>. Acesso em 20 set 2009

realizado, do ponto de vista da ciência e do Direito, além da ética, que pauta esta discussão.

A pretensão de determinar cientificamente o momento em que o embrião passaria a ser humano é um falso problema. A ciência nunca terá parâmetros para definir exatamente este momento. Suponhamos que seja possível precisá-lo. Isso significaria que instantes antes poder-se-ia eliminar o embrião sem faltar o respeito ao ser humano, enquanto que momentos depois cometer-se-ia um delito grave. O respeito ao ser humano necessitaria da precisão de um relógio. Contudo, é necessário respeitar o ser humano também em situações confusas e ambíguas⁴⁴⁰.

Cabe-nos, portanto, aceitar o desenvolvimento tecnológico por um lado e enfrentá-lo ao mesmo tempo, deixando de lado respostas imediatas e simplistas de aprovação ou reprovação, mas buscando a articulação de uma permanente discussão sobre os desejos e poderes nas relações de gênero focalizando as estruturas jurídicas, antropológicas e psicológicas da maternidade e paternidade.

Não olvidamos que a Lei de Biossegurança traz alguns tipos penais, mas pensamos que é necessária uma delimitação com uma maior exatidão, como por exemplo: a) a exata definição dos limites de manipulações conjugando material genético e de pessoas e animais; b) a limitação nas técnicas de reprodução artificial, da quantidade de embriões produzidos, visando diminuir a quantidade de embriões excedentes ou supranumerários; c) precisar o conceito de inviabilidade, para fins de permissão de utilização de embriões criopreservados que efetivamente não tenham potencialidade de se tornarem vidas; d) estabelecer punições severas em caso de manipulações genéticas visando a eugenia; e) estruturar uma equipe técnica destinada à fiscalização das clínicas e laboratórios de engenharia genética, bem como de outras instituições, públicas ou privadas (já que atualmente o controle é feito sob uma perspectiva meramente ética).

Desta forma, pensamos que os problemas derivados do uso desmedido de técnicas de manipulação genética não estariam resolvidos, mas

⁴⁴⁰ JUNGES, José Roque. Ob. cit., p.137.

muitos deles minimizados. Reconhecemos que o Direito nunca caminhará mais rápido do que o desenvolvimento biotecnológico e que, conseqüentemente, o controle aqui propagado também é limitado. Mas, o que não pode acontecer é uma omissão jurídica, sob pena de práticas discriminatórias e resultados desastrosos para a coletividade.

A liberdade científica não pode transpor as barreiras do razoável, portanto, deve-se definir um padrão protetor do patrimônio genético, a fim de que os progressos da engenharia genética não colidam com valores basilares, tais como a igualdade, a dignidade e a moralidade. Há uma relação de proporcionalidade entre os avanços genéticos, a moral e o Direito: tais avanços são os distintivos de uma nova fase da humanidade, que é uma condição indispensável para o progresso da sociedade.

A abertura de debates coletivos sobre o tema pode certamente auxiliar o alcance do equilíbrio pretendido, quando se discute a manipulação da vida, porquanto certamente não basta a adequação dos instrumentos jurídicos existentes. A elaboração de um “Código de Genética”, por exemplo, possivelmente poderia minimizar os conflitos existentes, reunindo regras já consolidadas e criando mecanismos suficientes ao estabelecimento de limites jurídicos à manipulação do genoma humano. De todo o modo, o Estado precisa conferir especial atenção àquilo que o ser humano requer na atualidade, como conseqüência dos avanços biotecnológicos. Sugerimos, portanto, um melhor delineamento legislativo no tocante a este tema, razão pela qual nosso próximo e último item versará sobre a base para um novo regramento, apresentando o modelo francês de controle como sugestão a ser aplicada em nosso país.

O desenvolvimento das pesquisas genéticas é latente, razão pela qual a sociedade precisa de um melhor balizamento no que pertine às novas técnicas (reprodução artificial, diagnóstico pré-implantatório etc.)

Todas as reflexões aqui delineadas sugerem a necessidade/imprescindibilidade de regulamentação do assunto. Entendemos que a lei poderia ser um caminho para esta regulamentação.

Como nossa proposta é inspirada no modelo francês de controle, é necessário ponderar que a investigação em embriões, em princípio, é proibida naquele país. A chamada “Lei de Bioética”, de 6 de agosto de 2004, no

entanto, **permite a realização de pesquisas para fins terapêuticos⁴⁴¹ em condições extremamente controladas**. Os pesquisadores estão autorizados a trabalhar a partir de embriões desenvolvidos de fertilização *in vitro*, que os pais escolham para dar à investigação. Esta pesquisa é estritamente controlada pela Agência da Biomedicina, o que garante a cada fase da sua conformidade com as normas legais e éticas. Em caso de descumprimento das condições de emissão da licença pode suspender ou revogar a autorização.

Nossa tese fundamenta-se justamente na necessidade de controle, mas não de “engessamento” das pesquisas com embriões e como o modelo francês segue o mesmo ideal, entendemos que poderia ser aplicado ao sistema brasileiro. A realização de pesquisas para fins terapêuticos, observados os limites da lei, ou seja, como já dito, em condições extremamente controladas, coaduna-se com nossa proposta de “disponibilidade controlada”.

2.3.2 A sugestão de criação de um órgão de controle: limites e possibilidades

Nossa proposta baseia-se no funcionamento do controle dos CECOS (*Centre d'Etude et de Conservation du Sperme Humain*) franceses⁴⁴². Na França, todas as atividades relativas à reprodução e genética estão sob o controle de uma organização criada em 2004, que é a Agência de Biomedicina (iniciou sua atividade em 2005).

⁴⁴¹ Luiz Araujo e Anarita Silveira, na obra já citada, às fls. 185, apontam a importância de considerarmos os objetivos das manipulações: (1) a eliminação das imperfeições do genoma, que criam enfermidades hereditárias, e, portanto, a cura genética, e não simplesmente somática, com o fim de impedir a transmissão aos filhos dos defeitos genéticos, geradores de tais enfermidades; (2) sem quaisquer finalidades terapêuticas, a simples possibilidade de clonagem, isto é, criação de seres humanos idênticos a outros, ou hibridação, criação de seres híbridos, meio homem, meio animal.

⁴⁴² Os CECOS na França são organizados pela Federação Nacional (em 24 centros) e têm comissões que podem trabalhar e desenvolver/elaborar a casuística (Comissão de Genética, Comissão dos Psicólogos, Comissão de Ética e Comissão Científica)

A Agência de Biomedicina⁴⁴³ é um órgão da administração pública supervisionado pelo Ministério da Saúde, sendo competente nas áreas de transplantes, reprodução, embriologia e genética. Tais tarefas incluem:

- Participar do desenvolvimento e formular recomendações para as atividades de sua competência;
- Fornecer informações permanentes do Parlamento e do Governo sobre o desenvolvimento do conhecimento e atividades técnicas sob a sua jurisdição e propor diretrizes e medidas sobre eles;
- Promover a qualidade e segurança da saúde e da investigação médica e científica, para atividades de sua competência;
- Monitorar, avaliar e, se for caso disso, controlar as atividades médicas e biológicas, incluindo os relacionados com a nanobiotecnologia, dentro de sua jurisdição e de garantir a transparência das atividades;
- Agir com vigilância em relação a atividades clínicas e biológica;
- Promover a doação de órgãos, tecidos e células do corpo humano, e gametas;
- Implementar monitoramento da saúde dos doadores de órgãos e de ovos, para avaliar consequências da tomada sobre a saúde dos doadores;
- Registrar a inscrição de pacientes aguardando transplante
- Assegurar a sua gestão e a atribuição de órgão, se foram tomadas na França ou no exterior
- Gerenciar arquivo de doadores voluntários de células hematopoiéticas ou células mononucleares
- Avaliar os processos de investigação com embriões

A agência de biomedicina, como já citado, está prevista na Lei de Bioética francesa⁴⁴⁴, atualizada em 2005 e que já está sendo objeto de modificação a se concretizar possivelmente em 2010. Além disso, há outros organismos nacionais, como o Comitê Consultivo Nacional de Ética (CCNE), responsável pela emissão de pareceres.

A composição do Comitê Consultivo Nacional de Ética é a seguinte:⁴⁴⁵:

⁴⁴³ Tais informações foram exclusivamente obtidas com o Dr. Louis Bujan, presidente da Federação Francesa dos Cecos, em diversos contatos realizados

⁴⁴⁴ LOI no 2004-800 du 6 août 2004

⁴⁴⁵ Art. L. 1412-2. – Le comité est une autorité indépendante qui comprend, outre son président nommé par le Président de la République pour une durée de deux ans renouvelable, trente-neuf membres nommés pour une durée de quatre ans renouvelable une fois :
« 1o Cinq personnalités désignées par le Président de la République et appartenant aux principales familles philosophiques et spirituelles ;

- Cinco pessoas nomeadas pelo Presidente da República conhecedores de princípios filosóficos e culturais
- Dezenove personalidades qualificadas escolhidos pela sua competência e seu interesse em questões éticas, a saber:
 - Um deputado e um senador nomeado pelos presidentes de suas respectivas legislaturas;
 - Um membro do Conselho de Estado designados pelo Vice-Presidente do Conselho;
 - Um conselheiro do Supremo Tribunal designado pelo primeiro presidente do tribunal;
 - Um membro nomeado pelo Primeiro-Ministro;
 - Um membro nomeado pela Guarda dos Selos, Ministro da Justiça;
 - Duas pessoas nomeadas pelo ministro da Pesquisa;
 - Um membro nomeado pelo Ministro da Indústria;
 - Um membro nomeado pelo Ministro dos Assuntos Sociais;
 - Um membro nomeado pelo Ministro da Educação;
 - Um membro nomeado pelo Ministro do Trabalho;

« 2o Dix-neuf personnalités qualifiées choisies en raison de leur compétence et de leur intérêt pour les problèmes d'éthique, soit :

- « – un député et un sénateur désignés par les présidents de leurs assemblées respectives ;
- « – un membre du Conseil d'Etat désigné par le vice-président de ce conseil ;
- « – un conseiller à la Cour de cassation désigné par le premier président de cette cour ;
- « – une personnalité désignée par le Premier ministre ;
- « – une personnalité désignée par le garde des sceaux, ministre de la justice ;
- « – deux personnalités désignées par le ministre chargé de la recherche ;
- « – une personnalité désignée par le ministre chargé de l'industrie ;
- « – une personnalité désignée par le ministre chargé des affaires sociales ;
- « – une personnalité désignée par le ministre chargé de l'éducation ;
- « – une personnalité désignée par le ministre chargé du travail ;
- « – quatre personnalités désignées par le ministre chargé de la santé ;
- « – une personnalité désignée par le ministre chargé de la communication ;
- « – une personnalité désignée par le ministre chargé de la famille ;
- « – une personnalité désignée par le ministre chargé des droits de la femme ;

« 3o Quinze personnalités appartenant au secteur de la recherche, soit :

- « – un membre de l'Académie des sciences, désigné par son président ;
- « – un membre de l'Académie nationale de médecine, désigné par son président ;
- « – un représentant du Collège de France, désigné par son administrateur ;
- « – un représentant de l'Institut Pasteur, désigné par son directeur ;
- « – quatre chercheurs appartenant aux corps de chercheurs titulaires de l'institut national de la santé et de la recherche médicale ou du Centre national de la recherche scientifique et deux ingénieurs, techniciens ou administratifs dudit institut ou dudit centre relevant des statuts de personnels de ces établissements, désignés pour moitié par le directeur général de cet institut et pour moitié par le directeur général de ce centre ;
- « – deux enseignants-chercheurs ou membres du personnel enseignant et hospitalier des centres hospitaliers

et universitaires figurant sur les listes électorales de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, désignés par le directeur général de cet institut ;

- « – deux enseignants-chercheurs ou membres du personnel enseignant et hospitalier des centres hospitaliers et universitaires, désignés par la Conférence des présidents d'université ;
- « – un chercheur appartenant aux corps des chercheurs titulaires de l'Institut national de la recherche agronomique, désigné par le président-directeur général de cet institut.

- Quatro pessoas nomeadas pelo Ministro da Saúde;
- Um membro nomeado pelo Ministro das Comunicações;
- Um membro nomeado pela Ministra da Família;
- Um membro nomeado pelo Ministro dos Direitos da Mulher;
- Quinze pessoas pertencentes à área de pesquisa:
- Um membro da Academia das Ciências, nomeados pelo Presidente;
- Um membro da Academia Nacional de Medicina nomeados pelo Presidente;
- Um representante do Colégio de França, nomeado pelo seu diretor;
- Um representante do Instituto *Pasteur*, nomeado pelo diretor;
- Quatro pesquisadores do corpo de pesquisadores do Instituto Nacional de Saúde e pesquisa médica ou o Centro Nacional de Investigação Científica, e dois engenheiros, técnicos ou administração do instituto ou centro nos estatutos do pessoal das instituições, metade nomeados pelo diretor-geral do Instituto e metade pelo Diretor-Geral do centro;
- Dois professores-pesquisadores e membros da faculdade e do hospital;
- Médicos, designados pelo Diretor-Geral do Instituto;
- Dois professores-pesquisadores e membros da faculdade e do hospital e acadêmicos designados pela Conferência de Presidentes de Universidades;
- Um investigador que pertença ao corpo de pesquisadores do Instituto Nacional de Pesquisas de Agronomia, nomeado pelo presidente e CEO do instituto.

A razão desta estrutura (que obviamente precisaria de uma adaptação no Brasil, pela própria organização política) tem o seu núcleo na necessidade de diversificação de seus membros componentes. Entendemos que tal diversificação permitiria decisões éticas, sérias e pautadas pelo respeito ao sistema jurídico brasileiro.

É de extrema importância que professores e acadêmicos das universidades, por exemplo, participem da entidade, assim como outros pesquisadores não vinculados às universidades e pessoas vinculadas aos Ministérios Estatais correlatos, como apontamos acima. Tal interação Estado-sociedade seria, a nosso ver, benéfica na fiscalização de clínicas de reprodução artificial assistida e laboratórios que desenvolvem pesquisas na área genética. Mas, nosso objetivo não é a criação de um comitê consultivo, até porque no Brasil já temos entidades correlatas, e sim a criação de um órgão controlador nos moldes da Agência de Biomedicina, que a partir de 2004

na França passou a ser responsável pela autorização das pesquisas envolvendo embriões humanos.

Entendemos que deve haver a criação de lei ordinária específica para lidar com a situação dos embriões, diferentemente do que ocorre hoje com a Lei de Biossegurança. A regulamentação da experimentação científica envolvendo seres humanos deve ser feita apartadamente, ao contrário do que ocorre hoje.

O conteúdo da legislação, basicamente, compor-se-ia da delimitação de órgão nacional de controle, nos moldes da Agência de Biomedicina francesa, que é a única instituição pública européia que centraliza a regulamentação destas quatro vertentes: colheita de órgãos, a procriação, embriologia e genética humana.

Sua estrutura pode ser analisada no Anexo 2 da tese. Trata-se de um organograma indicando os órgãos e suas divisões, com as respectivas atribuições de competências.

Verifica-se que a Direção Geral subdivide-se em sete “sub direções”, sendo que a maioria delas estrutura-se em “pólos de atuação”, permitindo um funcionamento adequado. No Brasil, entendemos que a estrutura do órgão de controle poderia ser parecida, razão pela qual se justificariam a existência dos seguintes setores:

- Direção geral
- Direção médica e científica
- Direção de operações
- Direção de registros
- Inspeção
- Comunicação
- Sistemas de informação
- Administrativa e financeira

A Direção Médica e Científica, na França, conforme o organograma apresentado (Anexo 2) , possui a seguinte estruturação:

- Organização e funcionamento dos cuidados
- Pólo estratégico de registros

- Pólo estratégico de procriação, embriologia e genética humana
- Pólo de avaliação
- Pólo de segurança e qualidade
- Pólo de relações internacionais
- Coordenação de programa (rede de epidemiologia)

Vê-se que a há uma coerente divisão das atribuições, destacando-se o pólo estratégico de procriação, embriologia e genética humana, que seria o pólo específico para lidar com a autorização das pesquisas.

As perguntas que podem ser feitas a fim de se verificar se um novo procedimento genético se justifica: a) há segurança no novo modelo desenvolvido? b) tal procedimento é eficaz? c) ele representa uma melhora real em relação ao “tradicional”? d) qual sua utilidade (relação custo/benefício)? e) qual a repercussão social do novo procedimento?

Tais questionamentos são necessários para a averiguação da pertinência do experimento, pois como já afirmamos, especificamente em relação ao embrião, se há uma disponibilidade controlada, a manipulação precisa ser coerentemente justificada. Assim, quando se verifica se a pesquisa é segura, eficaz útil está sendo procedida uma análise ética e jurídica acerca de sua viabilidade. Estes questionamentos devem se fazer presentes em norma jurídica estatal específica para tal finalidade.

A precípua finalidade da Agência de Biomedicina, é garantir às autoridades como a qualquer cidadão que a investigação em embriões humanos e células derivadas delas seja procedida com todas as garantias de ética, segurança, qualidade e requisitos de transparência, bem como no estrito cumprimento da lei nacional para este fim. Na prática, ela está envolvida tanto na autorização, rastreabilidade, quanto no controle e acompanhamento da pesquisa. É o que pensamos ser o ideal no sistema brasileiro.

Sugerimos, a seguir, inspirados no modelo francês, as principais atribuições do órgão:

- **Autorização:** Agência analisa e aprova protocolos de investigação propostos pela equipe de cientistas franceses. Ele também permite a importação e exportação de células estaminais embrionárias humanas e sua conservação.
- **Rastreabilidade:** Agência assegura a identificação e rastreabilidade dos embriões humanos utilizados para a investigação e linhas de células-tronco embrionárias criadas a partir de embriões, ou importado do exterior.
- **Controle:** A Agência realiza inspeções, podendo suspender ou interromper o trabalho se necessário.
- **Rastreamento de cada equipe:** seus membros deve fornecer à Agência um relatório anual sobre o seu trabalho.

Na França, a já citada Agência baseia-se no Comitê Consultivo para balizar os seus trabalhos. Reunindo especialistas científicos e médicos, cientistas sociais, representantes de associações, parlamentares e representantes de diversas instituições, o comitê de orientação assegura a coerência da política científica e médica da Agência, bem como conformidade com os regulamentos e os princípios éticos aplicáveis às suas atividades. Neste caso, ele examina cada estudo proposto ou a pesquisa com embriões e células embrionárias e dá um aviso prévio à decisão de licenciamento.

Qualquer pedido de autorização para um protocolo de pesquisa deve ser enviada ao diretor-geral da Agência de Biomedicina, durante períodos por ela determinados. Cada caso é examinado pelos peritos científicos.

A relação desses cientistas é enviada ao Conselho de Orientação da Agência, que emite um parecer. O Diretor-Geral toma a decisão. Esta decisão, juntamente com o parecer da orientação é comunicada aos ministros da saúde e da investigação.

Em caso de recusa, os ministros da saúde e da investigação podem, eventualmente, pedir uma revisão do protocolo da Agência. Em caso de decisão positiva, os ministros podem proibir ou suspender a execução do presente protocolo, quando o seu mérito científico não é determinado, ou os princípios éticos não são observados.

Uma vez que o protocolo seja aprovado, o responsável pela pesquisa para o endereço Agência um relatório anual sobre o progresso e um relatório final no termo da autorização. Se o protocolo está sujeito a alterações durante a pesquisa, a equipe de pesquisa deve apresentar à Agência de Biomedicina. Caberá, então, a utilização do mesmo processo que o pedido inicial.

A Agência também pode realizar inspeções. Se parte da autorização não for encontrada ou se houver uma violação de princípios legais ou regulamentares, a pesquisa pode ser suspensa a qualquer momento durante um período máximo de três meses (aqui, o diretor-geral da Agência informará o Comitê Consultivo). A autorização pode ser revogada após o aviso da orientação. Antes de qualquer decisão sobre a suspensão ou revogação da autorização, o titular de autorização é notificado para cessar a violação ou a apresentar as suas observações num prazo fixado pelo diretor-geral.

As atividades de conservação de linhas celulares também estão sob o controlo da Agência de Biomedicina, que prevê, assim, o quadro para a investigação em embriões humanos e células embrionárias e as atividades sujeitas a este trabalho:

- **Importação e exportação.** Qualquer organização que pretenda importar tecidos e células embrionárias ou fetais também deve receber a aprovação para a investigação ou conservação. Deve também garantir que eles tenham sido obtidos em conformidade com os princípios éticos consagrados na lei (consentimento do casal parental, ausência de pagamento, dentre outros). A agência também emite licenças de exportação destes tecidos e células. A importação ou exportação autorizado pela Agência de Biomedicina, após a revisão da orientação deve ser feita no prazo de 12 meses após a decisão da Agência.
- **Conservação:** A permissão de preservação de células-tronco embrionárias é válida por um período não superior a cinco anos. Ao longo da duração da autorização, a Agência de Biomedicina está habilitada a verificar as condições de armazenamento de forma a garantir qualidade e segurança.

- **Rastreabilidade e identificação de linhas:** A agência mantém um registro nacional de embriões e células embrionárias humanas. As informações são fornecidas pelos órgãos autorizados a importar ou criar essas linhas. Essas agências também devem manter um registro de material biológico realizada.

Para efetivar a atuação da Agência, nosso posicionamento é no sentido da necessidade de criação de lei específica sobre as manipulações envolvendo embriões.

Embora existam projetos de lei no Brasil dispendo sobre questões de biossegurança, coibição de clonagem, técnicas de reprodução, impende o desenvolvimento de norma jurídica voltada à temática do embrião humano, especificamente no que pertine aos embriões supranumerários.⁴⁴⁶

Poderíamos ser indagados da seguinte forma: por que a necessidade de regras jurídicas se nos países que estas foram elaboradas se concluiu que não bastam? Nosso posicionamento forma-se no sentido de que ainda que não seja a solução definitiva, é a saída mais coerente. As regras oriundas do Estado, neste sentido, seriam hábeis a minimizar os conflitos éticos e jurídicos advindos das pesquisas com embriões. A problemática exige cautela e não um vácuo legislativo.

Em relação ao conteúdo da legislação, entendemos necessária a inserção de dispositivos que apenas autorizem os experimentos com finalidade terapêutica, justificada e com perspectivas de benefícios para a sociedade.

Cabe-nos, portanto, aceitar o desenvolvimento tecnológico por um lado e enfrentá-lo ao mesmo tempo, deixando de lado respostas imediatas e simplistas de aprovação ou reprovação, mas buscando a articulação de uma permanente discussão sobre os desejos e poderes nas relações de gênero focalizando as estruturas jurídicas, antropológicas e psicológicas da maternidade e paternidade.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Já comentamos aqui, por exemplo, o Projeto 90/99, que pretende autorizar o descarte destes embriões após determinado lapso temporal

⁴⁴⁷ BARCHIFONTAINE, Christian. **Bioética e reprodução medicamente assistida**, p. 176

Não basta “levantar a bandeira” do fundamento da dignidade da pessoa humana a fim de se coibirem abusos. É mister uma regulamentação hábil a delimitar o âmbito de atuação dos responsáveis pela manipulação genética.⁴⁴⁸ A dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à via desembocam na proteção da integridade física e moral do indivíduo. Como afirma Pietro Alarcón⁴⁴⁹, “cada indivíduo é um só, conformado em função de um código genético e pode fazer valer esta sua identidade ou patrimônio genético”.

O fundamento da dignidade da pessoa humana, que corre o risco de transformar-se numa mera afirmação dogmática no sistema jurídico, desprovida de qualquer significado racional. A esse respeito, conclui Volnei Garrafa⁴⁵⁰:

Temas como os limites da manipulação da ciência requerem, além de uma profunda dose de tolerância, sobretudo prudência e senso de responsabilidade.

É compromisso da ciência, pois, preparar o futuro, antecipando-se a ele através de descobertas que venham trazer benefícios à espécie humana. A mutabilidade da sociedade e do mundo é uma ‘certeza’; a ‘dúvida’ reside em estabelecer o limite concreto até onde os avanços da ciência devam se verificar.

A inviolabilidade da pessoa humana vê-se hoje ameaçada por manipulações excepcionais para o desenvolvimento da pesquisa científica, muitas vezes, decorrentes das lógicas do desejo e do lucro. Diante dessa situação de evidente periculosidade, torna-se necessária à produção de normas de emergência, mas não apenas situadas no campo da deontologia e da bioética. Como indaga Jürgen Habermas,

Devemos considerar a possibilidade, categorialmente nova, de intervir no genoma humano como um aumento de liberdade, que *precisa* ser normativamente

⁴⁴⁸ É mais do que evidente que não se tutela a dignidade da pessoa humana com um mero apelo à consciência de cada pesquisador. Tal postura seria, no mínimo, ingênua. Quando estão em jogo o prestígio científico, a vaidade e o sucesso econômico, o princípio-guia corre o risco de ser minimizado ou de ser facilmente esquecido. Justamente por isso é que o Direito não pode dar-se por satisfeito com a exigência de que se respeite a idéia-força que move no Estado Democrático de Direito. É mister algo mais, e esse plus é representado pelos controles sociais formais que é capaz de pôr em movimento para atingir a meta pretendida. FRANCO, Alberto Silva. Genética Humana e Direito. Disponível em <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v4/genetica.html>. Acesso em 08.07.04.

⁴⁴⁹ ALÁRCÓN. Pietro Lórá. ob.cit., p.309.

⁴⁵⁰ GARRAFA, Volnei. Bioética e clonagem. Disponível em <http://www.ficharionline.com/biologia/Bioetica/Clonagem.php>. Acesso: em 23 jul 2004.

regulamentado, ou como a autopermissão para transformações que dependam de preferências e que não precisam de *nenhuma autolimitação*?

O próprio autor responde a indagação, no sentido de que somente quando essa questão fundamental for resolvida em favor da primeira alternativa é que se poderão discutir os limites de uma eugenia negativa⁴⁵¹ e inequivocamente voltada à eliminação de males.⁴⁵²

A autonomia embrionária deve ser resguardada, afastando-se, portanto, toda e qualquer manipulação do patrimônio genético humano que consista em ofensa à dignidade da pessoa humana.⁴⁵³

⁴⁵¹ Consiste em mecanismos que visam a evitar o surgimento de doenças de natureza genética. Pode-se citar o diagnóstico genético de pré-implantação, que deve ser considerado moralmente admissível ou juridicamente aceitável se sua aplicação for limitada a poucos e bem definidos casos de doenças hereditárias graves que não poderiam ser suportadas pela própria pessoa.

⁴⁵² HABERMAS, Jürgen. ob.cit., p.18.

⁴⁵³ Como afirmar Eduardo Leite: “os direitos do embrião humano não dependem nem dos indivíduos, nem do Estado, eles pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa.” Assim, seja ele uma pessoa potencial ou virtual, como afirma o autor, sua realidade como entidade própria e inconfundível sempre se impõe. (**O Direito do Embrião Humano: mito ou realidade?**p.52)

CONCLUSÃO

É imperioso que se dê a necessária cobertura legal à prática. Por uma exigência do fundamento da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, a proibição de manipulação genética que não se coadune aos bons costumes sempre deve constituir-se na opção a ser tomada pelo legislador. Que se tenham, portanto, mentes brilhantes e responsáveis a criarem e percorrermos caminhos em busca de avanços genéticos em prol do ser humano, por meio de manipulações, sem que isso implique em um “biopoder” onipotente e desprovido de limitações.

Os avanços da ciência genética demandam um repensar sobre o *status* do embrião humano. É necessário realçar o interesse e o controle crescente do desenvolvimento da pessoa, com respeito à ciência, seus limites e sua transformação. No mundo contemporâneo, a pesquisa genética e a biotecnologia estão a demandar a reavaliação de valores e a revisão do quadro normativo. O ambiente jurídico requer uma visão crítica voltada não somente para o apontamento de imperfeições, mas no intuito de se formar um novo ponto de vista constitucional-civilista, que se coadune com o mundo contemporâneo. O direito civil, também no contexto desta nova visão, deve estar apto à proteção da vida humana em sua totalidade, pacificando os conflitos surgidos na sociedade.

Não podemos olvidar, diante do exposto neste trabalho, que a vida é um processo contínuo e a pretensão de determinar cientificamente o momento em que o embrião passaria a ser humano é um falso problema. A ciência nunca terá parâmetros para definir exatamente este momento. Isso reforça a necessidade de tutela embrionária.

A tese, neste contexto, apresentou uma análise pormenorizada dos votos dos ministros que participaram do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que versava sobre o conteúdo do artigo 5º da Lei de Biossegurança, principal norma brasileira atinente à utilização de embriões em pesquisas científicas, dentre outros inúmeros assuntos tratados. Os seis ministros que votaram pela total improcedência da ação elencaram diferentes teses, mas todas convergentes no sentido de não haver violação do direito à

vida, embora tenham feito ressalvas em relação à utilização dos embriões. Os demais pugnaram pela parcial procedência. Muitos dos fundamentos utilizados por ambos os grupos são aplicáveis à nossa proposta, principalmente os seguintes:

- há uma urgente necessidade de controle das clínicas de reprodução assistida. Esta ausência de fiscalização poderia levar a técnicas eugênicas e dissonantes da razoabilidade. As pesquisas com células-tronco embrionárias não devem ser obstadas, desde que com os limites e controles e sem desrespeito à dignidade da pessoa humana;
- o atendimento do disposto no art. 225, § 1º, inc. II, que outorga ao poder público o dever de “fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” reclama maior severidade no regramento das formas de controle das instituições de pesquisa e dos serviços de saúde que as realizem;
- é necessário informar aos doadores de material genético, com precisão e lealdade, acerca do que ocorrerá com os embriões destinados às pesquisas;
- a questão crucial não seria delimitar o início da vida humana, para fins jurídicos, mas sim de que forma o Estado deveria atuar na proteção desse organismo chamado por ele de “pré-natal”, diante das novas tecnologias. O Estado deveria atuar com base no princípio da responsabilidade;
- o artigo quinto da Lei de Biossegurança é insuficiente para regular tema de tamanha complexidade. A lei seria vaga e deficiente no tratamento do tema, por ter deixado a cargo do Poder Executivo a regulamentação do tema;
- o dispositivo encontra-se inserido em lei não específica, que tem como objeto central os organismos geneticamente modificados;
- a declaração de inconstitucionalidade total traria mais prejuízos ainda, porquanto deixaria um “vácuo normativo” mais danoso à ordem jurídica;
- deve-se realizar uma interpretação conforme a Constituição Federal, evitando o mencionado “vácuo normativo”. Neste sentido, a assunção de uma “atuação criativa” pelo Tribunal poderia solucionar os entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional, como no caso em tela;

- a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano.

Entendemos que os direitos de quarta dimensão justificam a preocupação atual com os limites e as possibilidades de utilização dos embriões humanos em pesquisas científicas. Isto porque, em razão da evolução da sociedade e das técnicas de manipulação da vida, os próprios juristas reconheceram a necessidade de tutelar tais avanços, ao desenvolverem esta doutrina. Analisar os avanços da ciência genética é papel primordial do Direito, pois novas formas de intervenção no direito à vida tem se propagado e tal direito de personalidade alicerça o ordenamento jurídico.

Por outro lado, na demonstração das principais características dos direitos de personalidade, percebemos que a vida goza de proteção ampla e é enquadrada na proteção da personalidade do homem, pois pressupõe todos os demais direitos ínsitos ao homem, dentre eles, a proteção à integridade física. A teoria dos direitos de personalidade, neste contexto, pode ser aplicada ao embrião humano, que possui *status* jurídico próprio, por já ser dotado de individualidade e autonomia. Sua tutela é inegável e justifica a nossa proposta.

Não podemos olvidar que a construção da teoria dos direitos de personalidade admite algumas relativizações a partir da desconstrução de alguns critérios absolutos de caracterização. A indisponibilidade essencial e a disponibilidade relativa no caso concreto não são posições contraditórias; convivem e conferem um caráter ambivalente aos direitos de personalidade: é o que ocorre na questão da utilização de embriões humanos para a realização de pesquisas científicas.

A tese não defende a impossibilidade absoluta de utilização de embriões para pesquisas científicas, mas aponta para uma real necessidade de delimitação de conduta que atualmente são pautadas pela discricionariedade. De fato, não se podem admitir manipulações genéticas com finalidades diversas da prevenção, cura ou redução das doenças genéticas, pois cada indivíduo é um só, dotado de autonomia e conformado em função de um código

genético que deve ser resguardado. A liberdade científica não pode transpor as barreiras do razoável, portanto, deve-se definir um padrão protetor do patrimônio genético, a fim de que os progressos da engenharia genética não colidam com valores basilares, tais como a igualdade, a dignidade e a moralidade.

A proposta aqui apresentada nasceu da idéia de um órgão fiscalizador, mas inclui, como sugestão, a indicação de atribuições, meios de operacionalização e membros componentes, como apresentado na última parte, porquanto não se limita a uma proposta de *lege ferenda*, mas levanta também a necessidade de uma melhor regulamentação, levando em conta os limites e possibilidades das pesquisas envolvendo embriões.

Há muita “falácia” em torno do tema “manipulação genética”, que precisa ser tratado com seriedade e responsabilidade. Não se pode ignorar que as práticas atuais, ainda que em fases não avançadas o suficiente para culminar em mudanças radicais no trato da vida pelo homem, precisam ser refletidas pela sociedade e pelo Estado. Independentemente do que realmente se concretizará dentro de alguns anos, o dever do Direito consiste em regulamentar as práticas existentes hoje, até para evitar conseqüências irreversíveis do ponto de vista da proteção ao ser humano. Não se deve trabalhar com base em projeções desprovidas de caráter científico, tampouco se podem ignorar as conquistas da tecnociência.

O desenvolvimento biotecnológico, incluindo as manipulações envolvendo células-tronco só se revestirá de importância se seu objetivo coadunar-se com o respeito à vida humana e conseqüentemente, atender aos ideais éticos preconizados em favor da pessoa. É importante avançar, do mesmo modo que é imprescindível que haja finalidades adequadas para tanto. Alterar características genéticas de uma pessoa tão somente por questões estéticas, manipular geneticamente animais sem um objetivo benéfico para as pessoas, dentre diversas outras situações, constituem-se em afronta aos princípios basilares da própria sociedade. É por isso que o Direito deve ocupar este espaço, visando delimitar as condutas do homem que objetivem manipular todas as formas de vida.

O sistema jurídico não tem acompanhado as evoluções tecnocientíficas, deixando de regulamentar de forma mais rígidas diversas questões que até são reprovadas eticamente, mas se encontram desprovidas de qualquer responsabilização jurídica. A racionalidade insurgente, pautada pelos avanços da biotecnologia, impõe a obrigação do ajuste do fenômeno jurídico a determinadas situações de fato. Por isso, o Direito merece nova leitura, possibilitando a compreensão destes limites e possibilidades no contexto das relações sociais que compõem a sociedade.

Embora o sistema jurídico brasileiro apresente contemporaneamente uma preocupação com a dignidade da pessoa humana e com todos os seus valores fundantes, os limites existentes são meramente deontológicos e, via de consequência, dotados de alto grau de subjetividade, o que conduz à inexistência de sanção hábil a coibir práticas abusivas, experimentos sem finalidade terapêutica, não justificados do ponto de vista científico, ou que não visam ao bem estar da sociedade.

Partindo-se do pressuposto da identidade embrionária, sugerimos a criação de um órgão que possa regular a conduta dos profissionais que lidam com tais práticas, bem como a necessidade de criação de lei ordinária sancionadora de condutas inadequadas. Por outro lado, como não há um estatuto específico para o embrião humano, sugerimos que houvesse uma lei a dispor, principalmente, acerca das seguintes problemáticas: a) a exata definição dos limites de manipulações conjugando material genético e de pessoas e animais; b) a limitação nas técnicas de reprodução artificial, da quantidade de embriões produzidos, visando diminuir a quantidade de embriões excedentes ou supranumerários; c) a precisão do conceito de inviabilidade, para fins de permissão de utilização de embriões criopreservados que efetivamente não tenham potencialidade de se tornarem vidas; d) o estabelecimento de punições severas em caso de manipulações genéticas visando à eugenia; e) a estruturação de uma equipe técnica destinada à fiscalização das clínicas e laboratórios de engenharia genética, bem como de outras instituições, públicas ou privadas. Nossa proposta é inspirada no modelo francês de controle de embriões. A investigação em embriões, em princípio, é proibida naquele país. Excepcionalmente, permite a realização de

pesquisas para fins terapêuticos em condições extremamente controladas. Os pesquisadores estão autorizados a trabalhar a partir de embriões desenvolvidos de fertilização *in vitro*, que os pais escolham para dar à investigação. Esta pesquisa é estritamente controlada pela Agência da Biomedicina, o que garante a cada fase da sua conformidade com as normas legais e éticas.

Ao sugerirmos a criação de um estatuto próprio para o embrião, bem como de um órgão também dotado de especificidade para a fiscalização das pesquisas envolvendo os embriões, nos moldes da recente legislação francesa, cancelamos a necessidade de um melhor tratamento legislativo do tema no direito pátrio;

A liberdade científica não pode transpor as barreiras do razoável. Deve-se definir um padrão protetor do embrião humano, como aqui apresentamos, a fim de que os progressos da engenharia genética não colidam com valores basilares, tais como a, a dignidade e a moralidade. Há uma relação de proporcionalidade entre os avanços genéticos, a moral e o Direito: tais avanços são os distintivos de uma nova fase da humanidade, que é uma condição indispensável para o progresso da sociedade. Ainda que tenham sido propostos “limites” para a utilização do embrião, sabemos que, de igual forma, há “limites” para este próprio controle. De todo o modo, os instrumentos jurídicos em construção são a alternativa hábil a delinear condutas em relação à manipulação genética, possibilitando que a sociedade possa respeitar a si mesma e a sua origem.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.

ALBUQUERQUE, Leila Marrach B.de. **Sujeito e realidade na ciência moderna**. São Paulo: Annablume, 2003.

ALMEIDA, Darcy. **O Gene: presente e futuro – repercussões sobre a genômica. Em: Desafios para o Terceiro Milênio**. São Paulo: Pearson Education, 2002.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Direitos da personalidade do nascituro**. Revista do Advogado. São Paulo: n. 38, dez. 1992, p. 21-30.

_____. **O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p184-186.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Gláucia Correa Barcelos. **Sobre a dignidade da pessoa humana. Em: A reconstrução do direito privado**; São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, André Gustavo Correia de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Revista da EMERJ, v.6, n.23, 2003.

ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. **Considerações sobre o constitucionalismo e o biodireito constitucional**. São Paulo s.n 2003. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo. 174f.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. **O Princípio da Precaução em defesa da dignidade humana face às manipulações genéticas**. Direitos Sociais & Políticas Públicas - Desafios Contemporâneos – Tomo 2.1ªed. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2003.

ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro. 1965.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; LOPES JR. Dalmir. (Orgs.) **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 324-325.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Intervenções no Genoma Humano - Validade Ético-Jurídica**. In Grandes temas da atualidade. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ASSAD, Ana Lúcia; SANT'ANA, Paulo. **A pesquisa científica e a lei de acesso aos recursos biológicos**. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/genetico/gen12.shtml>. Acesso em 12.05.04.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 750, abril de 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de . **Crítica à Dogmática e à Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1989.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros173.html>. Acesso em 4.4.04.

BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCHIFONTAINE, Christian. **A vida em primeiro lugar**. Prefácio à obra Fundamentos da Bioética, em co-autoria com Léo Pessini. 2ª. Ed São Paulo: Paulus, 2002.

_____. **Bioética e reprodução medicamente assistida**. In Fundamentos de bioética. 2ª. Ed São Paulo: Paulus, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. **A idéia de pessoa humana e os limites da bioética**. Novos Tema de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEAUCHAMP, T. L; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002

BERLINGER, G.; GARRAFA, V. **O Mercado Humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Tradução de Isabel Regina Augusto, Brasília: ed. Universidade de Brasília, 1996.

BERNARD. Jean. **A Bioética**. São Paulo: Ática, 1998.

BERTONE, Tarcisio. **Homilia proferida na terceira assembléia da Pontifícia Academia para a vida In Identidade e Estatuto do Embrião Humano**. (Coords: Correa, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio) Bauru: Edusc (Editora da Universidade do Sagrado Coração), 2007.

Bíblia Sagrada . Edição Pastoral. 20ª ed. São Paulo:Paulus, 2006.

BIOÉTICA, Comitê Italiano Nacional de. **Identidade e Estatuto do Embrião**. Revista SEDOC, Petrópolis(RJ), 1997. (Tradução de Antônio Angonese).

BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3º ed. rev. Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** 4ª. ed. rev. e atual. Por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES. Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANDÃO, Dornival da Silva. **O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico**. Em: A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

BUCHALLA, Anna Paula; PASTORE, Karina. **Células da Esperança**. Revista Veja. 24 de março de 2004.

CALGARO, Gerson Amauri. **Patrimônio genético: comércio e proteção de substâncias do corpo humano**. Revista de Direito Privado nº16, de outubro/dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos de personalidade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

CANARIS, Claus. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARBONNIER, Jean. **Sociologie Juridique**. Paris: Presses Universitaires France, 2004.

CARDIA, Luiz Augusto. **Biodireito: em defesa do patrimônio da humanidade.** 19.06.2000. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art02/ambie19.htm>, Acesso em 23.07.04.

CARVALHO, Orlando de. **Os Direitos do Homem no Direito Civil Português.** Coimbra: Vértice, 1973.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Do Gene ao Direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano.** São Paulo: Insti, 1999.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes.** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito.** 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Ética e direito na manipulação do genoma humano.** Rio de Janeiro, Forense, 2001. p.24.

CORTIANO, Jr, Eroutlhs. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade.** In Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo (org. Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MARTINS-COSTA J, Fernandes M, Goldim JR. **Lei de Biossegurança - Medusa Legislativa?** Jornal da ADUFRGS maio/2005;(134):19-21.

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA JÚNIOR. J. **Curso de direito romano.** 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1973.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** Rio de Janeiro, Forense, 2002.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil** in A Reconstrução do Direito Privado, org. Judith Martins –Costa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta.** Belo Horizonte: Itatiaia, 2001.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos de Personalidade.** Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1.961.

DESCARTES, René . **O Discurso do Método.** Reproduzida na col. “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DIAFERIA, Adriana. **Novas dimensões dos direitos - direito à proteção do patrimônio humano - análise da clonagem humana e seus aspectos jurídicos, bioéticos e científicos**. São Paulo s.n 1998. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo. 476fls.

DINIZ, Débora. **Tecnologias reprodutivas conceptivas – o estado da arte do debate legislativo brasileiro**. Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida. vol. 7. n. 3. Novembro/Dezembro 2003.

DINIZ, Geilza. **Clonagem reprodutiva de seres humanos: análise e perspectivas jurídico-filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DULBECCO, Renato. **Os genes e o nosso futuro**. São Paulo: Best Seller, 1997.

ECHTERHOFF, Gisele. **A atualidade no pensamento de Hannah Arendt: o ser humano supérfluo**. Conhecimento Interativo. Paraná, vol. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.revistacientifica.famec.com.br/ojs/viewarticle.php?id=57>>. Acesso em: 22 nov. 2007.

ESPAR, Marta. **Os dilemas do filho à la carte**. Jornal El pais. Tradução Luis Roberto Mendes Gonçalves, Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/elpais/2009/02/20/ult581u3060.jhtm>>. Acesso em 07.09.09.

FACHIN, Luiz Edson (coordenador). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FÉREZ, José. **Terapia gênica e a doença de Alzheimer: aspectos bioéticos**. Data: 25/3/2003. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/artigos/mais_artigos.asp?portal=. Acesso em 6.9.04

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERREIRA, Jussara Assis Borges Nasser. **Biodireito e superação da lei**. Revista Unopar Científica Londrina.v.2., n.1. , março de 2001

_____. **Bioética e biodireito**, Edue: Revista "Scientia Juris", v. 2/3, Londrina: 1998/1999.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Projeto Genoma e a proteção constitucional do DNA como parte integrante da imagem dos seres humanos no Brasil**. 26/mar/2001 Disponível em [ttp:www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br). Acesso em 5/8/04.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do Saber**. Forense, RJ, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. **Genética Humana e Direito**. Disponível em <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v4/genetica.html>. Acesso em 03.07.2004.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARRAFA, VOLNEI; Sérgio Ibiapina Ferreira Costa. Gabriel Oselka **A Bioética no Século XXI** - (Posfácio) Disponível em <http://www.cfm.org.br/bancotxt/bioetica/ParteI.htm>. Acesso em 07.10.04.

GEDIEL, José Antonio Peres. **Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano** in Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GERBER, R. **Existe uma fórmula do sujeito em Foucault?**. *Revista Letra Magna*. Revista Eletrônica de Divulgação Científica em Língua Portuguesa, Linguística e Literatura - Ano 01- n.01 - 2º Semestre de 2004.

GLEISER, Marcelo. **O que é a vida?** Folha de São Paulo, Caderno Mais! P.5-14, 04 julho de 1999.

GOMES, Celeste; SORDI; Sandra. **Aspectos atuais do Projeto Genoma Humano**. in Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONELLA, G., **La Persona nella Filosofia del Diritto**. Milano:1939.

GUEDES, Fabiana. **O fim das doenças hereditárias**. Revista Isto é. 2 de setembro de 2009

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4193>>. Acesso em: 07 jul. 2004.

HOGEMANN, Edna Raquel. **O Respeito À Pessoa Humana E A Polêmica Da Identidade Pessoal E Genética Do Ser Clonado**. Disponível em www.mundojuridico.av.br. Acesso em 6.9.04.

HOSSNE, **O poder e as injustiças nas pesquisas em seres humanos**. Revista Interface - Comunic, Saúde, Educ, v7, n12, p.55-70, fev 2003.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito – introdução à problemática científica do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Da Bioética ao Biodireito: Reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação** - prelo dos anais do Encontro Regional do Conpendi - e I Simpósio de Bioética e Biodireito - realizados em Londrina/PR de 25 a 27 de maio de 1997.

_____. **Eugenia e bioética: os limites da ciência face à dignidade humana**. In Revista jurídica 321 – julho / 2004. Porto Alegre: Notadez.

_____. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Bioética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**. Em: Grandes Temas da Atualidade. Bioética e Biodireito. Aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O direito do embrião humano: mito ou realidade?** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. N. 29, p. 121-146.1996.

LEITE, Gisele. **Clonagem e demais manipulações modernas em face do Direito**. 01/04/02. Disponível em: <C:\Dissertação Mestrado\Universo Jurídico.htm>. Acesso em: 22.04.04

LEONE, Salvino. **As raízes antigas de um debate recente**. In Identidade e Estatuto do Embrião Humano. Bauru: Edusc, 2007.

LEWONTIN, Richard. **A tripla hélice: gene-organismo-ambiente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LIMA NETO, Francisco. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética: em busca de um paradigma bioético no direito civil.** São Paulo: Editora de Direito, 1997.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 03 out. 2004.

LIMA, João Franzen. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, Paulo. **Médico de fertilização humana é acusado de usar células de animais.** Disponível em: <<http://www.e-paulopes.blogspot.com/2009/08/medico-de-fertilizacao-humana-e-acusado.html>>. Acesso em 20 set 2009

LUCAS, Ramón. **O estatuto antropológico do embrião humano.**In Identidade e Estatuto do Embrião Humano. (Coords: Correa, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio) Bauru: Edusc (Editora da Universidade do Sagrado Coração), 2007.

LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro.** In A reconstrução do direito privado. São Paulo: Saraiva, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.** Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

_____. **Sociologia do direito.** Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 22

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal.** São Paulo: IBCCRIM, 1998.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana - ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.** Em:

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, 1a Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, pp. 61-88.

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

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de Direito Civil Português, Tomo I**. 2ªed. Coimbra: Almedina, 2000.

MESTIERI, João. **Embrião**. Revista Jurídica Consulex n. 32, p. 43

MIAILLE, Michel (1989). **Introdução Crítica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV – Direitos fundamentais, p.183-184).

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral. T. I, II e III. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOOR, Fernanda. **Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites** in Revista de Informação Legislativa, nº 152, dez/2001.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. pp. 107-149. Em: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria. Alice Sampaio Dória. 7. ed. rev. mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MOTES, Carlos. **Derecho de la persona y negocio jurídico**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1993.

MUÑOZ, DR; Fortes PAC. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**. Em: Costa SIF, Garrafa V, Oselka G. (orgs.). Iniciação à Bioética. Brasília, Conselho Federal de Medicina, Brasília, 1998, p. 99-110

NODARI, Rubens; GUERRA, Miguel Pedro et al. **Política nacional de biossegurança**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2880>>. Acesso em: 28 jun. 2004

NUMATA, Heloisa Naomi. **A intervenção genética em seres humanos e o Direito Penal: crimes de manipulação genética**. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina-Pr. Orientadora: Luciana Mendes Roberto. Londrina: 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia Genética: o sétimo dia da criação**. Fundamentos de Bioética. São Paulo: Editora Moderna, 1995.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Biodireito: manipulação genética e dignidade humana.** Curitiba: Juruá, 2004.

ORGAZ, Alfredo. **Derecho Civil Argentino. Personas Individuales.** Buenos Aires: Editorial de Palma, 1946.

OST, François. **A Natureza à margem da lei.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

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

PAESE, Joel. **Controvérsias na tecnociência. O Caso da Lei de Biossegurança no Brasil.** Tese apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Sociologia Política sob orientação da Prof^a. Dr^a. Julia Silvia Guivant. Florianópolis, setembro de 2007.

PALAZZANI, Laura. **Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. In Identidade e Estatuto do Embrião Humano.** (Coords: Correa, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio) Bauru: Edusc (Editora da Universidade do Sagrado Coração), 2007.

PARISE, Patrícia Spagnolo. **O biodireito e a manipulação genética de embriões humanos.** Goiânia: Kelps, 2003.

PAULA, Ignácio. **O respeito devido ao embrião humano in Identidade e estatuto do embrião humano.** (Coords: Correa, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio) Bauru: Edusc (Editora da Universidade do Sagrado Coração), 2007.

PAULINA, Iraci. **Células tronco: uma discussão que vale vidas.** Revista Cláudia número 1791. São Paulo: Editora Abril, 2009.

PENTEADO, Jaques de Camargo. (Org.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

PEREIRA, Cáo Mario. **Instituições de Direito Civil.** 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREZ, Jesus. **La dignidad de la persona.** Madrid: Editorial Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Fundamentos da Bioética.** 2^a ed. São Paulo: Paulus, 2002.

_____. **Problemas atuais de bioética.** 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Loyola, 1997.

PIOVESAN, Flavia; GRACIANO, Lilian. Pesquisas com células -tronco embrionárias e a convenção americana de direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica. Revista Eletrônica do CEJUR, 2007.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. 3ª ed, reimpressão. Rio de Janeiro, Editor Borsoi: 1971.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1980.

RABINOW, P. & DREYFUS, H. **Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RECASENS SICHES, Luis. **Vida humana, sociedad e derecho**. 3ª ed. México Porrua, 1952.

RIFKIN, Jeremy. **O Século da Biotecnologia**. A valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makronbooks, 1999.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira Roberto. **O direito à vida**. Portal Eletrônico do curso de Especialização em Direito do Estado da Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: [http://www.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo Direito à Vida.pdf](http://www.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_à_Vida.pdf).>Acesso em 02 out 2004.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo código civil**: In TEPEDINO, Gustavo (coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁ, Maria de Fátima. **Biodireito e Direito ao próprio corpo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**, 2ed. São Paulo: Cortez, 2000, v.1.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCALISE, Antonino. **Il valore de la persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

SCHWENCK, Terezinha. **Os novos direitos**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2566>>. Acesso em: 03 out. 2004.

SEGRE, Marco. **Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia**. Em: Segre M, Cohen C. (orgs.). Bioética. 3rd ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002. p.27-34.

SERRES, Michel.: **Hominescências: o começo de uma outra humanidade**.(tradução: Edgar de Carvalho). São Paulo: Bertrand Brasil, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estudo da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002

_____. **Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito**. Revista dos Tribunais nº 791, setembro de 2001, p. 102. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A Inumanidade da Clonagem Humana**. In Grandes temas da atualidade.V.3 – Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Biossegurança – entre as insuficiências do instituto da responsabilidade civil e a institucionalização da irresponsabilidade** in Grandes Temas da Atualidade: Responsabilidade Civil.Eduardo de Oliveira Leite (Coord.).Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SLAIBI, Maria Cristina Barros, juíza fluminense em **discurso de sua posse**; extraído do Informativo COAD – ADV n. 12, 21/03/03, p.01.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **A Criminalidade Genética**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995.

STEINER, Renata Carlos. **Crítica à Modernidade Jurídica: análise da categoria de sujeito de direito e os movimento sociais**. Em: Revista de Sociologia Jurídica. Volume 06, Dossiê Pluralismo Jurídico. Disponível em: www.sociologiajur.vilabol.uol.com.br/rev06renata.htm. acesso em 20/09/2008.

SZANIAWSKI, Elimar **O embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9 do Projeto de Lei do Senado n. 90/99**. Revista Trimestral de Direito Civil. Volume . Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. n. 1. 2004.

TOBEÑAS, Juan Castan. **Los Derechos del Hombre**. 4. ed. Madrid: Reus, 1992

TOGNOLLI, Claudio. Julio. **A falácia genética: a ideologia do DNA na imprensa**. Coleção Ensaios Transversais. São Paulo: Escrituras, 2003.

TOMASZEWSKI, Adauto. **A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/>. Acesso em 12.10.04.

TRIGUEIRO, Michelangelo. **O clone de Prometeu: a biotecnologia no Brasil: uma abordagem para a avaliação**. Brasília: UNB, 2002.

TRIUNFOL, Márcia. **Os clones**. São Paulo: Publifolha, 2003.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VELASCO, Caroline. **Reflexões sobre a natureza jurídica dos embriões excedentários na experiência brasileira contemporânea**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Polêmicas colocadas pela biotecnologia ao debate do direito moderno – uma breve reflexão ética e jurídica**. Disponível em: http://www.anppas.org.br/gt/sustentabilidade_risco. Acesso em 3.5.04

_____. Direitos humanos, ciência e modernidade: uma abordagem interdisciplinar dos dilemas introduzidos pela biotecnologia no debate do direito moderno contemporâneo. Tese apresentada ao curso de pós-graduação em Ciências Humanas, Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Humanas. Orientador: Prof. Dr. Héctor Ricardo Leis. Co-orientador: Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva.

VIEIRA, Teresa Rodrigues. **Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1964.

XAVIER, Élton Dias. **Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano**. In Grandes temas da atualidade.v.3 – Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
