

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL**

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONCEPTO HUMANO NA ERA DA
BIOTECNOLOGIA**

CRISTIANE BEUREN VASCONCELOS

*De acordo
Edmar do C. Leite
Ctfe - 25/07/2003*

Curitiba 2003

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONCEITO HUMANO NA ERA DA
BIOTECNOLOGIA**

**Dissertação apresentada no Curso de Mestrado
Interinstitucional, da Universidade Federal do
Paraná e Universidade de Passo Fundo.**

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

**Área de concentração: Direito das Relações
Sociais**

**Linha de pesquisa: Novos Paradigmas do
Direito Civil Contemporâneo**

Curitiba, setembro de 2003


**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONCEPTO HUMANO NA ERA DA
BIOTECNOLOGIA**

por

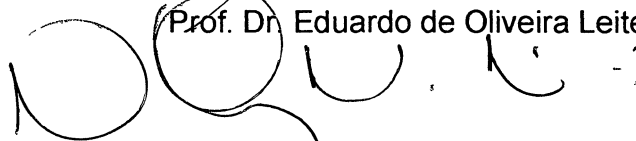
Cristiane Beuren Vasconcelos

Dissertação aprovada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre, no Curso de pós-
graduação em Direito, pela Comissão formada pelos
professores:

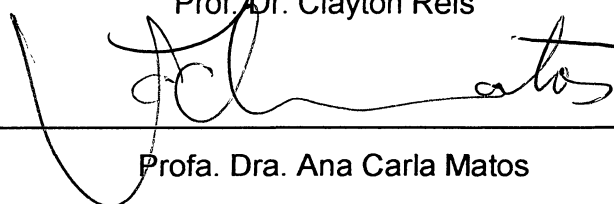
ORIENTADOR:



Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite



Prof. Dr. Clayton Reis



Profa. Dra. Ana Carla Matos

Curitiba, setembro de 2003

DEDICATÓRIA:

A conclusão de um trabalho que temos a graça e oportunidade de fazer é nossa realização. Agradecer àquelas pessoas que o tornaram possível através de sua valiosa colaboração é estender-lhes o mérito da conquista.

A meu filho Gabriel pelas horas que, dedicadas à pesquisa, privaram-me de sua preciosa companhia.

AGRADECIMENTO:

Ao meu sempre zeloso e solícito orientador o professor Dr. Eduardo Oliveira Leite, cuja inestimável contribuição e apoio serviram de luz e alento durante o longo trajeto percorrido nesta pesquisa, tornando esta conquista possível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
PARTE I. O INÍCIO DA VIDA HUMANA NA ERA DA BIOTECNOLOGIA	
CAPÍTULO I – A Biomedicina e a Biotecnologia Inauguram a Era da Reprodução Humana Artificial	07
Seção I. Procriação Humana Artificial: a manipulação da natureza pelas ciências biomédicas.....	09
§ 1 – Classificação	11
A) Inseminação Artificial.....	12
B) Fertilização <i>in vitro</i>	14
§ 2 - Engenharia genética	16
Seção II. Técnicas e Resultados da Procriação Assistida.....	18
§ 1 – Nas inseminações artificiais.....	19
A) IIU	19
B) GIFT.....	20
§ 2 – Nas fertilizações <i>in vitro</i> com a transferência de embriões (FIVETE).....	21
A) PZD	22
B) SUZI	22
C) ICSI	23
§ 3 – Destino dos embriões supranumerários resultantes das fertilizações <i>in vitro</i>	24
Seção III. O Início Biológico da Vida Humana: Fases da Fertilização.....	25

§ 1 – Fases	26
§ 2 – Conseqüências da fertilização.....	31
CAPÍTULO II – O conceito humano e o Direito	34
Seção I. Teorias acerca do início vital do conceito humano	34
§ 1 –Teoria concepcionista	34
§ 2 –Teorias genético-desenvolvimentistas.....	39
Seção II. Implicação das diversas teorias no âmbito das procriações artificiais.....	46
§ 1 – Eugenia.....	47
§ 2 – Manipulação de embriões em clivagem.....	49
§ 3 – Desvios de causa	51
CAPÍTULO III – Os direitos da personalidade em defesa do embrião pré-implantatório.....	55
Seção I. A Teoria Clássica <i>versus</i> o Direito Geral de Personalidade.....	55
§ 1 – Na Teoria Clássica: a bipartição dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Fundamentais	59
§ 2 - Direito Geral de Personalidade	62
Seção II. A proteção do nascituro através dos tempos	64
§ 1 – Na Antigüidade.....	64
§ 2 – No Direito Intermédio	65
§ 3 – Nos Códigos Civis do Direito Comparado	66
§ 4 – No Código Civil Brasileiro	69
Seção III. Um novo paradigma para o Direito Civil Contemporâneo: o embrião pré-implantatório é nascituro	69
§ 1 – O conceito de pessoa e o embrião pré-implantatório.....	73
§ 2 – Os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos: sua limitação	77

§ 3 – A proteção dos direitos da pessoa pelos princípios gerais de direito constitucional: uma visão personalista da pessoa e da própria ordem jurídica	79
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

**PARTE II. A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NASCENTE: AS PREVISÕES
LEGAIS FACE AO ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO**

CAPÍTULO IV – Na Legislação Supranacional: Os tratados e Convenções Internacionais	84
Seção I. Os direitos humanos e sua importância na atualidade.....	85
§ 1 – A Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	88
§ 2 – O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	89
§ 3 – O Pacto de São José da Costa Rica.....	90
§ 4 – A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos	92
§ 5 – A Declaração e Programa de Ação de Viena	93
Seção II. A exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais	95
CAPÍTULO V – Na Constituição Federal.....	98
Seção I. O direito à vida.....	102
Seção II. O direito à dignidade.....	105
Seção III. O direito à igualdade	107
Seção IV. O Princípio do melhor interesse da criança e do Adolescente.....	109
CAPÍTULO VI – Na Legislação Infraconstitucional.....	112
Seção I. De <i>lege lata</i>	112
§ 1 – No Código Civil	112
§ 2 – Na Lei n.º 8.974/95 (Lei de Biossegurança)	118
§ 3 – No Código Penal	119
Seção II. De <i>lege ferenda</i>	122

PARTE III

A BIOÉTICA E O BIODIREITO

CAPÍTULO VII – Na Bioética: o confronto das éticas com a <i>tekne</i>.....	126
Seção I. A ética da liberdade da autonomia da vontade.....	132
Seção II. A ética da responsabilidade.....	137
CAPÍTULO VIII – A Heteronomia e Autonomia Ética existente no Direito.....	142
Seção I. Do Pluralismo ético ao Monismo Jurídico.....	144
§ 1 – A origem do monismo jurídico	145
§ 2 – A crise das categorias clássicas	147
Seção II. O Pluralismo Ético no contexto normativo jurídico.....	149
CAPÍTULO IX – O Cientificismo e a ilusão da neutralidade científica.....	153
Seção I. As leis científicas e o normativismo jurídico.....	157
Seção II. A razão instrumental cientificista.....	160
Seção III. As barricadas do Humanismo: instrumentos éticos e jurídicos em construção.....	164
CONCLUSÃO	170
ANEXO	
Relatório n. 9816 da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa	173
BIBLIOGRAFIA	195

RESUMO

Numa época em que o progresso tecnológico deflagrado em todas as áreas do conhecimento humano hipnotiza e fascina a humanidade, o estudo convida a refletir e sopesar sobre onde essas novas tecnologias, sua utilização e incorporação poderão levar quando confrontadas com o futuro e o que ele pressagia. Na medicina, as fertilizações *in vitro* foram anunciadas ao mundo como esperança aos casais privados da capacidade natural de gerar. Mas, por revelarem-se extremamente lucrativas, essas técnicas passaram a ser amplamente disponibilizadas no contexto do mercado. Na escolha dos embriões para transferência, entraram considerações eugênicas. Paralelamente, surgiram os embriões excedentes. Seu destino: o descarte ou utilização como matéria-prima de pesquisa, com intervenção no seu genoma e possibilidades de iatrogenia, clonagem, etc. Conforme era esperado, não demorou para que suas conseqüências fossem sentidas na seara jurídica, demandando providências e o posicionamento do Direito na solução das controvérsias que delas afloravam. No entanto, pela sua complexidade, o tema abala a estrutura da Ciência do Direito relativizando, mediante evidências experimentais, a validade de institutos (filiação, sucessão) e categorias jurídicas (noções como as de pessoa, personalidade, sujeito de direito) secularmente arraigados e até então inquestionáveis. Dos questionamentos gerados pelo forte embate entre a Biotecnociência e o Direito é que nasceu o interesse pela presente pesquisa. Contrariando a coisificação do ser humano, a proposta é pela ampla valorização da vida, considerando-se criminosas quaisquer tentativas de agressão. Manipular geneticamente embriões humanos vivos – ainda que em prol da ciência – implica em crime contra a própria humanidade. Os argumentos do trabalho amparam-se na tutela dos direitos humanos reconhecidos a todas as pessoas, indiscriminadamente, e que são inerentes à sua personalidade. A opção pela Ética da Responsabilidade joniã, contrária ao cientificismo, resgata valores fundamentais da pessoa, compromete-se com a doutrina humanista e corrobora para com a defesa da elaboração de um estatuto jurídico específico para o embrião humano.

Palavras-chave: conceito, dignidade, responsabilidade, humanismo.

ABSTRACT

In a time where technological progress flares up into all areas of human knowledge hypnotizing and causing humanity's fascination, the study invites to consider and balance whereabouts these new technological realities, as well as its use or incorporation, will lead us on when confronted with the future and what it presages. In the medical field, the *in vitro* fertilization was firstly announced to the world as a new hope for couples deprived from the natural capacity of breeding. But, because these techniques revealed to be very profitable, they turned out being widely spread into the market context. In the matter of embryo's selection, eugenic evaluations started up being considered. Meanwhile, in a parallel level, the left over embryos issue arised. Their destiny: discard or use as (raw) material for biological research, with intervention in its genome and opened possibilities of iatrogenic consequences, cloning, etc. As expected, it didn't take long till its effects were felt in the legal field, demanding arrangements and Law's position in the release of the controversies that emerged. However, because of its complexity, the subject shakes Law's Science structure by questioning, through experimental evidences, the validity of secular institutes (filiation, inheritance) and juridical categories (notions as person, personality, creditor) until now indisputable. From the arguments produced by the strong clash between Biotechnoscience and Law, arised the interest for the present research. Standing against circumstances that intend to consider a human being as an object, the proposal goes towards the enlargement of life's value, considering criminal any attempts of its aggression. Genetically manipulate alive human embryos – even if on behalf of science – implies in criminal offense against humanity itself. The paperwork arguments are sheltered by the guardianship of the human rights recognized to all human beings, indiscriminately, and that are inherent to their personality. The option towards de jonian Ethic's of Responsibility, adverse to cientificism, recovers fundamental values of the person, pledges itself with the humanist doctrine and confirms its defence on the preparation of a specific juridical statute for the human embryo.

Keywords: concept, dignity, responsibility, humanism

INTRODUÇÃO

O tema “o conceito humano na era da biotecnologia” cujo estudo se propõe é fruto do interesse e curiosidade despertados pelo professor Eduardo de Oliveira LEITE quando ministrava sua primeira aula na disciplina de Metodologia Científica, no Curso de Mestrado Interinstitucional entre as Faculdades de Direito da UFPR e da UPF.

Nesta oportunidade, enquanto falava sobre a importância que o interesse do aluno – quanto ao tema que pretendesse desenvolver – representava para o sucesso do trabalho, mencionou que ficara impressionado com uma recente tese defendida e que tratava da situação jurídica dos embriões humanos concebidos e mantidos *in vitro*.

Apesar de já se dispor de um projeto, porém em área completamente distinta, nossa curiosidade foi se transformando em projeto de dissertação. Esse era realmente o tema que, com paixão, se desenvolveria.

O assunto é, de fato, inquietante e instigante. Numa época em que o mercado sobeja novidades tecnológicas e tenta convencer a todos de que o progresso vem para promover uma necessária melhoria da qualidade de vida, não raro se defronta com realidades e problemas de ordem econômica e social decorrentes dessa “evolução” a abalar inúmeros setores da sociedade e que antes da “tecnologia promissora” praticamente inexistiam.

Assim é, por exemplo, com o setor trabalhista. Apresentada aos aparatos técnicos robotizados, a indústria tem apostado, em nome de uma melhoria e padronização de acabamentos associada a menores custos de produção, na diminuição de investimentos em mão-de-obra humana direta, desligando, de forma crescente, funcionários de seus postos de trabalho. Com isso, o contingente de desempregados tem aumentado assustadoramente no mundo todo. A promessa de que essa massa trabalhadora seria absorvida por outros campos do mercado tem se afigurado uma quimera; por consequência, são graves problemas de ordem social gerados e até agora não resolvidos.

Outro exemplo é da área de informática. A informatização do

conhecimento humano, aliado à estratégia do *business* econômico, é capaz de atingir uma ampla gama de setores, levando informações aos mais variados pontos do planeta em “tempo real”. Ou seja, as informações não só se deslocam mais rapidamente como, ao mesmo tempo, atingem uma infinidade maior de destinatários. A essa nova velocidade no campo negocial muitas vezes também o direito se encontra despreparado para enfrentar.

A esse fenômeno, que transpõe os limites territoriais dos Estados e que valoriza a abertura das fronteiras do comércio, direcionando-o para o âmbito internacional, chama-se “globalização” (ou “mundialização”, como preferem alguns). Fomentado pelo mercado capitalista, o fenômeno incentiva o desejo de consumo e tem procurado reformular o próprio quadro das necessidades humanas essenciais, levando a que os bens deixem de ser perenes para se tornarem cada vez mais etéreos.

Dentre as principais características da sociedade tecnológica contemporânea estão o caráter de substituição dos bens, das coisas e das pessoas, do poder de reciclagem dos aparatos técnicos e de sua conseqüente descartabilidade. A vida útil dos bens é cada vez mais curta porque um novo modelo logo será considerado ultrapassado, de tal modo que o consumidor cada vez mais é tentado a adquirir nova tecnologia, o modelo “de ponta”. E esse produto, tão logo saia da loja, já está fadado ao mesmo curto prazo, num processo que é cíclico. Hoje tudo pode tomar o lugar de tudo e o mercado representa esta fonte inesgotável capaz de oferecer ao consumidor a satisfação da mais variada gama de interesses, necessidades e preferências.

É assim também na área das ciências biológicas. Quando a tecnologia invadiu o campo da procriação humana – no final da década de 1970 – possibilitou a transmutação de uma ciência, antes basicamente contemplativa, numa ciência preditiva. Se, no passado, a reprodução humana consistia em ato íntimo e velado do casal, não ultrapassando o recôndito sagrado da família, hoje ela se afigura como uma realidade nova, completamente “reinventada”: a fusão dos gametas humanos é promovida em laboratório.

Se a contracepção humana possibilitou o adiamento do projeto parental aos casais com capacidade natural de gerar, as novas tecnologias conseguiram ir além: dissociaram o ato sexual da reprodução da espécie! Médicos e cientistas atingiram o ponto de prescindir por completo da união sexual para atingir o objetivo

reprodutivo. Os gametas humanos são retirados de cada um dos pais envolvidos no procedimento por aparatos técnicos específicos, sendo após preparados para, num último momento e sob condições ideais (atingidas artificialmente), serem induzidos à fusão que resultará no surgimento de uma nova vida.

Sob o argumento de que referidas tecnologias estariam à disposição apenas de casais a quem a natureza negara a possibilidade de realizar o tão sonhado projeto parental, o alto custo do procedimento e os lucros gerados com sua realização fizeram com que rapidamente transpusesse os limites iniciais e viesse a ser disponibilizado no mercado para todos os eventuais interessados.

E também aqui a biotecnologia revelou ter seu lado desalentador. É que os métodos utilizados para a obtenção de embriões geram, em cada procedimento, certo número de embriões excedentes, os quais, caso não restarem implantados em futuras fertilizações, resultarão descartados ou sujeitos à utilização como matéria-prima de pesquisa.

A progressão nesta área, com a descoberta e decodificação do DNA, por sua vez, fez com que, aliada às tentativas de obtenção dos embriões, se tornasse determinante a escolha não mais aleatória, mas calcada em características particulares. Se algo não fosse condizente com o desejo específico dos pais, poder-se-ia tentar contornar o problema mediante incursões no código genético do embrião envolvido no procedimento. Acolhia-se agora o embrião sob certas e determinadas condições. Assim, a reprodução assistida, que trafegava nos planos da esperança e alegria, logo passou a trafegar nos planos da eugenia e da iatrogenia.

Enquanto os médicos brincam de ser Deus, sob os argumentos de que estão desvelando os mistérios da natureza humana ao homem e possibilitando que ele venha a ser um espécime melhorado no futuro, verdadeiros atentados contra a humanidade vêm sendo perpetrados. A incursão da ciência no genoma humano afeta o futuro de várias gerações vindouras. E na base disso tudo encontra-se o embrião humano, (ser) objeto de pesquisa, violentado em sua dignidade e carecedor de proteção. Situado no limbo, diante das categorias jurídicas postas, está a demandar, urgentemente, um lugar e consideração específicos.

Trabalhar a categoria “embrião humano” *in vitro* importa trazer à tona acaloradas discussões de Teoria Geral do Direito, principalmente no que concerne a conceitos jurídicos clássicos, como o de nascituro, de pessoa, de personalidade. No cerne de todas essas questões está a determinação do início da vida humana, da

pessoa e de sua personalidade.

O tema não é pacífico e mede forças com facções poderosas do mercado capitalista – ávido por lucros –, para o qual nesse contexto, é importante e crucial que o Direito exatamente não interfira. Se o fizer, atribuindo, por exemplo, caráter protetivo ao ser concebido, porá em causa projetos milionários da bioindústria da reprodução humana e da farmacologia, ameaçando a estratégia industrial-militar e redundando em enormes prejuízos de ordem econômica aos investidores e estrategistas interessados.

Mas e aí vem a pergunta: e a vida humana não importa exatamente em outro valor? Ela se resumiria a isso, ou o dinheiro teria, efetivamente, o poder de diminuí-la?

O escopo deste trabalho é situar o ser humano concebido *in vitro* até o momento que antecede sua efetiva transferência ao ventre materno para continuidade do seu desenvolvimento. Ou seja, ele se encontra num estágio anterior àquele em que se situa o embrião *in anima nobile*, cuja *fattispecie* já se encontra respaldada legislativamente.

Por isso, a construção deste trabalho implica em sua divisão em três partes:

A primeira delas, denominada “O início da vida humana na era da biotecnologia”, é composta por três capítulos. No primeiro, explicam-se os métodos de procriação artificial atualmente existentes, diferenciando-os de modo a proporcionar ao leitor a percepção de quais os que representam atualmente a pedra de toque dos problemas gerados pelos embriões excedentes. Em seguida, trata-se da questão do início da vida humana do ponto de vista biológico. Para isso, enumeram-se as fases e conseqüências da fertilização humana no intuito de, a partir da pré-compreensão das minimalíssimas progressões por que perpassa o ovo humano em seu trajeto vital inicial (da fecundação até o embrião propriamente dito), poder-se vislumbrar com clareza o início da vida. O segundo capítulo noticia as teorias hoje existentes acerca do início da vida, seus principais fundamentos, para, finalmente, resgatar as conseqüências que decorrem de sua adoção nos âmbitos da eugenia, manipulação genética de embriões e outros desvios do programa procriativo inicialmente proposto. No terceiro capítulo, a pesquisa volta-se para a defesa do embrião pré-implantatório pela alocação desta categoria no contexto dos direitos de personalidade. Traça-se, para isso, um breve esboço histórico tanto da

origem desses direitos como do conceito de “nascituro”, até se chegar ao momento atual, quando este último é contraposto às categorias de “pessoa” e “personalidade” já devidamente adaptadas à sua construção conceitual evolutiva. A recaptura dessa evolução conceitual é determinante para que se possa vislumbrar o embrião pré-implantatário inserido não só na categoria de “nascituro” como também na de “pessoa”, capaz, portanto, de reclamar direitos a si inerentes, decorrentes de sua personalidade.

A segunda parte do trabalho, intitulada “A proteção da vida humana nascente: as previsões normativas em face do Estatuto Jurídico do Embrião”, subdivide-se, igualmente, em três capítulos, cada qual trabalhando a questão do embrião pré-implantatário a partir do complexo normativo atualmente vigente. A análise parte de uma consideração hierárquica das normas, tendo como premissas os “direitos humanos”, em sede de direito internacional, ou “direitos fundamentais”, quando devidamente constitucionalizados no âmbito interno. A argumentação parte da consideração dos principais tratados voltados a essa área e que, por sua vez, incluem a proteção da vida e da dignidade do embrião pré-implantatário dentre os direitos humanos essenciais conferidos à humanidade. No capítulo seguinte, são abordados os princípios fundamentais sobre os quais se erige o Estado Democrático na Carta brasileira. A vida, a dignidade, a igualdade e o melhor interesse da criança e do adolescente são versões que primam pela defesa da vida humana embrionária *in vitro*. O sexto capítulo trabalha a matéria segundo sua previsão infraconstitucional, tergiversando, não obstante, suas considerações, em contra/(justa)posição com as do *referendum* constitucional (através de uma visão constitucionalista da ordem interna posta).

Apesar de um certo teor crítico permear todas as parte deste trabalho, é na terceira e última parte, ao se direcionar a eleição do tema à “Bioética e o Biodireito”, que esse caráter toma contornos mais específicos. No sétimo capítulo, opta-se por eleger as duas correntes éticas que se considera mais expressivas no âmbito mundial, identificando seus principais fundamentos e a forma com que trabalham a questão da importância da vida humana embrionária. A primeira delas, defendida por ENGELHARDT e SINGER, denominada “Ética da Liberdade da Autonomia da Vontade”, justifica os meios empregados pela ciência, em prol do fim maior almejado, baseada no critério da racionalidade. A segunda corrente, chamada “Ética da Responsabilidade”, sustentada por JONAS e HABERMAS, contesta

veementemente essa “racionalidade” impondo a necessidade do estabelecimento de um juízo ético de valor da pessoa humana em primeiro lugar, não só em defesa desta pessoa, mas de todas as suas gerações futuras e, por conseqüência, da própria humanidade. No capítulo VIII, vê-se como essas éticas, conquanto manifestamente opostas entre si, e, portanto, excludentes, convivem simultaneamente no cotidiano. Verifica-se que isso se dá em virtude de “ética” e de “direito” serem categorias com naturezas especificamente distintas: a ética é autônoma, ao passo que o direito é heterônomo. Enfim, no último capítulo do trabalho debatem-se, de forma crítica, questões provenientes da realidade científica da atualidade. Examina-se o cientificismo, em que consiste e como é inculcada na sociedade a impressão de que a ciência é neutra, quando, na verdade, é direcionada pelo interesse de minorias. Trata-se dos imperativos que forçam sua normalização e dos perigos que circundam a razão instrumental cientificista. Por último, na tentativa de resgatar o valor essencial da pessoa humana, evoca-se o retorno da Filosofia Humanista, em sua segunda fase, que resgata a unidade do ser humano em seus aspectos biológico, material e moral.

O objetivo deste trabalho é, a partir de um efetivo conhecimento de causa, convocar a sociedade à tomada de uma posição frente às perversidades que a tecnociência propaga impunemente. Entre o *ser* da ciência e o *dever ser* do biodireito, impõe-se a proeminência deste último. A justificativa para esta escolha? O valor – irrestrito, incondicional e sem paralelo – da pessoa humana.

PARTE I . O INÍCIO DA VIDA HUMANA NA ERA DA BIOTECNOLOGIA

CAPÍTULO I – A BIOMEDICINA E A BIOTECNOLOGIA INAUGURAM A ERA DA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

Nas palavras de Michel Serres, uma vez era “Deus [quem] combinava, associava, comparava os possíveis, um a um, dois a dois, conjunto por conjunto, e criava o mundo tal como ele é pela otimização dos resultados da combinatória. Pusemos a mão no entendimento divino e nos processos criativos descritos por Leibniz, no jogo dos arranjos e dos extrema”.¹

Instaurou-se, entretanto, uma nova era: a da predição, escolha e combinação do homem pelo homem. Numa ante-sala da vida, os possíveis aguardam antes de se apresentar ao mundo atual. Sua espera depende da “escolha” dos mestres da ciência, os “guardiões da bilheteria, do corredor, da porta estreita onde os possíveis apresentam seus pedidos para existir. Eles podem anulá-los facilmente”.²

Pois bem, este é o melindroso tema que se propõe tratar neste trabalho, não obstante, a problemática resultante das novas técnicas de procriação medicamente assistida, especialmente no que concerne à vida latente e do destino a ser dado aos embriões supranumerários, para ser bem posta, dependa da pré-compreensão de alguns conceitos e situações envolvendo a área médica.

A biologia sempre foi responsável pelo desvelamento ao mundo exterior das inúmeras conquistas obtidas nos campos da morfologia e da fisiologia molecular das espécies. Não obstante, no âmbito da reprodução dessas espécies, esta ciência alastrou seu campo de atuação, transportando-se de mera dissecadora em manipuladora de resultados.

No dicionário, o termo “biologia” define-se como: “S.f. estudo dos seres vivos e das leis da vida; estudo das características gerais dos seres vivos.”³ Nessa caracterização, em sua concepção tradicional, a biologia encerra mistérios, parece

¹ TESTART, Jacques *O ovo transparente*, p 13

² TESTART, J Idem, p. 15

enigmática. Há muito, não obstante, que esta fase ficou para trás. Hoje, a ciência biológica manipula moléculas e átomos de forma a se obter um resultado predeterminado ou não, dependendo do conteúdo investigatório pretendido. Deixou de ser curativa para transformar-se em preditiva, numa ciência de criação. Ultrapassou-se a idéia de estático, pronto e acabado, passando a considerar-se uma nova realidade: dinâmica, repleta de novidades, perspectivas e novas possibilidades. Esta é a biologia com que se defronta na contemporaneidade, carecedora de uma nova construção/caracterização conceitual, pois que a antiga encontra-se, definitivamente, em crise.

A instituição familiar, um dos pilares do direito desde a Antigüidade, apesar de ter perpassado os tempos adequando-se a mudanças de toda espécie (uniões estáveis, famílias monoparentais, uniões homoafetivas,...), persuadindo a contemporaneização dos textos jurídicos, por incitação veemente da doutrina e da jurisprudência, parece não se ter abalado em um dos seus elementos mais genuínos: o projeto parental.

A reprodução humana, tema dos mais específicos na área biológica, sempre teve um significado à parte na história da própria humanidade. A possibilidade do homem de dar continuidade à espécie deixando neste mundo o legado de sua existência esteve sempre ligada à sua própria dignidade. Conforme noticia Auguste Jardé⁴, já na Grécia o divórcio era concedido em duas hipóteses: em casos de adultério e de esterilidade. Aliás, segundo o mesmo autor, o cidadão espartano era obrigado a contrair núpcias antes de atingir a idade de trinta anos, sob pena de só ser considerado homem digno quando já tivesse filhos.

A atualidade pouco mudou a importância desse desejo no seio social. A possibilidade de adiamento do projeto parental, experimentado pelo avanço da medicina com a descoberta dos métodos contraceptivos, deu ao homem uma sensação de poder, o poder de conter a natureza ou de, pelo menos, exercer o seu controle sobre ela. Contudo, é um controle somente tolerado, por significar um adiamento calcado na voluntariedade dos agentes. É que essa conquista, não obstante, não elidiu a profunda sensação de fracasso experimentada pelo casal que se descobre incapaz de procriar. Tal situação continua trazendo conotações

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, p. 260

⁴ JARDÉ, Auguste *A Grécia antiga e a vida grega*, p. 205

negativas à imagem que se procura refletir dentro da sociedade. A descoberta da infertilidade, independentemente do pólo que a origina, é sempre devastadora e compromete o equilíbrio emocional do casal voltado para o projeto de filiação.

Aqui, novamente, vem em seu favor a biotecnociência. A impossibilidade de procriar foi transposta pela descoberta no âmbito da reprodução medicamente assistida, de técnicas capazes de contornar a esterilidade conjugal, de forma a suplantar a deficiência que a natureza lhes relegou e realizar o tão almejado projeto parental.

SEÇÃO I. PROCRIAÇÃO HUMANA ARTIFICIAL: A MANIPULAÇÃO DA NATUREZA PELAS CIÊNCIAS BIOMÉDICAS

A abordagem do progresso conquistado pelas ciências biomédicas hoje, não é tarefa fácil. Essa área específica do conhecimento humano tem causado perplexidade com suas descobertas. A medicina inaugurou o campo das procriações artificiais, terreno fértil a toda uma plêiade de discussões, de diversas ordens, conclamando a humanidade para um debate generalizado. Tema dos mais aporéticos, no qual grandes interesses econômicos estão em jogo, tem incitado juristas, teólogos, psicólogos, autoridades do mundo inteiro, conclamando a todos, exigindo-lhes uma tomada de posição, sob pena de restar unicamente à lógica de mercado o domínio pela sua utilização. Este já assumiu abertamente sua posição de propulsor e patrocinador da comunidade científica mundial nesta corrida contra o tempo pela posse do *know-how* da engenharia do corpo humano. No entanto, nesse âmbito não se conhecem outros limites que não o lucro.

Somente no século XVII estudos da comunidade científica anunciaram a esterilidade conjugal, suplantando a crença de que somente a mulher era responsável pela impossibilidade natural de gerar. Assim, a esterilidade também passou a atingir os homens.

Foi sob o pano de fundo de uma suposta “esterilidade” que se deu a partida no estudo da morfologia dos seres e da fisiologia da reprodução, quando, em meados do século XIX (1875 e 1890), descobriu-se que a fertilização ocorria a partir da fusão dos núcleos dos gametas feminino (óvulo) e masculino (espermatozóide).

Dentre os avanços do século XX estão: a descoberta dos hormônios determinadores das funções ovarianas, a dissecação dos gametas masculinos e a fixação do calendário menstrual (resultado de pesquisas em torno da ovulação). Em sua última década, a partir da dissecação da molécula do DNA (ácido desoxirribonucléico), teve início um dos maiores projetos científicos de que a humanidade já teve notícia: o projeto Genoma Humano, cujo intento consistia no mapeamento dos genes humanos para entender a lógica e a complexidade das funções exercidas pelos organismos vivos. Financiada pelos Estados Unidos em colaboração com outros cinco países, a pesquisa apresentou um primeiro esboço do código genético humano em 2000, embora o anúncio das descobertas oficiais aconteceria em 2001.⁵

O avanço que isso significa na área médica é surpreendente. Fala-se na pré-deteção de males hereditários, dentre os quais o câncer de mama, de ovário e colorretal, a propensão genética para a obesidade após a gravidez, a tendência à trombose venosa, além do diagnóstico de outras mutações genéticas responsáveis por doenças como a hipertensão, diabetes, etc.

Tendo como pano de fundo o cenário dos casais inférteis⁶ que desejam realizar o projeto parental que lhes foi negado pela natureza, a medicina moderna mergulha nas possibilidades extras proporcionadas pelas técnicas de reprodução assistida. Desvelando segredos preciosos ligados à anatomia e à fisiologia das células germinativas humanas, inaugura o conhecimento do que outrora foi uma face obscura da vida.

Para melhor compreender o ponto de partida deste estudo, faz-se necessário pontuar as diferenças entre a reprodução ou procriação assistida e a engenharia genética que se lançou mão, ainda que de forma ampla, nas considerações feitas até o presente momento. Apesar de essas situações coexistirem, em determinadas circunstâncias, são técnicas diferentes e que objetivam atender a diferentes necessidades.

Para isso, emprega-se uma classificação das primeiras no intuito de estabelecer sua distinção em relação às segundas.

⁵ As receitas do livro da vida *In Revista Época*, Rio de Janeiro Globo, 19 fev 2001, p 96-98

⁶ Os vocábulos “esterilidade” e “infertilidade” são utilizados como sinônimos, objetivando indicar a impossibilidade de procriar de forma natural, gerando a ausência de filhos. Não obstante, de acordo com o vocabulário técnico empregado na medicina, designam problemas de natureza diferente, ainda que seus

§ 1 - Classificação

A questão, que de forma sucinta foi posta por José Roque JUNGES, implica, primeiramente, a distinção entre a procriação assexuada e a sexuada. Diz respeito à primeira delas o empenho científico que milita em torno na clonagem humana. Não obstante referida classificação não abrigar o consenso da área médica,⁷ optou-se por ela neste trabalho por questões didáticas. Já a procriação sexuada pode assumir duas formas: a *espontânea* - que corresponde à união natural dos gametas feminino e masculino através da relação sexual entre homem e mulher; e a *assistida* - quando se faz necessária qualquer intervenção artificial de terceiro para corrigir ou substituir o modo natural.⁸

A reprodução ou procriação assistida consiste, basicamente, na realização do projeto parental pelo uso das técnicas de inseminação artificial e fecundação *in vitro* homóloga ou heteróloga e da maternidade por substituição, àqueles impedidos de obtê-la pelas vias naturais.

No concernente ao lugar da fecundação, a procriação assistida pode ser **intracorpórea**, sempre que a fecundação ocorrer *in vivo*, ou seja, na cavidade uterina da mulher, ou **extracorpórea**, quando ocorrer *in vitro*, ou seja, a união dos gametas (concepção) é viabilizada prescindindo-se do ato sexual.

Estão abrangidas na primeira forma (intracorpórea) as inseminações artificiais intra-uterinas e a técnica de retirada dos gametas e sua transferência para o interior da trompa de falópio onde ocorrerá a fecundação (IIU= Inseminação Intra-Uterina e a GIFT= Transferência Intra-Tubária de Gametas ou *Gametes Intra Falopian Transfer*). Comportando a denominação de inseminação artificial (IA), poderá ser **homóloga** sempre que os gametas e o útero gestacional provirem dos cônjuges envolvidos na prática médica, ou **heteróloga**, conforme haja a necessidade de utilização de um ou de ambos os gametas (casos de esterilidade) de terceiros, bem como o recurso a outra estrutura uterina de gestação.

resultados, na prática, sejam idênticos (BOTTELLA, J *Esterilidad e infertilidad humanas* 2 ed Barcelona Editorial Científico-Médica, 1971, p 4)

⁷ Na ótica de Bruce Alberts, não existe reprodução humana assexuada. Ela sempre será sexuada, ainda que não se promova o encontro sexual dos pares (como na fusão dos gametas *in vitro* ou na clonagem em que não há diversidade genética) envolvidos no procedimento. Até mesmo na clonagem em que se recorre a somente um gameta, sendo ele o óvulo independente, ao menos diretamente, do espermatozóide -, o organismo-mãe não é a doadora do óvulo (com número haplóide de cromossomos), mas o doador do núcleo diplóide extraído de uma célula somática (que sofreu a intervenção de um gameta masculino) Apud Reinaldo Pereira e Silva *Introdução ao biodireito: investigações político jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*, pp 75-76

⁸ JUNGES, José Roque *Bioética - perspectivas e desafio*, p 149

A fecundação homóloga não apresenta dificuldades de ordem ética, moral ou religiosa, basicamente porque não depende da contribuição de terceiros doadores para atingir o tão almejado projeto parental. Apenas se necessita da contribuição médica para promoção das condições apropriadas para que ela ocorra *in vivo*.

Já as considerações acerca da fecundação artificial **heteróloga**, que se subdivide em *genética* (quando houver doação de gametas) e *gestacional* (quando houver substituição do útero), convertem-se em um turbulento mar de discussões de várias ordens: técnica, moral, religiosa, ética e também jurídica, seja no campo das inseminações artificiais seja no das fertilizações *in vitro*.

Já os métodos de procriação assistida **extracorpórea** consistem nas técnicas de fertilização *in vitro* com a transferência do embrião (FIVET = Fecundation *In Vitro* with Embryo Transfer)⁹. São normalmente utilizados quando não existem condições para fertilização no ambiente tubário¹⁰, fator masculino e fatores desconhecidos, ou, ainda, quando frustradas técnicas intracorpóreas anteriores. Poderá o ser acompanhado de transferência intra-uterina de embriões (FIVET), ou de transferência intratubária de zigotos (ZIFT e TET), após a fertilização *in vitro* convencional ou por micromanipulação de gametas (a serem consideradas adiante).

José Roque JUNGES pontifica: “Na diferença entre procriação assistida intracorpórea e extracorpórea está implicado o significado humano de procriar e na distinção entre procriação assistida homóloga e heteróloga está comprometido o sentido humano e psicológico das relações familiares de maternidade e paternidade”.¹¹

A) Inseminação Artificial

A palavra “inseminação” resulta da expressão latina *inseminare*, com o prefixo *in* significando “dentro”, e *sêmen* que quer dizer “semente”. Define-se como a introdução de sêmen do cônjuge ou de outro doador no trato genital feminino.

A inseminação artificial homóloga (**IAH**) é utilizada como terapêutica de primeira linha em pacientes inférteis por diferentes causas. O sucesso desta terapia

⁹ A sigla brasileira é FIVETE = fertilização *in vitro* e transferência de embriões. Na França, a palavra FIVETE compõe-se das iniciais das expressões *fécondation in vitro et transplantation d'embryon* (SÉVE, Lucien *Para uma crítica da razão bioética*, p. 239, nota de rodapé n. 24)

¹⁰ Em virtude de ausência, obstrução ou aderências das trompas

depende dos pacientes para os quais é indicada, da forma de realização e do tempo para início e término do tratamento.¹² Suas indicações terapêuticas são dirigidas aos seguintes casos: transtornos de ejaculação (anatômicos¹³, neurológicos ou psicológicos), fatores cervicais (produção insuficiente ou qualidade alterada de muco), fatores masculinos (Oligo/asteno/teratospermia¹⁴), fatores imunológicos femininos e masculinos (presença de anticorpos antiespermatozóides no soro ou muco cervical feminino, ou no soro ou plasma seminal masculino), e, ainda, fatores inespecíficos ou infertilidade sem causa aparente (endometriose e outras).

A metodologia da fertilização artificial homóloga consiste, basicamente, na coleta e preparação do sêmen do marido (concentrando a maior quantidade de espermatozóides em um meio de cultura livre de plasma seminal, leucócitos e bactérias)¹⁵, seguido de estimulação ovariana para um aumento na produção de oócitos com a finalidade de aumentar a chance de concepção. Como o período de tempo para a fertilização é limitado, a inseminação intra-uterina deve ser feita o mais próximo possível da atividade ovulatória (*timing*).

Dentre os métodos utilizados nas inseminações artificiais homólogas estão a transferência intratubária de gametas (GIFT) e a transferência de zigoto nas trompas de falópio (ZIFT), cujas técnicas e resultados serão melhor explicitados na próxima seção do trabalho.

Antes da tomada de qualquer decisão acerca de sua submissão a IA, é importante que o paciente tenha acesso a todas as informações concernentes ao procedimento, bem como da viabilidade do tratamento. Fatores como a etiologia e tempo da infertilidade, história obstétrica da paciente, idade, características do espermograma, custo-benefício e outros devem ser pesquisados para a indicação de um diagnóstico bem preciso pelo médico.

A inseminação artificial heteróloga também chamada inseminação artificial com doador (**IAD**) ou heteroinseminação é aquela realizada em mulher casada com

¹¹ JUNGES, José Roque. Obra citada, p 151

¹² NEUSPILLER, Nicolas. Inseminação artificial, p 577 (BADALOTTI, Mariângela, TELOKEN, Cláudio, PETRACCO, Álvaro. *Fertilidade e infertilidade humana*)

¹³ Dentre eles a *impotência coeundi* (incapacidade de depositar o sêmen, via atividade sexual, no interior da vagina da mulher) e a má formação congênita do aparelho genital externo masculino ou feminino

¹⁴ A oligospermia reflete a escassez de espermatozóides no sêmen, a astenospermia a deficiência na mobilidade do espermatozóide, já a teratospermia diz respeito a anomalias morfológicas dos espermatozóides

¹⁵ Um dos métodos mais utilizados é a lavagem de espermatozóides (*sperm wash*) em solução salina ou meio de cultura seguida de centrifugação (para aumentar sua concentração)

sêmen originário de terceira pessoa, alheia à relação, ou em mulher não casada. É indicada nos casos de esterilidade masculina definitiva ou doenças hereditárias.

As inseminações homólogas não causam maiores transtornos por se circunscreverem à esfera particular dos cônjuges envolvidos, o que não ocorre com a inseminação heteróloga. Tirante a necessidade de recrutamento de doadores, seleção e seguimento dos pacientes de forma a conseguir voluntários saudáveis, sem doenças geneticamente transmissíveis ou infecções e com líquido seminal de ótimas características, o procedimento é o mesmo das inseminações homólogas.

No entanto, por ser campo fértil de transtornos de várias ordens (moral, religiosa, psicológica e até mesmo jurídica), só é recomendável em último caso. É que surgem conflitos emocionais de ordem intrapessoal com respeito ao cônjuge atingido pela esterilidade; psicólogos apontam para frustrações e autoflagelos subconscientes causados pelo sentimento de incapacidade fisiológica, além dos transtornos de ordem moral e religiosa a revestir referida prática da pátina de adultério.

O próprio art. 1º da Seção I (Princípios Gerais) da Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina expressa: “As técnicas de reprodução assistida (RA) tem o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução atual de infertilidade”.

B) Fertilização *in vitro*

O manejo laboratorial diário dos gametas masculinos,¹⁶ escorados na necessidade de obtenção de espermatozóides em número adequado e de boa qualidade para as inseminações heterólogas, estimulou sobremaneira os estudos sobre a gametogênese masculina, na busca por uma taxa de inseminação condizente. Referida pesquisa minuciosa do processo de fertilização humana deu-se *in vitro*, uma vez que referido processo *in vivo* é praticamente impossível. Aníbal Costa assevera: “O uso da doação de gametas e embriões permitiu, pela primeira vez, separar os papéis masculino e feminino no processo de reprodução humana e

¹⁶ O que, infelizmente, não se desenvolveu de forma semelhante com a investigação da função reprodutiva feminina

também individualizar a contribuição embrionária e endometrial no processo de implantação”.¹⁷

Por essa técnica de procriação assistida, o médico, em laboratório, numa “placa de petri” ou em um tubo de ensaio - portanto *extracorporeamente* -, promove a reunião do material genético feminino e masculino com vistas à fusão e conseqüente formação do ovo ou zigoto (óvulo já fecundado), que, por sua vez, será introduzido no útero da mulher tão logo for constatado o início da sua divisão celular.

São quatro as hipóteses incidentes para a utilização da fertilização *in vitro*: a) a doação de óvulo; b) a doação de esperma; c) a doação de embrião; e o d) empréstimo de útero. Cada uma delas tem particularidades, características e facetas próprias.

A doação de óvulo comportaria a criação de bancos de óvulos, à semelhança dos bancos de sêmen já existentes. No entanto, a medicina ainda não domina a técnica de descongelamento de oócitos sem atingir sua integridade estrutural, de forma que “enquanto não se conseguir um protocolo de congelamento seguro e reproduzível, não se aconselha a sua utilização”.¹⁸ Na esfera jurídica, essa doação já é suficiente para causar transtornos uma vez que a mãe uterina não é a mãe biológica, muito embora o pai civil seja o pai biológico.

Uma pesquisa feita pelos Centros de Estudo e Conservação de Ovos e Esperma Humanos (CECOS) franceses¹⁹ demonstrou que as maiores preocupações dirigiam-se à saúde do doador (pela ausência de doenças sexualmente transmissíveis e hereditárias), no anonimato absoluto, bem como a motivação do doador (que deveria ser “conhecida e aprofundada pelos psicólogos”)²⁰. Outro aspecto interessante a ser ressaltado é que mais da metade das mulheres entrevistadas manifestou a preocupação de o marido doador vir, no futuro, a estabelecer uma relação afetiva com a criança (do casal receptor) ou com a mulher receptora do sêmen. Apesar de constituir reconhecido avanço científico como método de combate à infertilidade masculina, no concernente aos problemas

¹⁷ COSTA, Anibal A. Fertilização *in vitro* (IVF) e transferência de embriões (ET) indicações atuais In *Fertilidade e infertilidade humana*, p 601

¹⁸ CALDERÓN, Gloria, VEIGA, Anna, BARRI, Pedro Criopreservação de oócitos e embriões humanos In: *Fertilidade e infertilidade humana*, p 675-676

¹⁹ Na França, referida doação obedece ao seguinte critério deverá ser feita por um casal fértil (de preferência que já tenha filhos de comprovada saúde e com ausência de patologias hereditárias) Ver por todos Eduardo de Oliveira Leite In *As procriações artificiais e o direito* aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, p 50-51

psicológicos, religiosos e morais já apontados, a doação de esperma parece seguir a mesma linha de preocupações gerada na doação de óvulos.

A terceira hipótese consiste em uma das modalidades de fertilização *in vitro* em que os gametas geradores do embrião provêm de terceiros doadores, ou seja, “enquanto a doação de óvulos é doação unipessoal, de uma mulher (doadora) para outra (receptora) a doação de embriões é bilateral, de casal para casal”.²¹ Neste caso, tanto o pai civil como a mãe geradora (uterina) não são os pais biológicos da criança.

A quarta hipótese, referente ao empréstimo de útero, constitui-se sempre que à infertilidade da mulher se some a incapacidade de gestação, sendo necessária a intervenção de uma terceira pessoa para lhe emprestar o útero. Como resultado, a mãe biológica não é a mãe uterina da criança.

As técnicas (FIVETE e técnicas de micromanipulação: PZD, SUZI e ICSI) utilizadas na fertilização *in vitro* serão explicitadas na próxima seção do trabalho.

§ 2 - A engenharia genética

Consiste nas inúmeras técnicas de manipulação - para fins de pesquisa ou não - de material genético, capazes de alterar a sua estrutura natural original. Fátima Oliveira²² leciona que a engenharia genética – através das técnicas e processos que viabilizam a manipulação do código genético da molécula de DNA e, em última instância, o gene – constitui hoje um ramo importante da biotecnologia²³.

Assumiu vital importância com a implantação oficial, em 1990, do projeto genoma humano²⁴, cuja finalidade precípua consistia na decodificação do código

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira *Procriações Artificiais e o Direito* aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, p. 51

²¹ LEITE, E O *Idem*, p. 63

²² OLIVEIRA, Fátima *Engenharia genética: o sétimo dia da criação*, p. 66.

²³ Termo que atualmente consiste no conjunto de conhecimentos e procedimentos na área biológica que objetivam manipulação da matéria viva, com vistas ao melhoramento e à transformação das espécies pela via da seleção artificial (seja pela degradação, síntese e/ou produção de outras), utilizando-se, para tanto, de técnicas preexistentes ou elaborando outras, específicas ao fim pretendido

²⁴ Para melhor compreender os termos científicos envolvidos neste projeto poder-se-ia utilizar a seguinte ilustração em forma de metáfora o **genoma** é o conjunto completo de informações existente no DNA de um organismo (compare-se a uma **biblioteca**), o **cromossomo** é a parte da célula que contém dados hereditários – pacotes de DNA (seriam as **prateleiras** da biblioteca); o **DNA** é uma molécula filamentar em espiral que contém sequências específicas de bases (seria o **livro** da biblioteca); o **gene** é um pedaço desta grande sequência de bases dentro da molécula, que definem a produção de proteínas necessárias à formação de cada parte do corpo humano (correspondendo ao **capítulo** do livro), e as **bases** são as unidades que formam a molécula do DNA representadas pelas letras a, c, g e t (correspondentes às **palavras**) Falta aos cientistas, agora, decifrar a

genético humano, ou seja, no mapeamento (localização) e seqüencialização (ordem de agrupamento dos pares de bases nitrogenadas) dos genes humanos. O estudo corresponde, metaforicamente falando, à hipótese de alguém bater uma foto das entranhas do homem capaz de revelar, precisamente, que agentes determinam o papel e a função de cada célula do corpo. Apesar de o projeto ter previsão de término somente em 2005, esse primeiro esboço já apresentou algumas conclusões definitivas.

No concernente à fertilizações *in vitro*, fala-se no diagnóstico genético pré-implantacional (PGD: *Pre-implantation genetic diagnosis*), consistente na retirada de uma célula de um embrião de 8 a 16 células com a finalidade de executar exames capazes de diagnosticar patologias. A partir dessas descobertas entra em cena a genética da pré-implantação, visando tratar as patologias antes da implantação do embrião (até o 14º dia, por ser uma fase que alguns cientistas defendem como sendo de pré-embrião, não se identificando nele a pessoa humana) no útero materno. Os preceitos éticos com que se debatem os cientistas nessa área dizem respeito exatamente à destruição dos embriões afetados por essas anomalias (que direito temos de rejeitá-los), bem como a destruição, nesse mesmo processo, de embriões sãos, em virtude da carência de acuidade do procedimento.²⁵

Outra novidade surgida das descobertas científicas envolvendo o genoma humano a partir dos estudos nesta área foi o surgimento da *terapia gênica*, consistente “no uso de genes em lugar de drogas para tratamento de doenças genéticas e não-genéticas”.²⁶

Também chamada de “geneterapia”, envolve diversas formas de intervenção genética, dentre as quais as mais importantes são a terapia de células somáticas e a terapia em linha germinal. A primeira consiste na introdução de genes terapêuticos em determinadas células acometidas de patologias com o intuito de substituir os genes portadores de deficiência. Já a terapia em linha germinal vale-se da manipulação de embriões pré-implantatórios²⁷ em fase de clivagem, visando

linguagem escrita do corpo humano (LEMOS, Fabiana A sequência da vida **Estado de Minas**, Belo Horizonte 20 de fev de 2001, p 19)

²⁵ EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRIOLOGY *The moral status of the pre-implantation embryo*. Human Reproduction, p. 1046-1048

²⁶ GARRAFA, Volnei, COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.) *A bioética do século XXI*, p 91

²⁷ O termo “embrião pré-implantatório” será utilizado nesta monografia para demonstrar umas das muitas fases pelas quais o embrião humano atravessa em seu contínuo processo de desenvolvimento no período compreendido entre a concepção e sua efetiva implantação na mucosa uterina, aproximadamente seis dias depois

alterar sua expressão gênica. Na medida em que “a terapia de células somáticas não pretende modificar o indivíduo humano em sua totalidade, mas apenas aquelas células humanas que são consideradas doentes”,²⁸ intervenções nesta área incluem-se na seara dos direitos personalíssimos dos indivíduos, recaindo a opção por tal procedimento na esfera da “responsabilidade individual de cada pessoa humana”²⁹. Contrariamente, a terapia gênica em linha germinal “trata-se não apenas de um ato de experimentação científica para o avanço do conhecimento, mas um ato de manipulação da própria constituição biológica da humanidade”.³⁰ Destarte, “enquanto patrimônio comum da humanidade, as deliberações envolvendo intervenções da terapia em linha germinal, porque transmissíveis à descendência biológica, ultrapassam os limites da responsabilidade individual”,³¹ colocando “em jogo o direito de um terceiro estranho à decisão terapêutica, o conceito, cuja linhagem resta manipulada, atingindo assim, as futuras gerações”.³²

O tema é, pois, aporético e levanta discussões não só na seara jurídica, como também em ordens paralelas – ética, medicina, filosofia, religião, etc –, não menos importantes. Não obstante, a indiscutível necessidade de um diálogo interdisciplinar na busca de um consenso social quanto à proteção do embrião, tem implicado no retardamento de soluções concretas, efetivas, resultando num problema que já se prolonga excessivamente no tempo.

SEÇÃO II. TÉCNICAS E RESULTADOS DA PROcriação ASSISTIDA

As técnicas de reprodução assistida podem ser conduzidas em ciclo natural ou em ciclo com estimulação ovariana (no intuito de aumentar o recrutamento folicular). O protocolo será selecionado na dependência do procedimento a ser adotado: nas técnicas intracorpóreas deve ser o suficiente para produzir no máximo quatro folículos dominantes, a fim de não aumentar o risco de gestação múltipla; e, em casos de FIV, a estimulação ovariana é mais agressiva, tendo em vista o recurso do congelamento dos embriões excedentes.

²⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*, p 293

²⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e *Idem*, *ibidem*

³⁰ AZEVÊDO, Eliane Elisa de Souza e, citada por SILVA, Reinaldo Pereira e *In Introdução ao biodireito investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*, p 293

³¹ SILVA, R. P. *Idem*, *ibidem*

Entende-se ser interessante elucidar as formas pelas quais as diversas técnicas de procriação artificial se materializam hodiernamente, bem como seus parâmetros objetivos de resultado. Para tanto, leva-se em consideração tanto técnicas referentes às inseminações artificiais quanto aquelas concernentes às fertilizações *in vitro* (FIVETE).

§ 1 – Nas inseminações artificiais

São duas as técnicas utilizadas nas inseminações artificiais, quais sejam: a inseminação intra-uterina (IIU) e a transferência intratubária de gametas (GIFT).

A) A inseminação intra-uterina (IIU)

Técnica de inseminação intracorpórea consistente no depósito de espermatozóides, após preparo seminal, dentro da cavidade uterina da mulher, durante seu período periovulatório. As indicações para esta técnica de inseminação artificial são: fator cervical³³ e masculino leve, aderências mínimas, endometriose sem distorção significativa da anatomia dos órgãos reprodutivos, insuficiência lútea e infertilidade sem causa aparente (idiopática).

Após a estimulação ovariana, quando o folículo dominante atingir 17mm é administrado o hCG (5 a 10 mil UI), sendo a inseminação realizada em torno de 36 horas após, com a deposição intra-uterina de uma suspensão de espermatozóides. Durante a fase lútea, continua-se o apoio com injeções hCG ou progesterona micronizada por via vaginal ou oral.

O sêmen também deve ser preparado com o objetivo de concentrar o maior número possível de espermatozóides com motilidade progressiva rápida, livrando-os do líquido seminal e de outras células *debris* presentes. É que o líquido seminal reduz sua competência de fertilização por conter fatores incapacitantes. Foram observados melhores resultados quando a inseminação foi realizada com uma concentração maior que 5×10^6 de espermatozóides móveis.

³² RICOLFI, Marco, apud SILVA, Reinaldo Pereira e. Idem, p. 293-294.

³³ Considera-se como fator cervical a falha persistente da penetração espermática no muco cervical obtido no momento oportuno do ciclo menstrual adequadamente controlado, na presença de ejaculado normal e na ausência de fatores patológicos normais do colo (COSTA, Anibal A “Fertilização *in vitro* (IVF) e transferência de embriões (ET) indicações atuais In *Fertilidade e infertilidade humana* Obra citada, p 602)

Dezesseis dias após a inseminação, é realizada a primeira dosagem de b hCG, a qual, sendo positiva, poderá ser confirmada posteriormente via ultrasonografia, para a identificação de sacos gestacionais.

Resultado: os percentuais de gestação por ciclo variam de 6 a 25%, de acordo com o fator de infertilidade.

B) Transferência intratubária de gametas (GIFT)

Método de procriação artificial apresentado pelo argentino Ricardo Asch (1984) como forma alternativa de fecundação *in vitro*, indicada para o caso de esterilidade inexplicada, fator masculino, endometriose sem causa aparente e fatores uterino-anatômicos que possam tornar extremamente difícil a transferência transcervical dos embriões (obtidos *in vitro*), em pacientes que tenham, no mínimo, uma trompa normal. Permite que a fecundação ocorra *in vivo* (no corpo humano), o que facilita sobremaneira sua aceitação, dada sua menor artificialidade.

Nos estágios iniciais, ensinam BALMACEDA e GOLDSMAN³⁴, a transferência intratubária de gametas é semelhante à fecundação *in vitro*, pois ambas partem da necessidade de estimulação da ovulação, coleta e preparação do esperma. Em seguida, e é aqui que elas se dissociam, após a etapa de preparação dos óvulos eles são misturados com o esperma do cônjuge³⁵ – via cateter – e imediatamente introduzidos laparoscopicamente³⁶ numa ou em ambas as trompas da mulher. Este método utiliza até quatro óvulos e uma média de duzentos a quinhentos mil espermatozóides por trompa (o número mínimo é de cem mil).

Resultado: os percentuais de gestação por ciclo são de 35%, segundo o Registro da Sociedade Americana de Técnicas de Reprodução Assistida (Society for Assisted Reproductive Technology, 1995), consistindo no índice de maior probabilidade de sucesso dentre as demais técnicas de inseminação artificial até agora utilizadas.

³⁴ BALMACEDA, José P., GOLDSMAN, Mônica P. “Transferência intratubária de gametas”, in *Fertilidade e infertilidade humana*, p. 591-599

³⁵ Originalmente, os gametas eram carregados no cateter, deixando espaço preenchido por ar entre eles, com o propósito de evitar qualquer contato dos gametas antes de sua colocação nas trompas. Atualmente, os gametas são colocados juntos, salvo havendo solicitação específica dos pacientes devido a crenças religiosas.

³⁶ É a técnica de transferência mais utilizada, por oferecer excelentes resultados, além de propiciar a rápida recuperação da paciente, a qual é liberada de 2-3 horas após o procedimento. No entanto, além de ser uma técnica cara, depende de anestesia geral.

§ 2. Nas fertilizações *in vitro* com a transferência de embriões (FIVETE)

As técnicas de fertilização *in vitro* procuram reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de Falópio (onde a fecundação do oócito normalmente ocorreria), promovendo a fecundação dos gametas humanos em um tubo de ensaio e transferindo, posteriormente, os embriões obtidos para o útero da mulher.

Compreende, para tanto, várias etapas, dentre elas: (a) a estimulação da ovulação, (b) punção folicular e cultura de óvulos, (c) coleta e preparação do espermatozóide, (d) armazenagem dos gametas, (e) inseminação e cultura dos embriões em clivagem, (f) preservação de embriões, e, finalmente, (g) introdução dos embriões no útero.³⁷ Os embriões que excederem o número suficiente serão congelados.

São três os ingredientes necessários para uma fertilização *in vitro* bem-sucedida: óvulos maduros, espermatozóides ativos normais e um meio de cultura apropriado.³⁸

A transferência de zigotos nas trompas de falópio conjuga a técnica de fertilização *in vitro* com a da transferência de gametas, e, de acordo com o momento em que é feita poderá ocorrer: a PROST (*Pro Nuclear Stage Transfer*), quando a transferência ocorrer após a constatação da presença dos pró-núcleos (mais ou menos 12-18 horas após a fecundação *in vitro*); a ZIFT (*Zygote Intra Falopian Transfer*) e a TEST (*Tubal Embryo Stage Transfer*), cujas ocorrências se dão após um período maior de tempo, com vistas a propiciar uma maior divisão celular dos embriões (de duas a oito células) antes da transferência.

O sucesso inicial da fertilização *in vitro* é determinado pelo exame do óvulo no dia seguinte. Se dois pronúcleos forem evidentes, presume-se que a fertilização ocorreu.

Os índices de sucesso das técnicas de fertilização *in vitro* em geral variam de 24 a 31%.³⁹

³⁷ CARLSON, Bruce M *Embriologia humana e biologia do desenvolvimento*, p 103

³⁸ Um dos fatores mais importantes para obter uma fertilização *in vitro* bem-sucedida é ter em mãos ovócitos adequadamente maduros. Quando os óvulos coletados, resultado de tratamento de estimulação ovariana, encontram-se em diferentes estádios de desenvolvimento, os *imaturus* são cultivados por um breve período até atingirem maior grau de fertilização. Os óvulos aspirados são envolvidos pela zona pelúcida, a corona radiata e por uma quantidade variável de *cumulus oophorus*. A remoção do excesso de tecido do *cumulus oophorus* às vezes facilita a penetração do espermatozóide (CARLSON, Bruce M. Obra citada, p 104)

³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p 43

Para CARLSON,⁴⁰ as razões para a baixa porcentagem de sucesso, tanto nas transferências de embriões como da proporção de gravidezes completadas após a fertilização *in vivo* normal, ainda não são totalmente compreendidas pela ciência médica, que sugere, apenas, como possíveis razões: (a) uma baixa porcentagem de continuação do desenvolvimento dos embriões mantidos *in vitro*; (b) implantações mal-sucedidas, possivelmente em virtude da não-preparação do endométrio; (c) falha posterior intrínseca do embrião.

Na busca por índices de implantação mais expressivos, a medicina procurou investir na especialização de microcirurgias, surgindo, assim, a PZD, SUZI e ICSI que serão descritas a seguir.

A) Dissecação parcial de zona (PZD)

Por esta técnica, o oócito é preso por sucção por um *holding*, de forma que a maior área do espaço perivitelino fique colocada na posição “12 horas do relógio”. Uma microagulha pontiaguda fura tangencialmente a zona pelúcida de um lado a outro. Então, o *holding* é colocado sobre a pipeta perfurante e friccionado para a frente e para trás até que a zona seja incisada e o oócito liberado. Aberta a fenda na zona, os oócitos são transferidos para a solução de esperma e são inseminados.⁴¹

Os índices de gravidez por ciclo de aspiração oocitária resultaram extremamente baixos, na ordem de **3,8%**.

B) Inseminação subzonal (SUZI)

Nesta técnica de micromanipulação, o oócito é imobilizado e o *holding* mantém o corpo polar na posição “12 ou 6 horas do relógio”. A pipeta de injeção vai ao espaço perivitelino, na posição de “1 ou 2 horas do relógio”; no interior do espaço perivitelino, a ponta da microagulha é mexida delicadamente e o foco é reajustado para se observar a deposição dos espermatozóides⁴².

⁴⁰ CARLSON, B M Obra citada, p 106

⁴¹ TARÍN, Juan José “Técnicas de micromanipulação para fertilização assistida” In *Fertilidade e infertilidade humana*, p 613-620

⁴² TARÍN, J J Obra citada, p 616-618

Pesquisas demonstram que a SUZI não é uma técnica de micromanipulação efetiva, resultando numa baixa taxa de fertilização, em torno de **18,2%**. Esses dados são parecidos com a média dos Estados Unidos e do Canadá publicados pela Society for Assisted Reproductive Technology da Sociedade Americana de Fertilidade.

Esta técnica é mais indicada para pacientes masculinos com falha grave na fertilização em ciclo de inseminação *in vitro* prévio ou que têm menos de cinqüenta mil espermatozóides móveis recuperados após a preparação do esperma. Mesmo assim, os índices de sucesso não são muito alentadores.

C) Inseminação intracitoplasmática (ICSI)

Consiste na introdução de um espermatozóide no citoplasma de cada óvulo e tem sido indicada em casos de grande debilidade dos espermatozóides.⁴³

Nesta técnica, o oócito é imobilizado pelo *holding* mantendo o corpo polar na posição “12 ou 6 horas do relógio”; a pipeta de injeção é empurrada pela zona pelúcida e pela membrana plasmática de forma a atravessá-las, adentrando no citoplasma na posição de “3 horas do relógio”. Um único espermatozóide é aspirado pela cauda para dentro da ponta da pipeta de injeção e injetado no interior do oócito.⁴⁴ Esta técnica é considerada um importante avanço no tratamento da infertilidade masculina grave, respondendo positivamente em casos de alteração seminal gravíssima (com exceção dos embriões derivados de homens com teratospermia grave, cujo índice de implantação resultou muito reduzido), já condenada à infertilidade definitiva mesmo com a FIV convencional, PZD e SUZI.

Resultado: esta é a técnica que apresentou resultados mais positivos, chegando até mesmo ao índice de **46,3%** (nas fertilizações monospérmicas) e **37%** de gravidezes clínicas por transferência. Por seu alto índice de sucesso dentre as demais técnicas de fertilização, tem sido largamente utilizada nas clínicas de todo o mundo.

⁴³ CARLSON, B M Idem, p 104

⁴⁴ TARÍN, J J Idem, p 617-618

§ 3 – Destino dos embriões supranumerários resultantes das fertilizações *in vitro*

Como a maioria das técnicas de fertilização *in vitro* utiliza os tratamentos de estimulação ovariana, dá-se vazão à obtenção de vários embriões, os quais não poderão ser transferidos na sua totalidade (o máximo permitido pela Resolução do CFM é o número de três ou quatro) para evitar gravidezes múltiplas e, conseqüentemente, de risco para as gestantes e até mesmo para os bebês, além de prevenir os riscos já existentes de multiparidade.

Como não existem normas internacionalmente uniformes acerca do número ideal de embriões a serem transferidos, cada país adota uma posição diferente: na Singapura, o número de transferências é de quatro embriões para mulheres acima dos 35 anos com dois insucessos em tentativas anteriores; na Itália, a regra é de três, extensível a quatro para mulheres acima dos 36 anos; na Coréia do Sul o número varia de quatro a seis; na Grécia, de cinco a sete⁴⁵; na França, os Cecos limitaram o número a três ou quatro⁴⁶; no Brasil, o limite de transferência também é de quatro.⁴⁷

Para decidir pelos que serão efetivamente implantados, esses são separados em duas categorias: os aproveitáveis (ou mais viáveis) e os mais fracos. Destarte, somente os primeiros serão os selecionados.

E quanto aos que não forem utilizados? O que o futuro lhes resguarda?

O prazo de crioconservação tem sido estipulado em cinco anos, com base num documento denominado Informe Warnock (*Inquiry Warnock into Human Fertilisation and Embryology*), publicado no Reino Unido em 1984. Decorrido esse período de “validade”, poderiam os embriões ser utilizados em pesquisas (dependendo de leis nacionais acolherem essa possibilidade, como o fizeram a França, a Inglaterra e a Espanha)⁴⁸ ou simplesmente destruídos. Não obstante, referido documento é considerado arbitrário e plenamente refutável cientificamente, haja vista sua motivação não encontrar qualquer respaldo nos tratados de biologia,

⁴⁵ COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira da; OSELKA, Gabriel, GARrafa, Volnei (Coord) *Iniciação à bioética*. Brasília Conselho Federal de Medicina, 1998, p 119

⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira Obra citada, p 63

⁴⁷ Resolução n° 1 358/92, Seção I – Dos Princípios Gerais – número 6

⁴⁸ Na França, pela Lei n° 94-654, de 29/07/1994, art 9°, na Inglaterra, Lei de 1°/11/1990, art 14, 4, e, na Espanha, pela Lei n° 35 de 22/11/1988, art 11, 3 (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, p 28-9)

mas, sim, na literatura dedicada às tecnologias da infertilidade.⁴⁹ Outrossim, há o conhecimento de que dois procedimentos realizados nos Estados Unidos utilizando embriões de sete e oito anos de congelamento, respectivamente, resultaram em gravidezes e partos de bebês absolutamente normais.⁵⁰

Enquanto a maioria dos países ainda não prevê critérios ou soluções jurídicas específicas acerca do prazo de armazenamento dessas vidas, o mundo depara-se com outro resultado mais sombrio: uma enorme quantidade de embriões excedentes crioconservados em laboratório à espera de um destino, seja ele o de um futuro projeto parental (que muitas vezes não ocorre por razões de várias ordens: desistência ou separação posterior do casal, morte de quaisquer dos cônjuges, etc.), seja o da pesquisa e manipulação científicas, utilização em indústrias de cosméticos, ou, ainda, o descarte.

Para se ter uma idéia, em 1995 estimava-se haver mais de cinquenta mil embriões congelados em hospitais e clínicas do mundo⁵¹; em 1996 a estimativa oficial era de aproximadamente dez mil só na França⁵²; só no Brasil, até 2001, já se tinha conhecimento da existência de cerca de onze mil embriões armazenados.⁵³

A necessidade de estabelecimento de um *status* para estes embriões é premente, tendo em vista a necessidade de adoção de medidas institucionais capazes de prevenir o problema. Mas, para isso, é mister que se decida acerca do início da vida humana...

SEÇÃO III. O INÍCIO BIOLÓGICO DA VIDA HUMANA: FASES DA FERTILIZAÇÃO

Para uma avaliação das diversas teorias acerca do início da vida humana ,a ser tratada na seção seguinte, é imprescindível que se tenha plena compreensão das diversas fases envolvidas na fertilização humana.

⁴⁹ SILVA R P e Obra citada, p 88-89 O autor noticia inclusive a existência de dois outros documentos governamentais o Relatório Waller, do Estado de Vitória, na Austrália (1984) e o Informe Palácios, publicado na Espanha em 1986 (Idem, ibidem)

⁵⁰ GOLDIM, José Roberto citado por Maria Olga MATTAR in · BARBOZA, Heloísa Helena, et alli “A ética cristã e a eliminação dos embriões mais fracos no processo de reprodução humana” *Novos temas de biodireito e bioética*, p 157

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, p 163

⁵² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, p 33

⁵³ DELGADO, Mário O novo Código Civil e a fertilização artificial Disponível em <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-fev2002/artigos-antiores.html> Acesso em 10 mar 2003

Sabe-se que o ambiente natural de fertilização humana deveria dar-se na ampola da tuba uterina humana; não obstante, em se tratando de métodos de fertilização *in vitro*, referido evento ocorre extracorporeamente.

Para MOORE & PERSAUD, “a fertilização consiste numa seqüência complexa de eventos moleculares coordenados que começa a partir do contato do espermatozóide com o ovócito e termina com o embaralhamento dos cromossomas maternos e paternos na metáfase da primeira divisão mitótica do zigoto”.⁵⁴ Ressaltam ainda os autores que qualquer anormalidade ocorrente no interregno deste evento seqüencial pode causar a morte do embrião unicelular.

São geralmente seis as etapas discriminadas nos manuais de embriologia consistentes nas fases da fertilização: penetração na corona radiata, fixação e penetração na zona pelúcida, fusão dos gametas; término da segunda divisão meiótica e formação do pronúcleo feminino, formação do pronúcleo masculino, dissolução das membranas pronucleares em preparação para a primeira divisão mitótica.

§ 1. Fases

Antes de se adentrar nas fases específicas pelas quais passam os gametas feminino e masculino em seu destino à fertilização do óvulo, é importante que se compreendam previamente algumas das principais especificidades dessas células germinativas.

Tanto o espermatozóide como o ovócito são células sexuais altamente especializadas, não obstante, como qualquer outra célula somática⁵⁵ do organismo humano, a princípio, contêm 46 cromossomas (ou 23 pares de cromossomos). Este é o número máximo possível para um ser humano considerado normal. Como explicar, então, que a fusão de ambos e, assim, sucessivamente, de geração para

⁵⁴ MOORE, K L, PERSAUD, T.V N Idem, p 32 No mesmo sentido. CARLSON, Bruce M. *Embriologia humana e biologia do desenvolvimento* (trad Ithamar Vugman) Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1996

⁵⁵ A célula somática humana contém um número **diplóide** (23 pares de cromossomos) São 22 pares de cromossomos homólogos (autossomos) e um par de cromossomos sexuais. Quando o par sexual é **XX**, o indivíduo é geneticamente feminino, quando o par é **XY**, o indivíduo é geneticamente masculino Um cromossomo de cada par é originalmente derivado da mãe enquanto que o outro é herdado do pai (SADLER, T W *Langman Embriologia médica*, p 3) Enquanto submetidas a constantes divisões mitóticas (autoduplicação com preservação das características originais das células-mãe para as células filhas) as células somáticas mantêm

geração não resulte num sem-número cumulativo de pares de cromossomos para cada ser da nossa espécie? É exatamente aqui que a natureza demonstra mais uma de suas extraordinariedades: enquanto submetidos ao estágio de formação – denominado *ovogênese* nas mulheres e *espermatogênese* nos homens – as células germinativas sofrem uma redução no número de cromossomos através de uma peculiar divisão celular denominada “meiose”.

A meiose, termo originário do grego *meiosis*, que significa diminuição, dá-se durante a gametogênese. Em sua preparação para a fertilização, tanto as células germinativas femininas como as masculinas, passam pela meiose e pela citodiferenciação. A meiose consiste em duas divisões celulares meióticas, processo durante o qual o número de cromossomas das células germinativas é reduzido pela metade (23, número haplóide) do número presente nas demais células do corpo (que é de 46, o número diplóide).⁵⁶

Antes de sofrerem essa redução, tanto o ovócito como o espermatócito são chamados de “células germinativas primárias” (por conterem exatamente o dobro da quantidade normal de DNA, como qualquer outra célula somática).

Na primeira divisão meiótica, os cromossomos homólogos pareiam⁵⁷ (processo chamado *sinapse*), trocam material genético do segmento das cromátides⁵⁸ (processo chamado *cross-over*) e se separam, com um representante de cada par se deslocando para cada pólo. Assim sendo, após esta primeira fase ter sido completada, cada célula-filha possui um membro de cada par de cromossomos, possuindo assim, 23 cromossomos de estrutura dupla, ou seja, com a mesma quantidade de DNA de uma célula somática normal.⁵⁹

Logo depois da primeira divisão meiótica, a célula dá início a uma segunda divisão de maturação. Agora, nenhuma síntese de DNA é realizada antes da divisão. Os 23 pares de cromossomos de estrutura dupla dividem-se ao nível do

o número diplóide de cromossomos, ou seja, o DNA permanece o mesmo em quantidade e qualidade, antes e depois da divisão

⁵⁶ MOORE, K L , PERSAUD, T.V N Obra citada, p 16-17

⁵⁷ Esse pareamento é exato ponto a ponto, exceto na combinação X-Y Como cada cromossomo individual é uma estrutura dupla contendo duas cromátides, cada par homólogo tem quatro cromátides **Nas divisões mitóticas os cromossomos homólogos nunca fazem pareamento.**

⁵⁸ As **cromátides** são as duas subunidades paralelas que cada cromossomo possui Estas duas subunidades são unidas por uma região estreitada e comum a ambas, denominada **centrômero** (SADLER, T W *Embriologia médica*, p 3)

⁵⁹ SADLER, T W *Embriologia médica de Langman*, p 5

centrômero⁶⁰ e cada uma das células-filhas recém-formadas recebe 23 cromátides. Assim, a quantidade de DNA nestas células equivale, agora, à metade da quantidade existente na célula somática normal⁶¹ e os cromossomos de cada uma delas são diferentes entre si.⁶²

A importância da meiose na esfera do desenvolvimento humano poderia ser assim sintetizada:⁶³

- ela mantém constante o número de cromossomos de geração para geração, de diplóide para haplóide, produzindo sempre gametas haplóides;
- permite a seleção ao acaso dos cromossomos maternos e paternos entre os gametas;
- por meio do *crossing-over* dos segmentos de cromossomos, ocorre a realocação dos segmentos provenientes de cada um dos pais, embaralhando os genes e produzindo, por conseqüência, uma recombinação do material genético.

Essa recombinação do material genético a ser transferido às novas gerações proveniente do *crossing-over* é um fenômeno que reduz a um valor insignificante a probabilidade de dois zigotos⁶⁴ reunirem os mesmos genes. Só para se ter uma idéia, a possibilidade dessa hipótese ocorrer é a resultante da divisão de um sobre um seguido de nove mil zeros.⁶⁵

Além do mais, as contribuições maternas e paternas em cada novo ser que se forma são completamente aleatórias. E se for considerado que cada pai e mãe também são produtos da troca natural de informações genéticas dos seus antepassados e, assim, sucessivamente em toda a linha ascendente da reprodução, podemos facilmente imaginar a dificuldade de ocorrência de repetição de um mesmo código genético em dois indivíduos! É praticamente impossível!

Atente-se agora, de forma mais adrede, às sucessivas fases enfrentadas pelo ser humano antes, durante e logo após a fertilização do oócito. Como gametas humanos solitários operam a transformação que resulta no alvorecer de uma nova vida...

⁶⁰ Centrômero é a região estreitada comum às duas cromátides e que as une

⁶¹ SADLER, T W Idem, ibidem

⁶² SADLER, T W Idem, p 2

⁶³ MOORE, K L , PERSAUD, T V N Idem, ibidem

⁶⁴ O termo “zigoto” caracteriza o ovócito secundário fertilizado Origina-se do grego *zygotus* e quer dizer “acoplados”

⁶⁵ LIMA, Celso Piedemonte *Genética humana*, p 13

A) Penetração do espermatozóide no oócito secundário (primeiro dia)

Ao se encontrarem com o ovócito secundário na tuba uterina, os espermatozóides deparam-se com uma camada multicelular que o circunda: a corona radiata.⁶⁶ Transposta a corona radiata, o espermatozóide, continuando a expelir enzimas (agora as *esterases*, a *acrosina* e a *neuraminidase*), abre caminho pela zona pelúcida, a etapa seguinte a ser vencida. Esta camada, apesar de ter espessura delgada e composição extremamente simples, desempenha papéis importantíssimos, dentre eles: **(a)** atua como barreira permitindo tão-somente que espermatozóides da mesma espécie tenham acesso ao ovócito; **(b)** uma vez alcançada a fertilização, ela sofre uma *reação de zona*, com uma modificação de suas propriedades de forma a torná-la impermeável à entrada de espermatozóides adicionais; **(c)** nas fases iniciais da clivagem (divisão mitótica do zigoto), atua como filtro poroso, permitindo o acesso de certas substâncias oriundas da tuba uterina ao ovo; **(d)** impede a implantação prematura do ovo na parede da tuba uterina.⁶⁷

O que ocorre a seguir é a fusão dos gametas, fase que consiste na união das membranas celulares (plasmáticas) do espermatozóide e do ovócito. No local do contato elas se fundem e rompem (dissolvem); a cabeça e a cauda do gameta masculino penetram no citoplasma do ovócito, deixando a membrana plasmática para trás.⁶⁸

Após a fusão, formam-se os pronúcleos. MOORE e PERSAUD⁶⁹ explicam que, assim que o espermatozóide adentra no ovócito secundário, este completa a sua segunda divisão meiótica formando um ovócito maduro (óvulo) e um segundo corpo polar. O núcleo do ovócito maduro é denominado “pronúcleo feminino”.

Já no interior do citoplasma do ovócito, o núcleo existente na cabeça do gameta masculino aumenta de tamanho, dando origem ao “pronúcleo masculino” e sua cauda degenera.

⁶⁶ Esta camada de matriz intercelular é composta de proteínas e grandes concentrações de carboidratos. Dentre os principais carboidratos lá encontrados estão o ácido hialurônico e a acrosina, ambas enzimas, que são liberados pela cabeça do espermatozóide no momento em que este entra em contato com a corona radiata. A atuação destas enzimas, principalmente o ácido hialurônico, é motivo de crença para os cientistas, facilita a travessia do gameta masculino pela corona radiata, através de perfurações promovidas na camada à medida que avançam em direção ao núcleo do ovócito. Não podem ser desprezados ainda os movimentos natatórios ativos que também exercem importante tarefa na transposição desta etapa (CARLSON, B. M. *Embriologia humana e biologia do desenvolvimento*, p. 25-26; MOORE, K. L., PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*, p. 28).

⁶⁷ CARLSON, B. M. *Idem*, p. 27, 41-42; MOORE, K. L., PERSAUD, T. V. N. *Embriologia básica*, p. 32.

⁶⁸ MOORE, K. L., PERSAUD, T. V. N. *Idem*, *ibidem*.

⁶⁹ MOORE, K. L., PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*, p. 31.

Do ponto de vista morfológico não há como se distinguir o pronúcleo feminino do pronúcleo masculino. É durante seu crescimento que ocorre a replicação do DNA.

B) Dissolução das membranas pronucleares e a primeira divisão mitótica (segundo ao terceiro dia)

Assim que as membranas dos pronúcleos se dissolvem, os cromossomos se condensam e se dispõem preparando-se para a primeira divisão mitótica.

O ovócito fertilizado agora passa a chamar-se “ovo” ou “zigoto” e já é um embrião, ainda que em estágio unicelular. Da combinação dos dois pronúcleos (masculino e feminino), cada um com número haplóide de cromossomos, resulta um zigoto diplóide (46 cromossomos).⁷⁰ A conclusão desta fase (de recomposição do número cromossômico da espécie) implica a aquisição, pelo zigoto, da informação genética necessária a ditar o seu próprio desenvolvimento, já rigorosamente orientado como um novo sistema, regulando a sua própria duplicação e todas as demais características fenotípicas futuras.

C) Da clivagem do zigoto à fixação do embrião no útero materno (segundo ao sexto dia)

A clivagem é um fenômeno que se caracteriza pelo início de sucessivas divisões celulares (mitóticas) do ovo, que tem seu início a partir da fecundação. Essas divisões darão origem a células-filhas de menor tamanho chamadas “blastômeros” (seu conjunto implica um número de oito e ocorre entre o segundo dia); esta fase, em condições normais, poderia ser identificada na tuba uterina durante o trajeto do zigoto até o útero materno. Aproximadamente 72h após a fecundação, quando o conjunto de blastômeros atingir o número de dezesseis (aproximadamente terceiro dia), passará a denominar-se “mórula” (aspecto semelhante a uma amora, daí a terminologia)⁷¹ e precisará receber uma certa quantidade de líquido uterino para separar suas células em duas porções: uma

⁷⁰ MOORE, K L , PERSAUD, T V N *Embriologia básica*, p 32 Este estágio é atingido aproximadamente 12 horas após a transposição, pelo gameta masculino, da corona radiata

⁷¹ Numa gravidez normal esta fase inauguraria a penetração do zigoto na cavidade uterina (BADALOTTI, Mariângela, PETRACCO, Álvaro et al *Fertilidade e infertilidade humana*. O endométrio, p 95)

externa, chamada “trofoblasto” e que dará origem à placenta e membranas embrionárias, e outra interna, o “embrioblasto” ou “blastocisto”, que constituirá o concepto propriamente dito. A fase seguinte (e que ocorre por volta do sexto dia) é a fixação do embrião na parede do endométrio uterino, fenômeno também chamado de “nidação”, quando iniciam transformações hormonais no organismo da mãe reveladoras do seu estado gravídico.

Pela necessidade da particular contribuição materna (penetração líquido uterino) é que nas fertilizações *in vitro*, a transferência dos zigotos se dá no estágio de formação dos blastômeros (terceiro ao quarto dia).

Do sétimo ao décimo segundo dia completa-se a implantação do blastocisto, distinguindo-se nitidamente a camada que dará origem à placenta (trofoblasto) e a que dará origem ao concepto (embrioblasto).

Somente por volta do décimo terceiro ao décimo quinto dia é que aparece a linha ou estria primitiva no embrião.⁷²

§ 2. Conseqüências da Fertilização

Imperioso se faz, neste momento, enumerar os resultados da fertilização para que se possa, efetivamente, situar-se diante de um problema que, tendo por pano de fundo o cenário mundial, discute o termo inicial da vida humana.

O tema toma relevo quando se trata do embrião fertilizado extracorporeamente por meio das técnicas de inseminação artificial. Qual é a situação jurídica do embrião *in vitro*? Qual é a sua condição diante da humanidade? É sujeito com direitos? Que proteção, em nível estatal, merece ter?

Para responder a essas questões, é necessário que se adote um critério de avaliação. Sem descurar dos aspectos éticos e jurídicos que a questão encerra, elegeu-se o critério biológico como o ponto de partida para as considerações aqui feitas. É que, neste momento, o caráter interdisciplinar da medicina, sem dúvida, fornece um patamar inexoravelmente mais seguro do que o de qualquer outra ciência, haja vista a indiscutível interdisciplinariedade que mantém com o objeto de estudo deste trabalho.

⁷² Esta linha ou estria permite identificar o eixo craniocaudal, as extremidades, as superfícies dorsal e ventral, a simetria direita-esquerda, em outras palavras, o plano construtivo do embrião (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de Obra citada, p 115)

De acordo com o exposto até o presente momento, poder-se-ia, então, resumir os resultados da fertilização humana em quatro itens distintos, a saber:

A restauração do núcleo diplóide dos cromossomos → com a fusão dos pronúcleos das células germinativas, restaura-se o número diplóide de cromossomos (46) na célula-ovo, identificando-a, assim, com as demais células somáticas do corpo humano;

A variação da espécie → resultado da recombinação (*crossing over*) do material genético de cromossomos das células germinativas maternas e paternas durante a meiose, o zigoto, contendo metade das características cromossômicas provenientes da mãe e a outra metade do pai, contém uma combinação única e original, que o diferencia dos demais seres da mesma espécie. De acordo com MOORE & PERSAUD, “esse mecanismo forma a base da herança biparental e variação da espécie humana”.⁷³

A determinação primária do sexo → o cromossomo sexual do embrião é determinado na fertilização pelo tipo de espermatozóide (X ou Y) que fertiliza o óvulo; destarte, é o espermatozóide o responsável pela determinação do sexo do embrião. A fertilização efetuada por um espermatozóide portador do cromossomo sexual X, ao unir-se ao ovócito, também X, produz um zigoto XX, ou seja, um embrião feminino. De outra sorte, possuindo o espermatozóide o cromossomo sexual Y, ao unir-se ao ovócito secundário X, produzirá um zigoto XY, isto é, um embrião masculino;

O início da clivagem do zigoto → a fertilização ativa o zigoto, dá início ao seu desenvolvimento, estimulando-o a passar por uma série de rápidas divisões mitóticas (celulares) denominada “clivagem”. Um ovócito não fertilizado degenera cerca de 24 horas após a ovulação.⁷⁴

Tendo em mente esses quatro resultados e sem descurar de cada uma das fases da fertilização, é plausível concluir que o início do ciclo vital depende da fecundação do oócito pelo espermatozóide. A partir daí, está-se diante do zigoto, *ser autônomo* em tudo aquilo que concerne ao seu próprio desenvolvimento;

⁷³ MOORE, K L , PERSAUD, T V N Idem, p 31

⁷⁴ A clivagem de um óvulo não fertilizado pode ocorrer por um processo chamado *partenogêne* e cuja realização se dá natural ou induzida artificialmente. Enquanto consiste em um evento normal em várias espécies animais (como, por exemplo, ovos postos pela abelha-rainha apesar de não serem fertilizados, desenvolvem-se partogenicamente), sua indução em seres humanos tornaria improvável a sua sobrevivência, por conta da grande probabilidade de existência de genes letais (resultantes da fusão do ovócito secundário com o segundo corpo polar), que causariam sua morte e aborto precoce (MOORE e PERSAUD, Idem, ibidem)

diferenciado, pois tem características distintas das dos seus genitores; e, *único* até mesmo na hipótese de gêmeos monozigóticos, pois a individualidade não implica a indivisibilidade.⁷⁵

Assim, não se pode atribuir, no plano da moralidade, valores diferentes à vida humana pré e pós-natal. No momento da concepção humana, surge não um ser humano em potência, vale dizer, “algo” que poderia converter-se em um ser humano; mas, sim, um ser humano em ato, ou seja, alguém “que já existe e cuja potencialidade de desenvolvimento é intrínseca a ele mesmo” por força de sua própria natureza.⁷⁶

A partir da concepção dá-se o início da existência de um ser humano único em relação aos demais seres da mesma espécie.

⁷⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e (Org) Os dilemas moral e jurídico do aborto eugênico In *Bioética e direitos humanos*, p 138-139

⁷⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e Idem *ibidem*

CAPÍTULO II. O CONCEITO HUMANO E O DIREITO

Para melhor compreender os problemas que as novas tecnologias e manipulações incitam nos campos jurídico e ético, é necessário que se considerem algumas importantes premissas situadas na área biológica. As terminologias adotadas pela ciência médica em cada uma das várias fases, desde o surgimento, transformação e desenvolvimento do ovo⁷⁷, são imprescindíveis na busca da nossa razão maior, qual seja, a de situar o momento em que se inicia uma nova vida.

Para o Direito, referido ponto é fundamental, por estabelecer o momento a partir do qual a pessoa merece a proteção e a tutela jurídicas; para a ética, porque (de)limita o campo de atuação dos cientistas na já tão corriqueira manipulação de gametas e embriões, infligindo à espécie humana um tratamento utilitarista ao invés de um contexto mais humanitário e digno.

Este tema, apesar de delicado e de projetar dissensos de várias ordens, precisa ser enfrentado. Se, de um lado, a ética humanista debate-se e condena os excessos, de outro, a ciência clama por liberdade, acobertada pelo discurso da implementação de melhora da qualidade de vida humana.

SEÇÃO I. TEORIAS ACERCA DO INÍCIO VITAL DO CONCEITO HUMANO

São quatro as principais teorias que tratam da consideração do início do ciclo vital humano na atualidade: a concepcionista e as genético-desenvolvimentistas.

§ 1. Teoria concepcionista

Esta corrente reconhece o início da vida humana no exato momento da fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide.

Enquanto a biologia molecular e a genética lecionam que os antepassados estão ligados às gerações que lhes sucedem por um material contínuo de ligação denominado DNA (ADN – ácido desoxirribonucléico), portador

⁷⁷ O ovócito secundário humano fertilizado

do *genoma*,⁷⁸ que, por sua vez, é transmitido dos pais para os filhos através de suas células germinativas no momento da concepção, ao passo que a embriologia humana demonstra que é efetivamente a partir deste momento, da fusão dessas duas células germinativas altamente especializadas e programadas (provenientes de sistemas diferentes), que começa a existência de um novo ser, com um sistema único e completamente diferente daqueles que lhe deram origem.

O zigoto, embrião ainda unicelular, é detentor e executor do seu programa genético e auto-impulsionador do seu próprio desenvolvimento. Já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto, como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele, olhos, etc., e até mesmo eventuais patologias genéticas de manifestação futura determinadas.

Se, no momento em que é constituído de uma só célula, ele já contém sua individualidade biológica predeterminada, o mesmo pode ser dito em todas as fases que se sucedem, de blastômero para mórula, desta para blastocisto, e assim sucessivamente. Nas palavras de Jérôme LEJEUNE: “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**”.⁷⁹ (grifo nosso)

Disse ainda o geneticista francês em outra oportunidade:

[...] se logo no início, justamente depois da concepção, dias antes da implantação, retirássemos uma só célula do pequeno ser individual, ainda com aspecto de amora poderíamos cultivá-la e examinar os seus cromossomos. E se um estudante, olhando-a ao microscópio não pudesse reconhecer o número, a forma e o padrão das bandas desses cromossomas, e não pudesse dizer, sem vacilações, se procede de um chipanzé ou de um ser humano, seria reprovado. Aceitar o fato de que depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. **A natureza humana do ser humano desde a sua concepção** até sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples **evidência experimental**”.⁸⁰ (grifo nosso)

Para a geneticista Eliane AZEVEDO:

⁷⁸ É o conjunto de informações contidas nos genes. Esses, são partículas ultramicroscópicas contidas nos cromossomos e que se destinam à transmissão dos caracteres hereditários

⁷⁹ Citado por BRANDÃO, Denirval da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, p 25

É biologicamente inexistente e tecnicamente impossível promover-se a geração de um ser humano a partir de outro momento qualquer do desenvolvimento embrionário. O ponto inicial é a formação do zigoto; é o estágio unicelular. Por mais tecnicamente arrojadas que sejam as técnicas de fertilização *in vitro*, todas elas partem da fertilização, conforme o próprio nome indica. Essas evidências levam à conclusão de que **a reprodução humana ou *in vitro* não oferece começos alternativos; toda ela se inicia com uma única célula. Conseqüentemente, o zigoto é vida humana em início.**⁸¹(grifo nosso)

Apesar de a maioria dos juristas dar contornos de identidade aos termos “fertilização” e “concepção”, é necessário sublinhar que, ainda que intimamente relacionados esses conceitos exprimem realidades distintas, representando fases sucessivas no processo de geração de um ser humano.

A ciência moderna avançou nesse contexto de forma a tornar possível, ainda, a determinação exata do princípio do ciclo vital humano a partir da consideração de duas outras teorias, que, decorrentes do reconhecimento da doutrina concepcionista, exaurem pela precisão temporal quaisquer dúvidas a respeito do momento em que ocorrem os eventos da fertilização e da concepção, diferenciando-os. É que, como se viu, desde a penetração do espermatozóide no ovócito secundário até a efetiva fusão dos seus pronúcleos e dissolução de suas membranas, decorre um lapso temporal de aproximadamente 12 horas. Somente após esse período é que se deve falar em concepção de uma vida geneticamente distinta da dos genitores. Oferecendo preciso contorno à questão que se põe, surgem a *teoria da singamia* e a *teoria da cariogamia*.

A *teoria da singamia* advoga que no exato momento da penetração do espermatozóide no óvulo (fertilização), ou seja, com a fusão dos gametas feminino e masculino, começa o processo irreversível de formação de um novo ser humano. A série de reações químicas que o evento desencadeia é denominada por Roberto ANDORNO, partidário desta teoria, de “processo de individualização/personalização do homem”,⁸² ou seja, é irrelevante a não-ocorrência, ainda, da fusão dos pronúcleos das células germinativas e, conseqüentemente, na formação do zigoto,

⁸⁰ BRANDÃO, D S Idem, ibidem

⁸¹ AZEVEDO, Eliane Aborto In GARRAFA, Volnei, COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira *A bioética no século XXI*, p 89

⁸² ANDORNO, Roberto El derecho argentino ante los riesgos de coisificación de la persona en la fecundación in vitro In ANDORNO, Roberto et al (Org) *El derecho frente a la procreación artificial*. Buenos Aires Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p 62

pois que esta etapa já está compreendida no processo irreversível desencadeado pela fertilização, dependendo, apenas, do fator temporal.

Pela *teoria da cariogamia*, diferentemente, somente se reconhece o princípio da vida humana após a fusão pronuclear, pois que, somente após esse *momentum*, ocorrerá a intercâmbio entre as informações contidas em cada uma das parcialidades caracteristicamente distintas (pronúcleos) para a formação de um todo novo. A partir daí é que se estava efetivamente diante de um indivíduo singular, com genoma único e diferenciado dos demais seres humanos. A cariogamia identifica-se como “o processo de morte de dois genomas incompletos e de renascimento de um genoma completo”.⁸³

A cariogamia fundamenta-se em quatro argumentos, cientificamente comprovados, assim ordenados por Ângelo Serra⁸⁴:

a) com a fusão dos pronúcleos, feminino e masculino, começa a existência de uma nova célula, constituída de uma estrutura única, diferente de qualquer outra existente;

b) essa célula começa a desenvolver-se de forma autônoma a partir das informações contidas no seu próprio código genético, de forma contínua, complexa, gradual e altamente coordenada;

c) a força que a impulsiona é interna e intrínseca ao organismo singular que é e continua até tornar-se completo;

d) de sorte que o zigoto, resultado da fusão pronuclear, representa um ser humano estruturalmente original, no alvorecer de seu ciclo vital.

Reinaldo PEREIRA E SILVA atenta para a confusão feita pelos autores partidários da teoria concepcionista do início da vida humana, ao confundirem os conceitos de “singamia” e “cariogamia”. Apesar de reportarem-se à cariogamia, denominam-na fertilização ou fecundação, conceitos ligados à fase preliminar da singamia. E preleciona com propriedade: “Muito embora a teoria da singamia também participe das chamadas doutrinas ‘concepcionistas’, na teoria da cariogamia o conceito de ‘concepção’ é bem mais específico, já que apenas reconhece o início

⁸³ SILVA, Reinaldo Pereira e *Introdução ao biodireito* investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana, p 88

⁸⁴ Apud SILVA, Reinaldo Pereira e, *idem*, p 87

da individualidade humana após a fusão dos pronúcleos masculino e feminino no interior do ovo”.⁸⁵

Difícil olvidar a precisão cirúrgica com que o início vital humano resta demonstrado por esta teoria, motivo pelo qual filia-se a ela neste trabalho.

Para a teoria concepcionista o concepto não é um ser humano em potência, sendo potencial apenas o seu desenvolvimento.⁸⁶ Nesse sentido proclama MONDIN: “a tese de que o concepto é pessoa só potencialmente é falsa e presunçosa. De fato, um ser humano é pessoa desde o primeiro instante da concepção. Pode-se dizer que é uma pessoa potencialmente quando ainda ela o é nos programas dos pais; mas ainda não começou a existir”.⁸⁷

Dentre os estudiosos brasileiros que adotam essa posição estão: Silmara Chinelato e ALMEIDA,⁸⁸ Eduardo de Oliveira LEITE⁸⁹, Reinaldo PEREIRA E SILVA,⁹⁰ Denirval da Silva BRANDÃO,⁹¹ Jussara Maria Leal de MEIRELLES,⁹²

⁸⁵ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Obra citada, p. 86-87, em nota de rodapé n.º 233. Os doutrinadores confundem-se ao considerar a fecundação (fertilização) e a fusão dos pronúcleos, como fases indistintas, ocorridas num mesmo momento, quando, na verdade, sabemos, há um interregno temporal entre elas de aproximadamente 12 horas. Entre eles estão LOBATO, Abelardo. Os direitos humanos e o direito à vida por uma carta dos direitos do embrião. In LADUSÃNS, Stanislavs (Org.) *Questões atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1990, p. 353; MONGE, Fernando. *Persona humana y procreación artificial*. Madrid: MC, 1988, p. 43; SERRA, Ângelo. Obra citada, p. 140-2; SIQUEIRA, Marília de. O início da vida e a medicina atual. In PENTEADO, Jacques de Camargo et al. (Org.) *A vida dos direitos humanos*. Bioética médica e bioética jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 337-45. Outros ainda foram por nós encontrados como: BRANDÃO, Denirval da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico, p. 22-26; PENTEADO, Jacques de Camargo. O devido processo legal e o abortamento, pp. 147-154; ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida, p. 211-213; NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na Constituição brasileira, p. 270-273; MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Aborto no direito comparado. Uma reflexão crítica, p. 403-8. Todos in: PENTEADO, Jacques de Camargo et al. (Org.) *A vida dos direitos humanos*. Bioética médica e bioética jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999; ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato e *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 83.

⁸⁶ Para Henri Atlan: “A noção de pessoa potencial parece-me muito obscura e por vezes perigosa. Aquele ou aquela que tem direito à dignidade de uma pessoa não pode ser uma potencialidade. Por definição, desde que lhe reconhecemos esse direito, ele ou ela é uma pessoa real. Além disso, aceitar essa noção de pessoa potencial, que seria diferente de uma pessoa real, tem os seus perigos. Isso quereria dizer que existem dois tipos de pessoas, as verdadeiras e as menos verdadeiras. O que impediria então de fazer entrar nesta categoria das sub-pessoas – as potenciais, relativamente às reais – as crianças e os deficientes? Em suma, a pessoa ou é real ou não é.” (Citado por SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 111).

⁸⁷ MONDIN, Battista. A metafísica da pessoa como fundamento da bioética. In: LADUSÃNS, Stanislavs (Org.) *Questões atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1990, p. 173, citado por SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 127.

⁸⁸ ALMEIDA, Silmara Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, p. 161.

⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Ciências Jurídicas*, ano I, n. 1, 1997, p. 31-52.

⁹⁰ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Introdução ao biodireito*, p. 18.

⁹¹ BRANDÃO, Denirval da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In: PENTEADO, Jacques de Camargo et al. (org.) *A vida dos direitos humanos*. Bioética médica e jurídica, p. 25.

Heloísa Helena BARBOZA,⁹³ Maria Celeste Cordeiro LEITE SANTOS,⁹⁴ Maria Helena DINIZ,⁹⁵ Paulo BONAVIDES⁹⁶, entre outros.

§ 2. Teorias genético-desenvolvimentistas

As teorias genético-desenvolvimentistas procuram condicionar o início da vida humana à eleição de fases que cada qual considera mais ou menos importante durante o desenvolvimento embrionário. Assim, de acordo com o estágio evolutivo do embrião surgem as teorias: do pré-embrião, da nidação do ovo, da personalidade condicional e a natalista.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira LEITE, os defensores dessas teorias “visualizam no embrião um ‘antes’ e um ‘depois’ na aquisição da dignidade humana, o que é difícil de aceitar no mundo jurídico”.⁹⁷

A) Pré-embrião

Também chamado de “critério do 14º dia”, esta teoria é resultado de um documento dedicado às tecnologias da infertilidade, denominado “Relatório Warnock sobre Fertilização e Embriologia”, publicado na Inglaterra em 1984. O documento é defensor da teoria de que o conceito humano, ainda que seja a expressão da natureza humana, não é um indivíduo humano em ato, mas tão-somente uma célula progenitora humana dotada de capacidade para originar um ou mais indivíduos da mesma espécie.⁹⁸

Dentre as motivações que visam justificar referido critério estão: (a) a impossibilidade de detecção (por cisão gemelar) de gêmeos monozigóticos até o 14º dia⁹⁹; (b) a perda da qualidade de totipotência¹⁰⁰ do conceito; (c) o aparecimento da linha primitiva¹⁰¹ no conceito, a imprimir-lhe o signo de um novo ser humano.¹⁰²

⁹² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, p. 11

⁹³ BARBOZA, Heloísa Helena (Org.) *Novos temas de biodireito e bioética*, p. 78, nota de rodapé n.º 46

⁹⁴ LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.), *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena *O estado atual do biodireito*, p. 29

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo In Prefácio à obra de PEREIRA E SILVA, Reinaldo Obra citada, p. 9-15

⁹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira *O Direito do embrião humano mito ou . . .*, p. 35

⁹⁸ PEREIRA E SILVA, Reinaldo *Idem*, p. 88-9

⁹⁹ Para os cientistas, ainda que a ciência não domine as causas que ocasionariam a cisão gemelar (calcando-a em predisposições genéticas, fatores ambientais, etc.), a sua possibilidade seria motivo suficiente para promover uma quebra na continuidade do desenvolvimento embrionário, impedindo o reconhecimento de uma individualidade humana em ato

As teorias são facilmente contestáveis uma vez que, apesar da possibilidade de ocorrência da cisão gemelar até o 14º dia, não se pode olvidar que já exista ali pelo menos uma (!) vida humana em ato.¹⁰³

A segunda objeção resta suplantada pela teoria da cariogamia, que demonstra, de forma irrefutável, que, apesar de não haver a especialização das células totipotentes, elas já contêm em si toda a informação genética necessária para essa dissociação, dependendo, tão-somente, de uma questão de tempo para que ela se opere.

Na mesma linha de raciocínio, refuta-se a questão da necessidade do surgimento da linha primitiva, uma vez que, contendo o zigoto, a partir da fusão pronuclear, identidade e regulação intrínseca inscritos no seu próprio genoma, necessariamente também contém ali inscrita a sua forma final.

Reinaldo Pereira e SILVA considera a terminologia “pré-embrião”¹⁰⁴ elaborada pela Comissão que elaborou o Relatório Warnock uma verdadeira falácia a encobrir seu verdadeiro sentido ideológico, qual seja, o de garantir a experimentação científica com seres humanos vivos.¹⁰⁵

Neste norte, Ângelo SERRA não deixa de apontar a contradição existente no Informe Warnock, na medida que, em seu capítulo II, expressa que, “do ponto de vista biológico, não se pode identificar um singular estágio do ciclo vital a que se possa dizer que não deve o embrião in vitro ser mantido vivo”.¹⁰⁶

Jérôme LEJEUNE, geneticista francês mundialmente conhecido por seus estudos em genética humana, observou:

Cada ser humano tem um começo único, que ocorre no momento da

¹⁰⁰ A totipotência caracteriza o zigoto e as primeiras células decorrentes de sua clivagem. Nesta fase, não há ainda a especialização, ou seja, não estão ainda definidas quais células deverão formar o embrião propriamente dito e as que se destinarão à formação das estruturas extra-embriônicas (placenta). Esta indistinção celular vedaria o reconhecimento da individualidade humana.

¹⁰¹ A linha primitiva organiza a estrutura do corpo humano embrionário. Após este estágio, ademais, a possibilidade de cisão gemelar é praticamente nula.

¹⁰² PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰³ Nos Estados Unidos, cerca de 1 gravidez em 90 resulta em gêmeos e 1 em 8 000 resulta em trigêmeos. Aproximadamente dois terços do número total de gêmeos nascidos são **fraternos** ou **dizigóticos** (resultam da fertilização de dois ovócitos e o mecanismo de sua formação envolve o controle endócrino da ovulação), sendo um terço **idênticos** ou **monozigóticos** (gêmeos monozigóticos e alguns trigêmeos resultam da fertilização de um ovócito e se originam da subdivisão e separação de um único embrião). CARLSON, B. *Obra citada*, p. 39.

¹⁰⁴ Que caracteriza o concebido no período compreendido entre a fecundação e o décimo quarto dia de vida.

¹⁰⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Obra citada*, p. 89.

¹⁰⁶ SERRA, Ângelo. *Chi o Che cosa è l'embrione umano? I dati della scienza. Bioética ed educazione* (Org. Maria Luisa Di Pietro e Elio Sgreccia) Milano. Editrice la Scuola, 1997, p. 140.

concepção. Embrião: ‘... Essa a mais jovem forma do ser...’. **Pré-embrião: essa palavra não existe.** Não há necessidade de uma subclasse de embrião a ser chamada de pré-embrião, **porque nada existe antes do embrião;** antes de um embrião existe apenas um óvulo e o esperma; quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide a entidade assim constituída se transforma em um zigoto; e quando o zigoto se subdivide torna-se embrião. **Desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores (*tricks of the trade*) para transformá-lo num ser humano já estão presentes.** Logo após a fertilização, no estágio de três células, um pequeno ser humano já existe’. Quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, o resultado disso é a ‘mais especializada das células sob o sol’; especializada do ponto de vista de que nenhuma outra célula jamais terá as mesmas instruções na vida do indivíduo que está sendo criado. Nenhum cientista jamais opinou no sentido de que um embrião seja um bem (*property*). **No momento em que é concebido, um homem é um homem.**¹⁰⁷(grifos nossos)

A teoria do pré-embrião, fortemente combatida pelo caráter ideológico que encerra, carece de sustentação biológica, busca derrubar a verdade real em prol de um eufemismo teórico com vistas a uma única e ignóbil finalidade: a manipulação genética do embrião humano.

B) Nidação do ovo

Outra teoria que condiciona o início da vida a uma determinada etapa no estágio contínuo de desenvolvimento humano, sem considerar, ao que parece, todas as fases anteriores que a sucedem e lhe são imprescindíveis, é a teoria da nidação.

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão-somente um amontoado de células, que constituiriam os alicerces do embrião. Assim, para os defensores desta teoria, a partir da nidificação (ligação do blastocisto à mucosa uterina) que a mulher pode ser considerada grávida. Antes disso, o conceito humano não pode ser considerado nascituro, não obstante (e aí vem o que

¹⁰⁷ LEJEUNE, Jérôme, citado por MESTIERI, João Embrião *Revista Jurídica Consulex*, Brasília Consulex, n 32, ago, p 43, 1999

parece um contra-senso) reclamar o dever de proteção jurídica enquanto pessoa virtual, com carga genética própria.¹⁰⁸

Prega que os embriões *in vitro*, além de não possuírem condições de desenvolvimento fora do útero materno, enquanto não implantados e nidados, não conferem à mulher a condição de gravidez. Não obstante, em início de maio de 1983, a imprensa paulista divulgou o nascimento de uma saudável menina, oriunda de uma gravidez abdominal.¹⁰⁹

O médico Denirval da Silva BRANDÃO considera um “fato insólito” de mudança do conceito de gravidez a afirmação de que esta só teria início com a nidação, momento a partir do qual iniciariam as trocas materno-fetais. E assevera:

Não há rigor científico nessa afirmação, porquanto essas trocas já têm início antes da nidação. Esse artifício introduz uma extraordinária fenda na defesa da vida humana, nos primórdios de sua existência. Entretanto, **mesmo que se aceitasse essa mudança, não há dúvida que o conceito já existe antes da nidação: sua vida começa na concepção**, que já ocorreu aproximadamente oito dias antes. É ininteligível afirmar que uma mulher, já abrigando um conceito em seu corpo, ainda não concebeu.¹¹⁰ (grifos nossos)

Ademais, pondera Jussara Maria Leal de MEIRELLES: “Ao se subordinar a aquisição de direitos pelo embrião pré-implantatário à condição representada pela sua transferência ao útero seguida de nidação, seja sob o caráter suspensivo, seja pelo resolutivo, estar-se-ia reduzindo a referida titularidade à vontade de outrem”.¹¹¹

Uma vez elucidadas as fases biológicas da fertilização humana, sendo perfeitamente visível – do ponto de vista da ontologia humana – o começo da vida, submeter o embrião humano a condições ou pré-requisitos exteriores e ele próprio para outorga do amparo jurídico de sua personalidade é incoerente na medida em que o coisifica, toma-o *objeto de direito*. A nidação nada mais é do que uma das diversas fases entre si associadas e interdependentes por que passa o embrião no seu contínuo processo de desenvolvimento (um embrião que tem inscrito em seus gens o gerenciamento e a autodeterminação do seu próprio desenvolvimento).

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena *O estado atual do biodireito*, p 406

¹⁰⁹ FRANÇA, Genival Veloso de, apud Silmara J A Chinelato e Almeida, In **Tutela civil do nascituro**, nota de rodapé n. 31, p 117

¹¹⁰ BRANDÃO, Denirval da Silva et al *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, p 35

¹¹¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa o novo Código Civil brasileiro e o texto Constitucional In BARBOZA, Heloisa Helena et al *Novos temas de bioética e biodireito*, p 88

Elegê-la como marco inicial concessivo de proteção ao conceito implica ignorar o estágio de vida que a antecede, abrindo um perigoso caminho à livre manipulação dos embriões produzidos ou mantidos em laboratório, pondo em risco o patrimônio genético da humanidade.

C) Natalista

Como o próprio título trata, a teoria natalista condiciona o início da personalidade humana ao nascimento com vida. Sua fundamentação é mais de cunho político-jurídico do que de cunho biológico. Referida corrente tem seus fundamentos no Direito Romano, cuja doutrina majoritária considerava o feto como um prolongamento da mãe que o abrigava (*partus, enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*). Enquanto organismo hospedeiro não possuía individualidade própria, não tinha personalidade, não podendo, portanto, ser considerado homem.¹¹²

Referida doutrina é uma construção doutrinária decorrente da não-compreensão da autonomia biológica do conceito humano (hipótese cientificamente comprovada de que, desde a concepção, o indivíduo gerado é autônomo, distinto do organismo materno e autogerenciador do seu próprio desenvolvimento)¹¹³.

Apesar da extrema fragilidade enfrentada por esta teoria diante das novas descobertas no campo da embriologia humana, é ainda culturalmente muito influente. Dentre os defensores da teoria natalista encontram-se: Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva PEREIRA, CRETELLA Jr., J. M. CARVALHO SANTOS, João

¹¹² Nelson DOWER relata o caso judicial em que, em determinada oportunidade, após curto concubinato, a mulher engravidou e, tendo necessidade de alimentos para o nascituro, ingressou com ação de alimentos, cumulada com investigação de paternidade e alimentos provisionais. Foi indeferida a inicial de plano pelo magistrado, extinguindo o processo dada a manifesta ilegitimidade *ad causam* ativa da criança, que, por não ter nascido ainda, ao tempo da propositura da ação. Era imprescindível, nas palavras do magistrado, que o filho existisse (DOWER, Nelson Godoy Bassil 2 ed rev e atual *Curso moderno de direito civil* parte geral São Paulo Nelpa Edições, 1996, p 56)

¹¹³ As técnicas de fertilização artificial *in vitro* comprovaram que o conjunto feto-placenta tem autonomia de desenvolvimento – independentemente da maternidade genética – pelos seguintes principais motivos: a) o feto produz sua própria placenta, b) autogerencia seu próprio desenvolvimento, mesmo que este se dê em útero materno “emprestado”, c) o corpo materno reage à presença do embrião/feto da mesma forma que reage diante de um corpo imunologicamente estranho, como ocorre no caso da existência de incompatibilidade dos grupos sanguíneos ABO (GARRAFA, Volnei, COSTA, Sérgio Ibiapina F (Org) *A bioética no século XXI*, p 93-94)

Álvaro DIAS, Paulo Carneiro MAIA, Sady Cabral GUSMÃO e Sérgio Abdalla SEMIÃO.¹¹⁴

Longe estão, ademais, de serem pacíficos os seus efeitos por aqueles que advogam em seu favor. Embora a maioria dos juristas que a sustentam, confirmam ao conceito *in útero* uma expectativa de direitos, outros, aderindo a elucubrações distorcidas, como é o caso de H. Tristram ENGELHARDT Jr. que, exteriorizando sua filiação à doutrina natalista a partir de uma posição maniqueísta, considera que os “zigotos, embriões e fetos produzidos em particular (são) propriedade particular; seriam propriedade da sociedade apenas se fossem produzidos por cooperativas”.¹¹⁵ Em outra passagem, o autor manifesta-se no sentido de que “aqueles que produziram um zigoto, um embrião ou um feto têm direito primordial de determinar efetivamente o seu uso. Em geral isto compete ao pai e à mãe que o conceberam, especialmente à mãe, que o carrega. Eles o produziram, eles o fizeram, é deles”.¹¹⁶ Nem se fale aqui dos embriões crioconservados ou no aguardo de implantação no útero materno.

Assertivas como essas são, no mínimo, preocupantes, pois, além de relegarem a vida humana a objeto do instituto possessório, sequer o delimitam.

Dentre os adeptos desta doutrina, entretanto, talvez o mais contraditório em suas elucubrações seja Sérgio Abdalla SEMIÃO, cujo posicionamento entende-se merecer exata transcrição:

Não há dúvidas de que, no primeiro momento da fecundação, já há biologicamente uma vida humana, dotada de todo um patrimônio genético. Outrossim, a Igreja sempre o considerou pessoa, desde os tempos mais remotos, influenciando os juristas de então de forma iniludível. **Assim, ontologicamente, ninguém tem dúvidas de que o filho do homem, logo que concebido, tem vida humana. A discordância é quanto ao fato de ser ele juridicamente pessoa,**

¹¹⁴ RODRIGUES, Sílvio *Direito civil – parte geral*. 32 ed atual de acordo com o novo Código Civil São Paulo Saraiva, 2002, p 36, PEREIRA, Caio Mário da Silva *Instituições de direito civil*. V I Rio de Janeiro Forense, 1996, p 144, CRETELLA JÚNIOR, José *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro Forense, 2000, p 62, CARVALHO SANTOS, João Manoel de *Código Civil brasileiro interpretado – Introdução e Parte Geral* (arts 1º a 42). 14 ed V I Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1986, pp 245-51, DIAS, João Álvaro *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra Coimbra, 1996, p 177-80, MAIA, Paulo Carneiro *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v 54 São Paulo Saraiva, p 44-45, GUSMÃO, Sady Cabral Nascimento In *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*.(direção JM Carvalho Santos) Rio de Janeiro Borsoi, V 34, p 9-14, SEMIÃO, Sérgio Abdala *Os direitos do nascituro aspectos cíveis, criminais e do biodireito* 2 ed rev atual e ampl Belo Horizonte Del Rey, 2000, p 45

¹¹⁵ ENGELHARDT JÚNIOR, H Tristram *Fundamentos da bioética*, p 311

¹¹⁶ ENGELHARDT JÚNIOR, H T Obra citada, p 199 e 310

conceito diverso do conceito filosófico puro de vida humana.¹¹⁷
(grifos nossos)

Significaria dizer que a lei pode estabelecer um conceito normativo completamente dissociado da realidade factível? Pois essa incrível solução encontrada pelo autor seria suficiente para justificar a manipulação, disposição e utilização da vida e da dignidade do homem pelo homem! Será possível legitimar tal ficção legal? Sequer o abala a idéia de que suas considerações afrontem a própria humanidade?

C) Personalidade condicional

Teoria que poderia ser considerada como um desdobramento da natalista, prega que a personalidade do homem começa com a concepção, sob a condição do nascimento com vida. Segundo Arnoldo WALD: “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.¹¹⁸

Assim sendo, a personalidade atribuída ao conceito é condicional, desde a concepção, e resolutive, caso vier a nascer sem vida.

Embora, para os defensores dessa teoria, o embrião não seja, ainda, uma “pessoa humana em plenitude”,¹¹⁹ pertence ele à espécie humana, tendo todas as potencialidades de vir a tornar-se pessoa. SERPA LOPES assinala que é na qualidade de *spes hominis* (do grego *spes* = esperança)¹²⁰ que o nascituro é tutelado pelo ordenamento jurídico, protegido pelo Código Penal e acautelado pelo instituto da curadoria do ventre¹²¹.

¹¹⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2 ed rev atual e ampl Belo Horizonte Del Rey, 2000

¹¹⁸ WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil Brasileiro – introdução e parte geral*. 8 ed São Paulo RT, 1995, p 120

¹¹⁹ JUNGES, José Roque *Bioética – perspectivas e desafios*, p 152-3 O autor milita, inclusive, em favor de lhe ser reconhecida a dignidade pessoal, condenando sua redução a meio para outros fins Da mesma forma, condena a utilização de embriões vivos excedentes para experiências, ainda que estas visem, precipuamente, o aperfeiçoamento das técnicas de fecundação e gestação, pois nada justifica a utilização de seres humanos como cobaias

¹²⁰ ALTAVILLA, Jayme de *Origem dos direitos dos povos*, p 170

¹²¹ No entanto, quanto ao embrião pré-implantatório, referido instituto sequer se aplica, vez que o mesmo é destinado ao nascituro já implantado no útero materno (art 1779 do novo CC brasileiro)

Defendem essa teoria, dentre outros, Arnaldo WALD, Orlando GOMES, Paulo Stolze GAGLIANO, Rodolfo PAMPLONA FILHO e SERPA LOPES e José Roque JUNGES.¹²²

Silmara Chinelato e ALMEIDA critica veementemente esta teoria, entendendo que nela se valoriza apenas o aspecto patrimonial inscrito no art. 2.º do Código Civil¹²³, esquecendo-se dos direitos da personalidade e demais direitos não patrimoniais (pessoais), muito mais amplos e, com certeza, não abrangidos pelo contexto que o artigo encerra¹²⁴. Importa, ademais, salientar que a Constituição brasileira é clara ao tutelar a vida humana e isso seria desde o seu começo. Como restringir, então, este início?

De qualquer forma, ainda nessa realidade, o nascituro é sujeito de direito, pois o conceito tem-se por nascido para efeitos de proteção civil. E esses direitos só encontram amparo na espécie humana! Se a personalidade jurídica é determinada pelo nascimento com vida, ainda assim tem por pressuposto a concepção. O nascimento é apenas um *ato declarativo* da personalidade jurídica, ao passo que a concepção é o *ato constitutivo* desta mesma personalidade.¹²⁵

SEÇÃO II. IMPLICAÇÃO DAS DIVERSAS TEORIAS NO ÂMBITO DAS PROCRIAÇÕES ARTIFICIAS

A consideração do marco inicial da vida humana é *conditio sine qua non* para a adoção de uma postura decisiva diante do problema que a prática das técnicas de procriação assistida tem gerado.

Como fica, por exemplo, a questão da gravidez múltipla oriunda da nidação de vários zigotos se o médico sugerir a redução seletiva? Poderá o casal priorizar a escolha do sexo e das demais características que desejam para o tão sonhado filho? Numa gravidez normal, relega-se à natureza a escolha aleatória do

¹²² WALD, Arnaldo *Direito civil* - introdução e parte geral. 9 ed São Paulo. Saraiva, 2002, p 118, GOMES, Orlando 18 ed (atual por Humberto Theodoro Júnior) *Introdução ao direito civil* Rio de Janeiro, Forense, 2001, p 14314-4, GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo *Novo curso de direito civil: parte geral v I* São Paulo Saraiva, 2002, p 93-4, SERPA LOPES, Manoel Maria *Curso de direito civil – introdução e parte geral e teoria dos negócios jurídicos* São Paulo-Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1953, v 1, pp 210-1, e. JUNGES, José Roque *Bioética – perspectivas e desafios*. São Leopoldo Unisinos, 1999

¹²³ Art 2 A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil brasileiro)

¹²⁴ ALMEIDA Silmara J A Chinelato e *Tutela Civil do nascituro*, p 170

ser no ventre materno, mas, por alguma razão, ao se recorrer aos métodos artificiais, sempre existe a vontade de interferir e de direcionar um pouco mais a condução do resultado. Afinal, por que não se tudo pode ser planejado?

§ 1. Eugenia

A eugenia é a ciência responsável pelo estudo das condições mais propícias à reprodução e ao melhoramento da raça humana.

A inseminação artificial heteróloga consiste na combinação da chamada “terapia da infertilidade” com o moderno método de “eugenia positiva”. Esta objetiva a criação de seres humanos de qualidade pretensamente superior, valendo-se, para tanto, do recurso a material genético masculino selecionado. É nesse contexto que se inserem os “bancos de sêmen”, surgidos com o objetivo precípuo de crioconservar material genético masculino.¹²⁶

No livro “O admirável mundo novo” a utopia autoritária de Aldous HUXLEY previa uma sociedade onde a eugenia positiva fosse praticada de forma banal, de sorte que, numa série de frascos, óvulos biologicamente superiores seriam fertilizados por espermatozóides biologicamente superiores e que, ao receberem o tratamento pré-natal, eram classificados como Betas, Alfas e até Alfas-Mais. Já, em outra série de tubos de ensaio, estes, em número muito superior, zigotos resultantes da fertilização de gametas classificados como biologicamente inferiores, sujeitavam-se ao processo Bokanowsky (retirada de 96 gêmeos de um só ovo) e eram tratados, antes do nascimento, com álcool e preparados ricos em proteína, para resultarem em criaturas quase subumanas, mas, aptas a realizar tarefas simples.

O antropólogo italiano Brunetto CHIARELLI provocou apreensão ao divulgar, em 1987, a viabilidade da fertilização em laboratório de um óvulo de macaca chipanzé pelo espermatozóide humano. Referida hibridação havia sido levada a termo, tendo o antropólogo assistido ao procedimento já nos idos de 1984. Apesar de declarar que o “chipanzomem” não fora implantado em nenhum útero para que se desenvolvesse, Brunetto Chiarelli admitiu que “um híbrido chipanzomem

¹²⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite A arte do possível breves reflexões sobre a reprodução humana assistida In SILVA, Reinaldo Pereira e, LAPA, Fernanda Brandão *Bioética e direitos humanos* (Org), p 158

¹²⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e Os direitos humanos do embrião análise bioética das técnicas de procriação assistida *Revista dos Tribunais*, São Paulo RT, v 768, p 83, 1999

poderia ser útil para trabalhos humilhantes ou como banco para transplantes de órgãos”.¹²⁷

Já a “eugenia negativa”, representada pelo aborto eugênico, consiste no acolhimento da vida do embrião sob determinadas condições. No Brasil o CFM proíbe a seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica do futuro filho com exceção de doenças ligadas ao sexo do bebê por nascer.¹²⁸

Outra espécie de eugenia negativa, também chamada de seletiva, pode tomar contornos ainda mais questionáveis. É quando trata daqueles casos de gravidezes múltiplas já comprovadas por via de ultra-sonografia (com a comprovação da existência de vários sacos gestacionais *in utero*) em que é necessário, para não colocar em risco a saúde materna e/ou dos bebês, a seleção daquele ou daqueles que deverão ser retirados, por serem considerados menos viáveis. Referida categorização abrange qualquer anomalia ou redução qualificativa de características fisiológicas, congênitas ou físicas capaz de considerar um ou mais bebês mais debilitado ou menos sadio em relação aos demais. Normalmente, o teste utilizado é o da amniocentese. E aí surge a difícil questão para os pais de escolherem a vida do bebê (ou bebês) a ser sacrificada. Casos como esse começam a surgir nos noticiários, principalmente oriundos dos Estados Unidos.

Não há como negar que evidências como essas, emanadas de um mercado capitalista globalizado, só corroboram a coisificação do ser humano, tomando-o por objeto de manipulação.

Assim é que o jornal Times de Londres divulgou um anúncio publicitário do Genetics and IVF Institute, com sede em Fairfax (Washington), prometendo fecundação artificial rápida e seletiva. Exemplos como esse proliferam hoje em dia, sendo possível manter-se contato com clínicas no mundo todo através de correspondências via internet, obtendo propostas, vantagens, preços (até mesmo pacotes promocionais!) e condições nas técnicas disponíveis de procriação humana.

Mais interessante ainda é que as pessoas aderem a esse tipo de mercantilização entusiasticamente, como quem vai às compras, usufruindo da facilidade de poder em escolher as características principais e acessórias de seus

¹²⁷ Referido depoimento foi publicado na revista Veja de 10 jun, 1987 Nesta época, o antropólogo ocupava o cargo de secretário geral da Associação de Antropologia Européia (OLIVEIRA, Fátima Obra citada, p. 15)

¹²⁸ Resolução n° 1 358/92, Seção I – Princípios Gerais – n° 4

futuros filhos. E se alguma característica não coincidir com o pedido? Podem os pais reclamar judicialmente de seus filhos “defeituosos”?

Por mais absurdo que isso possa parecer, foi o que aconteceu com uma clínica de Utah, nos Estados Unidos, onde um casal havia decidido pelo doador de esperma de n.º 183, que, assim como o marido, tinha cabelos escuros. Não obstante, quando os trigêmeos nasceram, um deles era ruivo. O teste de DNA revelou que o doador de n. 83 era o efetivo pai genético das crianças. Apesar da saúde que gozavam os bebês, o casal entrou com uma ação judicial de indenização contra a clínica, declarando em juízo a esposa que, “provavelmente”, os filhos do doador 183 teriam sido mais bonitos do que os filhos dela, embora não conhecesse qualquer um dos dois (o 83 nem o 183) e a escolha tivesse sido feita com base em uma mera descrição. O casal perdeu em segunda instância, numa decisão de três votos contra dois.¹²⁹

E surgiu na Califórnia um caso ainda mais preocupante: um tribunal sugeriu que a criança portadora de deficiência poderia processar os pais por não ter sido abortada.¹³⁰ Ou seja, está-se diante da franca probabilidade de ações das mais absurdas serem intentadas com base nos desejos mais egoístas, mesquinhos e ilógicos possíveis, francamente atentatórios à dignidade da pessoa humana!

Daí a necessidade de se contemplarem regras limitadoras efetivas, capazes de conter referidos contra-sensos, uma vez que aquelas contidas nos códigos e regulamentos de ordem deontológica (códigos de Ética e Disciplina médicos), serem apenas sugestivas de metodologias e princípios, mas carecedoras de imperatividade e efetividade perante a ordem jurídica posta.

§ 2. Manipulação de embriões em clivagem

A princípio, não se sabe que tipos de experimentação foram levados a cabo com embriões *in vitro* em seus estádios iniciais de desenvolvimento, mas acredita-se que sejam relacionados à manipulação do genoma (DNA recombinante) e a outros para fins farmacológicos ou químicos.¹³¹ Não obstante, muito do que se

¹²⁹ ANDREWS, Lori, B. Bebês sob medida. Você gostaria de selecionar os traços genéticos de seu filho como escolhe um carro? *Seleções – Reader’s Digest*, p. 34, set. 2001.

¹³⁰ ANDREWS, L. B. *Idem*, p. 36. Nos Estados Unidos, casos judiciais como este se fundamentam no pressuposto de “vida errada”. Para mais notícias sobre o tema, aconselha-se a leitura de ENGELHARDT Jr., Tristram. *Fundamentos da bioética*, p. 313-319.

¹³¹ SGRECCIA, Elio. *Idem*, p. 442.

sabe hoje acerca das propriedades de desenvolvimento dos embriões iniciais de mamíferos resulta do aperfeiçoamento de técnicas recentes de manipulação associadas a outras de cultivo e transferência de embriões (utilizadas nas fertilizações *in vitro*).

Conforme noticia CARLSON, as estratégias clássicas utilizadas para investigar propriedades de desenvolvimento embrionário são as **experiências de remoção**, que consistem na retirada de uma parte das células embrionárias e verificação de como o restante do embrião compensa referida perda e **experiências de adição**, que, contrariamente à anterior, consistem na adição de células (marcadas artificial ou geneticamente) na cavidade blastocística de um embrião receptor e análise do comportamento do embrião quanto à possível integração deste material acrescentado no plano geral do corpo. Pelo sucesso alcançado, esta última é, das técnicas experimentais, a mais poderosa e mais utilizada nas duas últimas décadas.¹³²

Apesar da estratégia de adição ter-se demonstrado mais frutífera na elucidação dos mecanismos que controlam a embriogênese, as experiências de remoção e adição de blastômeros demonstraram, de modo convincente, a natureza reguladora (a forte tendência de auto-restauração do sistema em seu todo) desses embriões iniciais.¹³³

Outra técnica que tem sido utilizada geralmente em camundongos (só não se sabe até quando) é a injeção de DNA estranho diretamente no pronúcleo de um zigoto, o que tem resultado **embriões transgênicos**. Esta técnica tem sido utilizada no intuito de examinar fatores que regulam a expressão de genes específicos em embriões e destruir ou corrigir genes defeituosos no embrião receptor.¹³⁴

A questão é: devem-se permitir pesquisas que sacrifiquem milhares de embriões em prol do avanço indiscriminado das técnicas de micromanipulação e melhoria genética? Onde estão o exercício da ética e a defesa dos tão propalados direitos humanos que a humanidade um dia considerou uma grande conquista?

¹³² CARLSON, B Idem, p 38.

¹³³ CARLSON, B Idem, ibidem

¹³⁴ CARLSON, B Idem, ibidem

§ 3. Desvios de causa

Enquanto as intervenções no genoma e as diversas formas de eugenia já tratadas são respaldadas pelo desejo de realização de projetos parentais aos casais cujo intento logrou negado pela natureza, sob outros fundamentos – políticos, econômicos, estéticos – bem menos nobres, seguem a pesquisa e a manipulação de embriões para aquilo que Jacques TESTART chamou de “perversões da FIVETE”.¹³⁵

Dentre os exemplos apontados pelos autores está a “fecundação do óvulo pelo óvulo”¹³⁶ e a “redução cromossômica”¹³⁷, permitindo-se, no primeiro caso, aos casais homossexuais femininos a realização do desejo de um filho comum, resultado do produto genético de ambos os parceiros envolvidos no procedimento, pela provocação *in vitro* da fusão de dois oócitos secundários, da mesma forma que um óvulo se funde com um espermatozóide; e, no segundo, a autofertilização do óvulo. Por ocorrer um obstáculo natural chamado *imprinting* ou “estampagem genômica”,¹³⁸ que requer a conjugação de gens paternos e maternos na formação do embrião e imprescindíveis ao seu desenvolvimento sadio é que referidas experimentações têm e deparado com o fracasso. A ausência, pois, deste requisito sujeitará a prole daí oriunda a deficiências genéticas graves.

Outro exemplo está na “lonagem” técnica de micromanipulação que se destina a produzir cópias idênticas ao organismo-mãe a partir da réplica do código genético deste último. A clonagem biparte-se nas subespécies: partição das células do zigoto em seu estágio de clivagem, também chamado de “cisão gemelar” (*embryo splitting*)¹³⁹ ou através da reprogramação de células somáticas de indivíduos adultos. Em ambas o êxito tem sido praticamente nulo. Não obstante, as pesquisas continuam e o aperfeiçoamento técnico já traz o prenúncio do sucesso inevitável. Além de não ser possível a obtenção de uma cópia idêntica de um organismo adulto, pois ele é, antes de qualquer coisa, o produto de suas interações com o meio, esta

¹³⁵ TESTART, Jacques *O ovo transparente*, p 84.

¹³⁶ TESTART, Jacques *Obra citada*, p 84-85

¹³⁷ SILVA, Reinaldo *Introdução ao biodireito*, p 72

¹³⁸ O *imprinting* é um fenômeno pelo qual certos genes só serão ativados no organismo adulto se forem oriundos de um dos genitores, alguns da mãe, outros do pai. É particular à espécie animal e ocorre durante o amadurecimento das células germinativas masculinas e femininas (SILVA, Reinaldo Pereira e *Obra citada*, p 73). A medicina ainda não domina este fenômeno, de forma a estabelecer como funciona este efeito diferenciado em razão da origem materna ou paterna dos genes, de sorte que até o momento não se sabe se esta escolha é ou não aleatória.

¹³⁹ Jacques Testart não a considera uma forma de clonagem, eis que ela circunscreve o número de cópias a uma, descrevendo-a como “bipartição gemelar”. In TESTART, Jacques *O ovo transparente*, p 78

possibilidade já há muito povoa mentes narcísicas e excêntricas no mundo inteiro. E se fosse possível o seu desenvolvimento até a fase adulta, que identidade teria este indivíduo? Seria ele de propriedade de alguém? Seria ele livre?

Outra espécie de clonagem seria aquela chamada terapêutica, para criação de Bancos de Tecidos de Reposição, onde, pela retirada de células totipotentes de embriões em clivagem, cultivar-se-iam artificialmente órgãos humanos vitais em laboratório para posterior transplante sem os riscos de rejeição para o paciente enxertado, visto que se trataria de suas próprias células. Esta técnica importa na destruição de embriões em estágio extremamente recente ou bem mais avançado de clivagem (chamados “hemiembriões”).¹⁴⁰

Existiram também as tentativas (frustradas) de transplante de embriões humanos para o útero de outras espécies animais.

Será que o homem-cientista perdeu completamente a consciência ética, lançando-se freneticamente a experiências aviltantes sem mais se questionar acerca do seu propósito? Ou, nas palavras de Jacques TESTART: “O desafio é saber, mas também prever, o que o ser humano pode suportar em matéria de artifícios, colagens, decodificações, sem alienar-se de sua identidade”.¹⁴¹

José Roque JUNGES critica o crescimento desmesurado dessa onda de novas tecnologias de reprodução, bem como a excessiva interferência médica no fenômeno procriativo sob a alegação de que uma tecnicização exacerbada levará à fabricação de filhos, reduzindo-os a meros objetos de satisfação própria, desrespeitando sua futura individualidade e autonomia. E assevera:

¹⁴⁰Explica Jacques TESTART. “técnica complementar à FIVETE [consiste na] criação de gêmeos univitelinos por divisão do embrião em dois hemiembriões, ambos capazes de um desenvolvimento normal. Essa manipulação do ovo (duplicação provocada) é apenas a reprodução voluntária do que acontece naturalmente em pelo menos quatro em mil gravidezes humanas, aquelas que levam ao nascimento de gêmeos univitelinos. O método, primeiramente descrito para o camundongo, foi utilizado com êxito em ovinos e bovinos. As experiências referem-se a embriões muito jovens (duas células), bem como a embriões no estágio que precede de perto a implantação. Trata-se de extrair o embrião do seu invólucro (zona pelúcida) e depois, sob controle do microscópio e com ajuda de instrumentos adaptados (micromanipuladores) separar em dois aglomerados equivalentes as células embrionárias, cada um desses aglomerados celulares é em seguida reintroduzido numa zona pelúcida (eventualmente estranha à espécie), e o nascimento de dois gêmeos univitelinos normalmente constituídos é frequente se os embriões são transplantados ao útero de uma fêmea-hospedeira.” Pelo fato de o grau de eficiência desta técnica girar em torno de 90% nos bovinos, os cientistas entendem razoável acreditar que o mesmo ocorreria na espécie humana.

No que respeita à **clonagem terapêutica**, a proposta de produção de hemiembriões via FIVETE (ainda não tecnicamente realizável) tratar-se-ia de “cultivar durante duas ou três semanas, no mínimo, um hemiembrião obtido por duplicação artificial. Os esboços de órgão constituídos nesse momento seriam cuidadosamente dissecados antes de serem congelados em condições propícias adaptadas a cada tipo de tecido” (TESTART, Jacques. Obra citada, p. 77 e 87).

¹⁴¹ TESTART, J. Idem, p. 90

A medicina aplicada à reprodução humana é mais protética do que terapêutica. Ela não cura e reabilita a função reprodutiva provocada pela esterilidade, mas cria uma prótese ou substitutivo artificial para geração através das técnicas de procriação. Seu objetivo é corrigir uma deficiência física ou psíquica da esterilidade masculina ou feminina mais do que readquirir a função procriativa perdida por uma doença ou causa desconhecida. Toda vez que se gerar novamente um filho, é necessário recorrer ao substitutivo. Porque as pesquisas ligadas à reprodução humana seguiram mais um caminho protético do que terapêutico? Não seria mais ético reabilitar a função e não tanto substituí-la por uma técnica artificial? ¹⁴²

É na mesma linha que Reinaldo PEREIRA E SILVA condena as fertilizações artificiais, acatando o argumento de que mesmas propiciam o surgimento dos bancos de embrião, os quais considera “verdadeiros orfanatos de nascituros”. ¹⁴³

Lucien SÈVE, ao tratar do dinheiro envolvido nessas técnicas, pondera acerca do seu custo necessário, alertando para a pura função mercantil do dinheiro-capital, asseverando que tem

[...] propensão para estigmatizar o atractivo [sic] do lucro, a venalidade, a mercantilização, permanecendo pouco loquaz sobre a taxa de lucro, a competitividade, a financiarização. Ela corre, então, o sério risco de focalizar as formas artesanais, se assim podemos dizer, da ineticidade e dos comportamentos individuais que aí estão em causa, desconhecendo as dimensões diferentes que ela é capaz de tomar quando entram vigorosamente em cena as lógicas impessoais das taxas de rentabilidade e dos mercados financeiros. Quando a investigação biológica trabalha sobre contratos com poderosos parceiros civis ou militares, quando as firmas farmacêuticas são controladas por gigantes da química [...] conectados com grupos bancários, quando [...] a fecundação *in vitro* ou os testes genéticos são assumidos por sociedades cotadas na Bolsa, tudo muda na ordem de grandeza, e mesmo a natureza dos prejuízos éticos a temer, portanto, também nas soluções a conceber. ¹⁴⁴

A lógica do mercado capitalista globalizado não conhece obstáculos de natureza ética ou bioética. Só para se ter uma idéia, nos Estados Unidos, onde não existe legislação específica nem rigorosa sobre a procriação assistida, existem mais de trezentas clínicas especializadas em técnicas de infertilidade. Não é difícil de compreender os verdadeiros interesses envolvidos num negócio que envolve cifras

¹⁴² JUNGES, José Roque. Obra citada, p. 155

¹⁴³ CARLIN, Volnei Ivo (Org. e co-autor). *Ética e bioética*. Análise bioética das técnicas de procriação assistida, p. 186

¹⁴⁴ SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 354-355

superiores a US\$ 2 bilhões.¹⁴⁵

Os médicos reunidos no VII Conclave Brasileiro de Academias de Medicina (7-9 de maio de 1998) publicaram a “Carta Médica do Rio de Janeiro”, documento em que afirmam seu dever e propósito de defender a vida humana desde a fusão dos gametas, posicionando-se francamente em favor da vida em detrimento de quaisquer interesses econômicos ou cientificistas que desrespeitem o ser humano. Importante manifesto em favor da vida, é extremamente incisivo ao caracterizar todos os procedimentos que atentem contra o respeito à vida humana – *redução embrionária, manipulação de embriões humanos, seleção e eliminação dos embriões menos aptos, aproveitamento de embriões excedentes como material biológico disponível para experiências, bancos de embriões humanos, criopreservação de embriões por períodos indefinidos e a comercialização de embriões* – como **procedimentos antiéticos**.¹⁴⁶

Por isso, a elaboração de um estatuto jurídico do embrião humano é necessária. O vazio normativo dá vazão aos mais graves atentados contra a vida e à dignidade da pessoa humana. É preciso que se resgatem esses valores essenciais. A vida não pode ficar submetida a interesses do mercado, o qual não conhece valores humanos, mas apenas o lucro; não conhece dignidade, só rentabilidade, prescinde de amor, pois realiza-se com o dinheiro.

¹⁴⁵ BERLINGER, Giovani, GARrafa, Volnei *O mercado humano*. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo, p 70, 74-76

¹⁴⁶ CARTA MÉDICA DO RIO DE JANEIRO Disponível em [http //www.geocities.com/Heartland/Forest/5876/vozdamedicina.htm](http://www.geocities.com/Heartland/Forest/5876/vozdamedicina.htm) Acesso em 11 abr 2003

CAPÍTULO III. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM DEFESA DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTATÓRIO

Pensa-se que a análise dos direitos da personalidade que se propõe neste capítulo dependa, para uma melhor compreensão do seu quilate, da localização histórica do que hoje a humanidade considera uma das suas maiores conquistas. São direitos que, classificados como fundamentais nas legislações nacionais e supranacionais, constituem a ordem do dia em todos os debates de fóruns mundiais, pelas mais variadas áreas e situações sobre as quais exercem influência.

O breve esboço histórico ambiciona, sem qualquer pretensão de exaurimento, situar o leitor nas épocas que serviram de base sólida e solo fecundo àquela semente transformada hoje nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade humana, tidos hoje, dentre todos, como principais.

Assim é que, nas seções seguintes, tenta-se penetrar nas atmosferas da Antigüidade e do Medievo para melhor compreender a necessidade que gerou a construção paulatina desses direitos.

SEÇÃO I. A TEORIA CLÁSSICA VERSUS O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

A doutrina tradicional atribui aos romanos a elaboração da teoria jurídica da personalidade. Para eles, a personalidade atribuía-se àqueles que reunissem três *status* a saber: o *status libertatis* (decorrente do nascimento ou da aplicação da aplicação da *capitis deminutio* máxima, quem não o possuísse não possuía nenhum outro, como, por exemplo, os escravos), o *status civitatis* (somente os cidadãos romanos possuíam capacidade jurídica plena e quem não a possuísse não era considerado cidadão romano, reservando-se apenas a uma capacidade jurídica reduzida, como era o caso dos *latini* – habitantes das colônias – e dos *peregrini* – estrangeiros) e o *status familiae* (somente o *paterfamilias* ou *sui iuris* possuía

capacidade jurídica plena; os demais eram considerados *alieni iuris* e eram submissos àquele).¹⁴⁷

O termo *persona* prestava-se para designar os indivíduos livres dos escravos, sendo mais ligada, portanto, à idéia de capacidade. Outra expressão romana coexistente na época era a de *caput*, que consistia na outorga à pessoa de maior ou menor grau de direito subjetivo, dentro da divisão de classes da época.¹⁴⁸

Nesse período clássico do direito, não havia, entretanto, a proteção da personalidade individual sob a forma sistemática tal como se concebe hoje. Castan TOBEÑAS explica que o amparo a esses direitos dava-se por meio de manifestações isoladas, e sua proteção era assegurada por meio de ações como a *actio iniuriarum*.¹⁴⁹

Foi a Idade Média que lançou as sementes que formaram o conceito moderno de pessoa humana. Não obstante, sua construção até o estágio atual foi paulatina, consistindo em uma tarefa árdua a perpassar a história. Isso se deve ao fato de que, durante a Idade Média, o modo de produção escravocrata e o regime feudal de vínculo foram os instrumentos utilizados pelos grandes proprietários na dominação dos povos conquistados¹⁵⁰, consistindo, inclusive, em fator determinante no sustentáculo econômico dos impérios. A estrutura social do trabalho assentava-se, basicamente, no binômio: produção x não produção.

A *poiesis* (produção) tinha como características essenciais a ação humana voltada à natureza, com a preponderância da atividade manual desempenhada pelos escravos. Não havia a separação entre o corpo e o trabalho, não sendo, por isso, reconhecido o labor desempenhado pelo escravo, considerado apenas um prolongamento (extensão) do corpo do seu senhor (dono).

No Estado feudal, o poder público dispersava-se entre inúmeros senhores feudais (proprietários dos feudos), havendo, assim, uma fragmentação da autoridade. O Direito circunscrevia-se aos territórios dominados por esses senhores, que, munidos de grande autoridade e poder interno, sujeitavam seus subordinados

¹⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar *Direitos de personalidade e sua tutela*, p 15-22

¹⁴⁸ SZANIAWSKI, E Idem, p 22

¹⁴⁹ TOBEÑAS, Castan *Los Derechos de la Personalidad*, p 9, citado por LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org) Os direitos da personalidade In *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*, p 152

¹⁵⁰ O “quadro” que se delineava “era o do pauperismo e da escravidão da vassalagem nos domínios daqueles truculentos senhores que ocuparam as terras que haviam pertencido ao Império Romano e que, após a sua decadência, caíram sob as manoplas dos barões normandos, dos duques germânicos e dos cavaleiros aventureiros, edificadores de ninhos de pedra onde somente se penetrava por uma ponte levadiça” (ALTAVILLA, Jayme de *Origem dos direitos dos povos*, p 158)

(suseranos e vassallos) à sua política.¹⁵¹ Essa espécie de produção diferenciada, organizada por meio de vínculos de subordinação pessoal, segundo Weber “estereotipada na relação senhor/vassallo”, foi característica determinante em todo o período medieval.¹⁵²

A não-produção dessa época refletia-se nas ciências, de caráter eminentemente teórico e contemplativo - filosofia, física e matemática -, pois não interferiam na natureza das coisas e dos seres e eram relegadas às castas dominantes mais abastadas e detentoras do poder (clero e nobreza). Nesse contexto social não se falava em direitos. Distinguiam-se apenas o rei, o clero, a nobreza e a classe servil. Sequer o termo “sociedade civil”¹⁵³ aventava-se naquela época.

Embora povos do mundo inteiro, cansados das monarquias absolutistas¹⁵⁴ e da escravidão infligida pelo regime feudal que os dominava, aspirassem a uma mudança política, somente no final do século XVIII é que na Inglaterra se aperfeiçoou a monarquia legal, que promulgou como princípios fundamentais a tripartição do poder, o sistema representativo, a preeminência da opinião nacional e a *intangibilidade dos direitos fundamentais do homem*. Tais idéias liberais migraram para a América do Norte e lá foram primeiramente adotadas na Declaração da Colônia de Virgínia, em 1776.¹⁵⁵ Mais tarde, estenderam-se para as demais constituições das antigas colônias inglesas, que também previram os princípios de liberdade e de proteção da pessoa humana.¹⁵⁶

Pouco tempo depois, deflagrou-se na França a Revolução Francesa, ação implementada e patrocinada pela classe burguesa (então dominante), que teve como objetivo específico a ruptura e substituição do sistema feudal por um novo

¹⁵¹ Independentemente desta, no mais das vezes, desprezar-lhes quaisquer direitos (inclusive os adquiridos em feudo estranho) A vida dos camponeses em geral – os servos de gleba, vassallos e trabalhadores rurais – era iníqua, ou, conforme noticia Hendrick VAN LOON, eram “considerados parte do solo em que mourejavam como o gado em cujos estábulos viviam” (apud ALTAVILLA, Jayme de. Obra citada, p. 158).

¹⁵² DULTRA DOS SANTOS, Rogério. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In. WOLKMER, Antônio Carlos (Org) *Fundamentos de história do direito*, p. 222

¹⁵³ Para MARX-ENGELS: “O termo sociedade civil apareceu no século XVIII a partir do momento em que as relações de propriedade se foram destacando da comunidade antiga e medieval. A sociedade civil enquanto tal apenas se desenvolve com a burguesia, contudo, a organização social saída directamente[sic] da produção e do comércio e que forma sempre a base do Estado e do resto da superestrutura idealista foi constantemente designada sob o mesmo nome” (apud EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*, p.140).

¹⁵⁴ A quase totalidade dos países da Europa continental teve a monarquia absolutista como regime de governo, à exceção da Grã-Bretanha, que adotava a monarquia constitucionalista que havia se institucionalizado com a revolução dos barões contra o rei João-Sem-Terra, em 1215 (SZANIAWSKI, Elimar, Obra citada, p. 25)

¹⁵⁵ Que previa em seu primeiro artigo: “Art 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança” (ALTAVILLA, Jayme de. Obra citada, p. 289)

modo de produção: o capitalista. Alicerçada nos ideais da *liberdade, igualdade e fraternidade*, influenciada pelo liberalismo, pugnou pela retirada da essência transcendental justificadora do conteúdo valorativo das normas e pela atribuição efetiva de valores próprios ao indivíduo,¹⁵⁷ culminando na promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

O texto de 1789, que apregoava como garantias fundamentais a liberdade e a igualdade do homem e que foi base da própria Constituição francesa, quatro anos depois (1793), bem como do “Code Civil” Napoleônico (1804), sequer foi contido pelos limites territoriais do Estado francês. Transcendendo as barreiras nacionais, teve repercussão universal nas legislações do mundo inteiro. Inclusive, segundo leciona ALTAVILLA: “A maioria das constituições modernas, após 1918, adotou in-littera, os postulados de maior culminância na Declaração francesa.”¹⁵⁸

Entre os latino-americanos, exerceu especial influência o Código Napoleônico de 1804.¹⁵⁹

O BGB, Código Civil alemão, oitocentista (1896), promulgado sob a influência da Escola Histórica, de conteúdo e método romanistas, teve como prioridade a regulamentação das relações de caráter patrimonial da classe média. Calcado na lógica abstrato-dedutiva e da exatidão técnica, limitou quantitativa e casuisticamente os direitos subjetivos em: direito à vida, à integridade corporal, à saúde e à liberdade.¹⁶⁰

¹⁵⁶ SZANIAWSKI, e Obra citada, p 25

¹⁵⁷ A Revolução Francesa prestou o serviço de atenuar consideravelmente a contradição entre Estado e sociedade. Os direitos, que antes partiam da benevolência do soberano, passaram a pertencer a essência do indivíduo, oponíveis, pois, contra o Estado, seu garante. A filosofia liberalista firmou-se em torno do *valor da personalidade*, (ARANHA, Márcio Iorio *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, p. 90-1)

¹⁵⁸ Dentre as constituições que continham expressamente a tutela e garantia do Estado dos ideais de igualdade e liberdade, citamos Grão-Ducado de Luxemburgo (1863), Brasil (1891), Grécia (1911), Mônaco (1917), Bélgica (1931), Turquia (1934); Irlanda (1937), Finlândia (1944), Áustria e Portugal (1945); Albânia, França, Iugoslávia e Estado Livre da Baviera (1946), Estado da Renânia, Bulgária, País do Saxe, Polônia, Sarre e China (1947), Itália, România e Tchecoslováquia (1948), Alemanha, Hungria e Suíça (1949), Índia (1950) (ALTAVILLA, Jayme de Obra citada, pp. 181-7)

¹⁵⁹ A declaração de 1789 e a codificação francesa de 1804 orientaram os direitos civis de todos os povos latino-americanos à exceção de Cuba, que adotou código extraído da velha legislação espanhola (ALTAVILLA, Jayme de Obra citada, p 222)

¹⁶⁰ O Código Civil alemão foi promulgado em 18/8/1896 e entrou em vigor em 1/1/1900 num período em que se consolidava ainda a unificação da Alemanha, recebendo o influxo da Escola Histórica. A Alemanha, nessa época, não havia completado a transição de Estado agrário para o Estado industrial, de modo que a pressão das massas operárias não se fizera presente ainda de modo a provocar o surgimento do direito trabalhista. Por isso, o Código destinava-se aos interesses da classe média dominante, regulamentando relações de natureza predominantemente patrimonial (CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine, MUNIZ, Francisco José Ferreira O Estado de Direito e os direitos da personalidade *Revista dos Tribunais*, n 532, p 11)

Da mesma forma, o “Codice Civile” italiano (1942), nascido em plena fase do domínio fascista, enumerou pouquíssimas normas de direitos da pessoa física, detendo-se nos aspectos da capacidade de fato e de direito, na limitação de disposição do próprio corpo e no direito ao nome e ao pseudônimo.

O processo de codificação europeia, de influência romanista inescandível¹⁶¹, representa uma fase histórica importante em virtude do respaldo que teve na legislação de muitos outros países. Seu peso e influência marcaram o início da separação entre os direitos políticos (públicos) do ser humano e os direitos da personalidade (puramente privados) do homem.

Não obstante, o extremo rigor técnico empregado na elaboração normativa durante esse período levou a que os direitos da personalidade – sempre previstos como categorias dos direitos fundamentais – sofressem as conseqüências naturais de uma tipificação sistemática e casuística, não se adequando às novas necessidades emergentes da sociedade industrial. É que, até então, a tecnologia e sua aparelhagem – que inauguraram a era da violação das manifestações da personalidade humana – inexistiam.

Foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948) que esses países, juntamente com vários outros, na tentativa de adequar a legislação vigente ao tratado internacional firmado, fizeram inscrever em suas cartas políticas posteriores¹⁶² o direito à dignidade humana – principal princípio decorrente dos direitos de personalidade – como cláusula geral.

§ 1. Na teoria clássica: a bipartição dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais

A diferenciação feita pela teoria clássica entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais deveu-se à dicotomia existente, na época, entre direito patrimonial x direito não patrimonial (doutrina patrimonialista) e direito público x direito privado.

¹⁶¹ Principalmente nos códigos da Bélgica, Áustria, França, Holanda, Suíça e Alemanha (conforme notícia Hersílio de SOUZA, citado por ALTAVILLA, Jaime, *idem*, p. 220)

¹⁶² Constituição de Bonn (1949) e a Constituição Italiana de 1947, Constituição Francesa (1958), Constituição Portuguesa (1976)

A primeira delas, denominada “concepção patrimonialista do direito”, marcou o período das codificações, e tinha como objeto a defesa e garantia de quatro bens da vida classificados como essenciais: a propriedade, o contrato, o testamento e a família¹⁶³. Nessa época, a proteção da pessoa humana pelo direito privado buscava-se através do instituto da responsabilidade civil, de cunho também patrimonial, que possibilitava a reparação do dano causado via ressarcimento pecuniário, sendo o fundamento da reparação não a agressão em si, mas o prejuízo causado por ela.¹⁶⁴

Os horrores noticiados e vivenciados pela humanidade, as experiências científicas a que eram submetidos os reféns nos campos de concentração na época do nazismo fizeram a humanidade estremecer e acordar para uma realidade diferente. Temendo-se mais do que nunca pela integridade humana, lutou-se pela instituição e pelo reconhecimento de novos direitos, agora voltados para a própria pessoa, em defesa do indivíduo contra o poder arbitrário do Estado.

Com o reconhecimento e adesão aos “direitos fundamentais” do homem – insculpidos nos tratados internacionais – é que os países começaram a se preocupar com a inserção desses novos direitos em seus ordenamentos. Inscreveram-nos, inicialmente, e de forma muito tímida, nas legislações ordinárias e códigos civis (direito privado interno), sendo denominados, inicialmente – pela doutrina –, de “personalíssimos”:¹⁶⁵ os direitos da personalidade.

Conforme noticia CORTIANO JÚNIOR¹⁶⁶, tais direitos foram assentados sobre institutos jurídicos preexistentes (dos direitos reais e obrigacionais), modificados apenas no seu objeto e tratados como um terceiro gênero de direito subjetivo: extrapatrimonial e absoluto. Dentro desta categoria, não eram passíveis de indenização pecuniária, por estarem os bens por eles abrangidos fora do comércio¹⁶⁷. No Brasil essa posição acompanhou-nos até a promulgação da Constituição de 1988, que suplantou definitivamente a antiga teoria, prevendo

¹⁶³ Esta enquanto concentradora de poderes na ordenação das consequências patrimoniais do casamento e da filiação

¹⁶⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade *Repensando fundamentos do direito civil Contemporâneo*, p 34

¹⁶⁵ Apesar de referida terminologia ser objeto de muitas críticas por parte da doutrina moderna, verdade é que esse foi efetivamente o primeiro ponto de vista adotado na defesa dos direitos da personalidade

¹⁶⁶ CORTIANO JÚNIOR, E Obra citada, p 34-35

¹⁶⁷ Quanto à possibilidade de transmissão de partes do corpo humano, a contemporaneidade mudou de tal forma este quadro que “chega-se a ouvir clamores pela sua mercantilização” (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths Idem, p 40)

expressamente no art. 5.º, V e X, a possibilidade de reparação dos danos patrimonial e moral (extrapatrimonial).

O conceito de direito de personalidade exige, hoje, a noção de pessoa humana que está na base da noção de direitos do homem e que serve como sua diretiva.

A segunda concepção, fortemente arraigada entre nós e ainda defendida por muitos doutrinadores, consiste na separação dos ramos direito público e direito privado. Vários civilistas de renome – entre outros os irmãos MAZEAUD¹⁶⁸, Castan TOBEÑAS¹⁶⁹, ORLANDO GOMES¹⁷⁰, LIMONGI FRANÇA¹⁷¹ – relutam em afirmar categoricamente que os direitos da personalidade pertencem ao ramo do direito privado; outros, de ordem oposta, entre eles Pietro PERLINGIERI,¹⁷² condenam esta classificação dizendo ser impossível uma visualização desses direitos divorciada da categoria ampla dos direitos humanos fundamentais previstos pelo direito constitucional, os quais, além de atuarem como garantias de proteção do indivíduo contra o Estado, operam sua eficácia na realização da vida social, inclusive nas relações de ordem privada.

Realmente, com o advento do sistema republicano, firmou-se na ordem jurídica a “estrutura escalonada de interesses”, na clássica denominação kelseniana. O contexto do Estado social de Direito que se vive, tampouco autoriza a pensar diferentemente, pois, como afirma Nelson SALDANHA, “ao utilizar o termo social, pensa-se num Estado que, contrariamente ao liberal, penetra inteiramente na vida dos homens a ponto de comprometer a distinção clássica, tão cara aos liberais, entre o setor público e o setor privado da existência”.¹⁷³

Hoje não é mais possível pensar o direito civil sem se levar em consideração o direito constitucional. Legislação constitucional e ordinária estão entrelaçadas porque a própria ordem jurídica da sociedade é única. O direito privado não se restringe mais à regulação da apropriação de bens, servindo, também, “de base reguladora para os relacionamentos interpessoais”.¹⁷⁴

¹⁶⁸ MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*, v 1, p 626.

¹⁶⁹ TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*, p 13

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, P. 152

¹⁷¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, p. 322

¹⁷² PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p 82

¹⁷³ Citado por SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*, p 57.

¹⁷⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria geral do direito civil*, p 14 e ss

Paulo BONAVIDES¹⁷⁵ enfatiza a impropriedade desta dualidade ao criticar o formalismo positivista e legalista do século XIX, que interpretava regras e não princípios, atentando-se mais ao texto das leis do que ao Direito propriamente dito.

Hoje, nas palavras de CORTIANO JÚNIOR, “não se fala mais em proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção da pessoa humana pelo direito”.¹⁷⁶ É nesse contexto universalizante que o conceito se insere e a partir do qual merece ser tutelado na contemporaneidade.

§ 2. Direito geral de personalidade

A relativização do positivismo preponderante no século passado, que buscava a previsão casuística dos direitos da personalidade, entrou em crise no período pós-guerra, quando começou a emergir da sociedade o anseio por uma proteção mais ampla à personalidade humana.

De acordo com CAPELLO DE SOUZA, isso se deve ao fato de que o homem contemporâneo pressinta o perigo que uma tutela casuística desses direitos possa importar em face da estrutura do poder dominante, que pode, a qualquer momento, “a pretexto de dar-lhe um bem que carece ou julga carecer, castrá-lo no essencial de sua personalidade”.¹⁷⁷

Assim, surge a tendência mundial pelo reconhecimento de um “direito geral de personalidade” que, não excluindo os direitos da personalidade já expressamente tipificados, compreende-os e engloba-os sem, no entanto, exaurir-se neles. Como uma cláusula geral,¹⁷⁸ está sempre aberto à operacionalização de novas situações trazidas à consideração jurídica.

Quanto à adoção do direito geral de personalidade pelo direito brasileiro, CORTIANO JÚNIOR afirma:

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p 15

¹⁷⁶ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Obra citada, p 38

¹⁷⁷ CAPELLO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*, pp 84-5

¹⁷⁸ As cláusulas gerais remetem o intérprete a valorações objetivamente válidas, residindo seu verdadeiro significado no domínio da técnica legislativa. Sua generalidade possibilita a sujeição de um vasto grupo de situações, de modo a ilacunar e possibilitar o ajustamento a uma consequência jurídica. Para ENGISH, sua utilização evita o risco a que o casuismo está permanentemente exposto, de apenas dominar a matéria jurídica de maneira provisória e fragmentária (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p 233). Portugal já fez uso desta técnica no seu Código Civil, datado de 1966

Não podem restar dúvidas que o Brasil já fez a opção pelo direito geral de personalidade (ao lado da proteção tipificada, seja em leis esparsas, seja no [novo Código Civil]): o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1.º) e é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º).¹⁷⁹(grifos nossos)

É assim que o art. 5.º da CF/88, nos seus parágrafos primeiro e segundo, além de tratar da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais nela previstos, acolhe, ainda, de forma ampla outros direitos decorrentes do seu regime e princípios constitucionais, ressaltando expressamente os decorrentes de tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja signatário. Neste norte, a título de exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, dispõe que “pessoa é todo ser humano” não fazendo qualquer ressalva quanto à vida *extra* ou *intra-uterina* (art. 1.º, n.º 2).¹⁸⁰

Corolário do preceito constitucional, o novo Código Civil recentemente em vigor dedicou um capítulo à positivação dos direitos da personalidade, cujo art. 11.º além de referendar como sendo seus pressupostos essenciais a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, proíbe expressamente qualquer limitação ao exercício desses direitos.

Nesse sentido, afirma Rita de Cássia Curvo LEITE que os direitos que dizem respeito à personalidade da pessoa são “de um só turno, absolutos e extrapatrimoniais ou extrapeuniários, intransmissíveis ou indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios e necessários, e, finalmente, ilimitados”.¹⁸¹

¹⁷⁹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths Idem, p 47

¹⁸⁰ Referido entendimento encontrou respaldo na jurisprudência pátria “Em boa hora se vem invocando nos Pretórios o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que se fez *direito interno brasileiro*, e que, pois, já não configura, entre nós, simples meta ou ideal de *lege ferenda*. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro. Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós bastaria lembrar, a propósito, pela vistiosidade de suas consequências, que seu art. 2.º modificou até mesmo o conceito de pessoa anteriormente versado no art. 4.º do Código Civil, já que, atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é *todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intra-uterina*. Projetos, pois, destinados a viabilizar a prática de aborto direto ou a excluir antijuridicidade para a prática de certos abortamentos voluntários conflitam com a referida Convenção” (*Habeas Corpus* n.º 323 998/6, Tacrim-SP, 11.ª Câm, v un, Rel Ricardo Dip, j 29 6 1998)

¹⁸¹ São absolutos porque geram um dever geral de abstenção oponível *erga omnes*; extrapatrimoniais porque insuscetíveis de estimação pecuniária (salvo reflexamente, quando violados, podendo gerar consequências

Assim, em resposta à necessidade social e com vinculação à categoria ampla dos direitos humanos fundamentais, assegura o direito constitucional e infra-constitucional posto como uma proteção mais genérica à personalidade humana.

SEÇÃO II. A PROTEÇÃO DO NASCITURO ATRAVÉS DOS TEMPOS

Vê-se, agora, como se dava a tutela do nascituro na Antigüidade até sua previsão nos códigos civis hodiernos.

§ 1. Na Antigüidade

Na Grécia, sábios gregos contribuíram para a ciência da embriologia. Os primeiros estudos embriológicos registrados são os livros de Hipócrates de Cós, médico grego denominado “Pai da Medicina” (460 a 377 a.C.), escritor de vários livros de medicina e um de embriologia; Aristóteles de Estagira (quarto século a.C.), filósofo e cientista, escritor do primeiro relato conhecido na área embriológica sobre o desenvolvimento do pinto e de outros embriões; Claudius Galeno (segundo século d.C.) cientista médico grego, que viveu em Roma e escreveu o livro Sobre a formação do feto, que descrevia o desenvolvimento e nutrição fetal.¹⁸²

Enquanto Hipócrates celebrizou-se, sendo seu o célebre juramento comprometendo-se a não dar pessário abortivo a uma mulher; Aristóteles e Platão defendiam as práticas abortivas baseados em interesses demográficos (temor à fome pelo aumento da população) e eugênicos (pureza da raça). Aristóteles, no entanto, atentava que o aborto só seria incriminado caso ocorresse após o feto ter sido dotado de alma, o que ocorria quarenta dias para o homem e aos três meses para a mulher.¹⁸³

patrimoniais – dano moral), são intransmissíveis e vitalicios, pois são inerentes à pessoa desde o princípio vital até a sua morte, são impenhoráveis e imprescritíveis, pois não se extinguem pelo não-uso nem estão sujeitos à execução forçada (De Cupis apregoa que não estão sujeitos à prescrição as pretensões e ações que deles se irradiam, tampouco precluindo-se as exceções), são irrenunciáveis, e isso se aplica a todos os direitos que defluem da personalidade, são necessários, pois não podem faltar, o que não ocorre com outros direitos, são, enfim, ilimitados, pois não podemos prevê-los em *numerus clausus*, já se trabalhando a necessidade de inclusive prevê-los em razão das gerações futuras, como é o caso dos direitos que respeitam o patrimônio genético humano (LEITE, Rita de Cássia Curvo Os direitos da personalidade In LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, p 157-159)

¹⁸² MOORE, Keith L , PERSAUD, T V N *Embriologia básica*, p 3

¹⁸³ ALMEIDA, Silmara J A Chinelato e *Tutela Civil do Nascituro*, p 18

No Direito Romano os juristas consideravam o feto como um membro ou porção das vísceras maternas (*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*), negando-lhe a qualidade jurídica de mera “coisa”.

Embora limitada, tal concepção já era suficiente para estender ao concebido (*nasciturus*) tutela jurídica contra fatos ilícitos cometidos por qualquer pessoa capazes de lesionar ou de impedir seu nascimento até o termo da gestação normal. Objetivando, ainda, o pleno alcance do seu nascimento com vida, eram-lhes conferidos inclusive direitos a alimentos e à sucessão para o que a regra, segundo Silmara Chinelato e ALMEIDA, “consistia na paridade ontológica e jurídica entre nascituro e nascido”.¹⁸⁴

Já, para a aquisição da capacidade jurídica, segundo a autora, exigia-se o nascimento verdadeiro e completo, que consistia em separação da mãe, vida após a completa separação e natureza humana. “A exigência de forma humana afastava o monstrum e o prodigium. Simples desvios da forma humana normal não constituíam óbice para a aquisição da capacidade jurídica, como por exemplo, um membro a mais ou a menos”.¹⁸⁵

A refutação da consideração do embrião humano como *portio* das vísceras maternas só veio a ocorrer mais tarde, na contemporaneidade, com o aperfeiçoamento da embriologia e histologia humanas que, através de evidências experimentais, o declararam “ser” completamente autônomo e autogerenciador do próprio desenvolvimento desde o estágio unicelular.

§ 2. No Direito Intermédio

Santo Agostinho e São Jerônimo, influenciados pelo cristianismo, num período intermédio entre fim do Império Romano e início da Idade Média, entendiam que a alma só entrava no feto quando este já tivesse adquirido forma humana. Seu pensamento teve respaldo em algumas legislações antigas (*Lex Visigothorum* e *Lex Alamannorum*), que puniam mais fortemente o aborto provocado em nascituros formados, ou, então, que já fossem determináveis pelo sexo. Para o cristianismo, o princípio *conceptus pro iam nato habetur* alargou seu significado expressando a necessidade de proteger a vida do feto dotado de alma antes mesmo de lhe serem

¹⁸⁴ ALMEIDA, S J A C e Idem, p 19-47

¹⁸⁵ ALMEIDA, S J A C e Idem, *ibidem*

assegurados direitos na esfera patrimonial, fundados na premissa de que, “para o nascituro animado, é já iniciada uma existência eterna”, sendo o aborto provocado “considerado um homicídio”.¹⁸⁶

§ 3. Nos códigos civis do Direito Comparado

Herdeiro de tradições romanas, o Code Civil Napoleônico adotou a tese de que o nascituro (*l'enfant conçu*) é um sujeito de direito contanto que nasça vivo e viável. Para tanto, utilizavam-se os franceses de perícia médica.¹⁸⁷ A criança nascida viva adquire personalidade e a que nascer morta não recebe este *status* ainda que tenha vivido intra-uterinamente. No entanto, em virtude das descobertas e aplicações das novas tecnologias de reprodução, o estudo dos nascituros, bem como de sua condição jurídica, foi reacendido, gerando novas teorias acerca do início da personalidade humana para efeitos de sua proteção. Tem-se defendido de forma ampla que a proteção da pessoa humana deve partir da concepção, exaltando-se o direito à vida independentemente do seu estágio existencial, seja *in vitro* ou *in útero*. Interessante decisão oriunda da Corte de Cassação francesa, fez inscrever em um parágrafo da nova lei civil (1972) a norma de que o nascituro (*l'enfant conçu*) é considerado como se já tivesse nascido sempre que o seu interesse o requerer.¹⁸⁸

Na Itália, o Códice Civile de 1982, apesar de ter suprimido o requisito francês da viabilidade dos nascidos vivos (o que o código anterior de 1865 exigia), prevê que a capacidade jurídica do “conceptito” depende do seu nascimento com vida. Não obstante, concede direitos de caráter patrimonial, como a representação e administração dos bens do nascituro, bem como da sua capacidade para sucessão e para receber doações, não só para os nascituros concebidos, mas também àqueles não concebidos (prole eventual) ainda. E a jurisprudência tem ampliado essa capacidade julgando, em especial, a possibilidade de ressarcimento da criança por lesões ocorridas durante o estágio intra-uterino de vida.¹⁸⁹ Não obstante, existe

¹⁸⁶ ALMEIDA, S J A C e Idem, p 50-1

¹⁸⁷ A prova da vida consistia em submeter a criança à docimasia hidrostática. A prova da viabilidade consistia no exame da conformação dos órgãos, não sendo considerado pessoa aquele que fosse incapaz de viver, seja em virtude de nascimento prematuro seja por imperfeição de órgãos

¹⁸⁸ ALMEIDA, S J A C e Idem, p 53-63

¹⁸⁹ Como o Código Civil italiano não prevê referidas possibilidades expressamente, a doutrina tem se amparado no art 2º da Constituição italiana - que tutela o direito à vida - e nas convenções internacionais das quais o país

atualmente grande movimento preconizado por civilistas de renome em defesa do princípio da igualdade entre os seres humanos, em virtude de sua identidade ontológica de homem, de pessoa.¹⁹⁰

O Código Civil espanhol (1889), apesar de sofrer a influência do Código Napoleônico, é dele discrepante num sentido: embora determine que a personalidade civil comece do nascimento com vida (teoria natalista), exige que o feto nascido tenha “forma humana” e sobreviva, pelo menos 24 horas completamente separado do ventre materno. No entanto, no respeitante à capacidade patrimonial sucessória e para receber doações, as restrições acima não se aplicam, ao que possui amplos direitos, a serem exercidos mediante representação. Não obstante, para adquirir efetivamente a capacidade de direito, depende da vida e da viabilidade extra-uterina. Também na Espanha existe movimento doutrinário contrário à previsão legal civilista com amparo na Constituição espanhola, que prevê a vida e a dignidade entre os direitos e garantias fundamentais. A jurisprudência do Tribunal constitucional também já deixou claro seu entendimento nesse sentido. A lição de Pedro SERNA merece transcrição:

O STC reconhece que a vida humana é um *continuum* que não se pode seccionar em compartimentos estanques, o que serve para deduzir que a vida não nascida está protegida pelo art. 15 da CE; não obstante, ele não parece ter repercussão alguma na hora de questionar se o legislador ordinário pode configurar a personalidade, estabelecendo conseqüências não só jurídico-privadas, mas também no plano de direito fundamental, até o ponto de traçar a fronteira da humanidade mediante uma regra rígida que a vincula ao nascimento, e a vida independente fora do claustro materno durante exatamente 24 horas. É um excesso pretender que semelhante determinação não afete em absoluto o princípio da dignidade do ser humano. Afirmar que 24 horas depois de nascer o indivíduo humano adquire a titularidade sobre seus direitos fundamentais com efeitos retroativos ao momento do nascimento, de sorte que, antes desse momento não possui dignidade, mas sim a partir dele, não parece casar muito com um princípio que impõe o respeito ao indivíduo, que trata de colocá-lo ao resguardo das manipulações de terceiros, entre os quais também se encontra o legislador e ainda a própria comunidade.¹⁹¹

é signatário que prevêem a proteção da vida humana a partir da concepção (ALMEIDA, S J A C e Obra citada, p 65-6)

¹⁹⁰ Ver por todos Carlos CASINI, In L’embrione umano un soggetto verso una riforma dell’art 1 CC, Suplemento al numero de ottobre 1996 di Si allá via, s 1 (citado por ALMEIDA, Silmara Idem, p 72)

¹⁹¹ SERNA, Pedro Dignidad de la persona un estudio jurisprudencial **Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, p 170-1 Consultar também PUECHE, José Enrique Bustos *Manuel sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid Dykinson, 1997

Tanto o Código Civil austríaco (1811) como o argentino (1875) adotaram a teoria concepcionista, dispondo expressamente em seus artigos 22 e 70, respectivamente, que basta a concepção para que se defira à criança proteção e amparo legais. O início da personalidade coincide com a concepção, momento a partir do qual o nascituro já é considerado pessoa. Ambas as legislações também prevêm tanto ao nascituro como à prole eventual direitos sucessórios. Não obstante, se natimorto, os direitos que lhe estavam reservados caso sobrevivesse desaparecem como se ele sequer tivesse sido concebido (art. 74 CC argentino e 22 e 274 do CC austríaco).¹⁹²

Portugal e Suíça, em seus códigos civis vigentes – datados de 1966 e 1907, respectivamente – atribuem personalidade ao ser humano no momento do seu nascimento completo e com vida. Prescrevem, não obstante, ao nascituro, a capacidade jurídica para fins e efeitos patrimoniais. Já a doutrina portuguesa especializada, liderada dentre outros por CAPELO DE SOUZA e Mário Emílio BIGOTTE CHORÃO, sustentam que a personalidade do nascituro lhe é devida a partir da concepção, baseando-se em premissas filosóficas assentadas na natureza ontológica da pessoa e sua repercussão na esfera da personalidade jurídica (considerando o binômio pessoa/personalidade indissolúvel). E apontam as contradições do Código Civil português com as Cartas Internacionais ratificadas, o princípio da dignidade da pessoa humana contido no art. 1.º da Constituição portuguesa e o da inviolabilidade do direito à vida, também previsto no repositório constitucional (art. 24, n. 1).¹⁹³

Os códigos civis do Chile (1846/7 revisado em 1853 e 1855) e do Peru (1984 – um dos mais recentes da América Latina, art. 1.º, parágrafo 2.º *in fine*) são bastante peculiares. Embora exijam a condição do nascimento com vida para conferir à criança personalidade e, assim, capacitá-la juridicamente à investidura na titularidade de direitos patrimoniais (a respeito do Peru, o nascimento com vida torna irrevogável a doação e a herança - pendentes sob condição resolutiva), conferem-lhe, não obstante, personalidade desde a concepção e incondicionalmente, para fins

¹⁹² É interessante notar em especial, que na Argentina a Constituição nacional determina a superioridade hierárquica dos tratados internacionais e acordos com a Santa Sé têm perante o direito interno posto (art 75, inciso 22 Constituição argentina) De sorte que, quando incorporados ao corpo da CF, são considerados complementares entre si e entre os direitos e garantias reconhecidos por ela. Fato interessante é que o Código Civil argentino em matéria de personalidade, utilizou fiel e cabalmente a doutrina de Teixeira de Freitas em seu *Esboço* (ALMEIDA, S J A C e Obra citada p 89)

¹⁹³ Apud ALMEIDA, S J A C e Idem, p 80-83 e 198, nota de rodapé n ° 27

de defesa e tutela do seu direito à vida e à saúde, sendo adeptos, assim, do que Silmara ALMEIDA denomina de “doutrina verdadeiramente concepcionista”.¹⁹⁴

O Código Civil paraguaio (1985) adotou as normas do CC argentino, sendo, pois, adepto da teoria concepcionista.

§ 4. No Código Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro de 2002, em nada inovando a respeito do que já dispunha o anterior (1916) também condiciona o início da personalidade da pessoa ao seu nascimento com vida, ressalvando, não obstante, ao nascituro, direitos de ordem patrimonial e penal (criminalizando o aborto) a partir da concepção. Considera-se, não obstante, nascituro, o embrião (ovo ou zigoto) efetivamente implantado (nidado) no útero materno. A ele é reconhecida a capacidade de direito, prevendo-se-lhe, inclusive, o exercício da titularidade dos bens herdados ou doados através de um representante legal, na forma prescrita por um instituto processual denominado da “posse em nome do nascituro”, prevista no CPC atual, datado de 1973 (apesar de já ser oriundo do CPC anterior, de 1939). Não obstante, em caso de nascituro natimorto, tais direitos se extinguem como se o mesmo jamais tivesse existido (operando-se condição resolutiva).

A adoção da doutrina natalista, no Brasil, também sofre críticas da doutrina especializada em virtude dos preceitos e princípios contidos na Carta constitucional, os quais serão analisados de forma mais adrede nas próximas seções do trabalho.

SEÇÃO III. UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: O EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTATÓRIO É NASCITURO:

A despeito das diversas teorias atributivas de personalidade ao concebido, pode-se constatar claramente que, a respeito do termo “nascituro”: desde a Antigüidade até os presentes dias – com as descobertas da medicina, em especial da embriologia humana –, seu alcance sofreu alterações irremediáveis; e que, não

¹⁹⁴ ALMEIDA, S J A C e Idem, p 90-6

obstante, apesar do respeito devotado à ciência médica e ao conteúdo das cartas internacionais de direitos humanos, as legislações sempre lhe dispensaram uma preocupação marcadamente patrimonialista. Primeiramente protegido a partir da constatação da gravidez no ventre materno (*in anima nobile*), até se lhe estenderem direitos desde a concepção. Embora existam legislações reticentes quanto à adoção desta última, verdade é que em nenhum lugar do planeta se possa olvidar o fato já cientificamente comprovado de que a vida humana inicia a partir da concepção. O direito à vida é amplo e absoluto, não admitindo interpretação restritiva. Não obstante, até mesmo para aquelas legislações que adotaram a doutrina concepcionista, fizeram-no baseadas na hipótese da concepção intra-uterina.

Na área da reprodução humana artificial, a biotecnologia mostrou-nos que é capaz de reproduzir em laboratório, em ambiente extracorpóreo favorável, todas as condições necessárias à fecundação humana *in vitro*, acompanhando em seguida o desenvolvimento embrionário inicial até que, em determinado momento de seu estágio inicial de multiplicação celular, possa ser promovida sua transferência para o útero materno. Os embriões menos viáveis são congelados em bupões de nitrogênio líquido por tempo indeterminado. Aqui aflora imediatamente o questionamento: em que categoria jurídica se insere o embrião concebido extracorporeamente? Não seria ele um nascituro?

Ricardo Luís LORENZETTI entendendo necessária uma intervenção jurídica para definir o *status* do nascituro em seu período pré-implantatório, assim põe a questão para o direito argentino:

A pessoa se protege desde sua concepção 'no seio materno' (arts. 63 e 70 CC). Contudo, segundo a Lei 23.849 que ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, assinala que se entende por criança, todo ser humano, desde o momento de sua concepção (art. 2.º), o que implica uma reforma do texto do Código Civil, admitindo-se a via, desde a concepção, **intra ou extra uterina**. O Pacto de São José da Costa Rica estabelece que para os efeitos dessa Convenção **'pessoa é todo ser humano'**, e que toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida 'a partir do momento da concepção' (art. 1.º, § 2.º, e art. 4.º)¹⁹⁵ (grifos nossos).

Poder-se-ia, então, deduzir que o conceito de nascituro (ser concebido)

¹⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera São Paulo Revista dos Tribunais, 1998

encontra-se atualmente em crise.

Não obstante, essa crise é meramente aparente. Ousa-se divergir do mestre argentino sem, não obstante, nos afastarmos de seus próprios argumentos. Ora, se a vida humana merece proteção desde a *concepção*, o termo deve ser compreendido dentro do seu significado atual, ou seja, já abarcando a hipótese de ocorrência *in vitro*.

A mesma regra deve ser aplicada ao conceito de nascituro. Se, anteriormente, o termo compreendia o ser concebido *in utero*, por não se visualizar a concepção em outro ambiente, uma vez demonstrada a ampliação dessa possibilidade, cumpre-nos tão-somente alargar a extensão do conceito, acomodando-o às novas evidências desveladas pela ciência médica, campo que já há muito contribui com o Direito de uma forma interdisciplinar. Ademais, não é nenhuma novidade o fato de a ciência jurídica jamais ter andado lado a lado com as evoluções daquela área, vez que seu objeto de estudo – no intuito maior de promover a segurança social – sempre tenha se constituído em um conjunto mais estável no tempo.

Nesse sentido, traz o escólio de Heloísa Helena BARBOZA, que, citando Christian LAVIALLE, leciona:

Adaptar a lei não significa que essa deva evoluir ao sabor dos progressos científicos, fornecendo conceitos adaptados às mudanças sociais que a pesquisa científica induz na definição de vida, visto que isto seria reduzir o direito a uma função instrumental, **livre de todas as referências a valores**. Em outras palavras, não basta ao direito adaptar as categorias jurídicas existentes ou formular novas regras para apreender as novas técnicas e relações interpessoais delas decorrentes, pois isto **seria colocar o direito à reboque da ciência**, subvertendo ou **desconhecendo sua natureza científica dotada de princípios**, métodos e formulações próprios...As intervenções sobre o corpo humano, como as técnicas de reprodução assistida, **as manipulações genéticas**, as experimentações em humanos, os transplantes e a clonagem **conduzem automaticamente a uma reificação do ser humano, se mantidas determinadas categorias clássicas do direito**. O estabelecimento de regras sobre esses fatos poderá manter esse entendimento ou definir novas categorias, ou adaptar as existentes de modo a assegurar a permanência do primado da pessoa humana, pedra-de-toque de nossa civilização jurídica, sobre toda visão reducionista que faz com que perca

sua singularidade absoluta.¹⁹⁶(grifos nossos)

Heloísa Helena BARBOZA,¹⁹⁷ no entanto, apesar de filiar-se à teoria concepcionista acerca do início da vida humana, deferindo ao embrião pré-implantatório já a qualidade de pessoa, entende que, para adquirir a qualidade de “nascituro” (como aquele feto que irá nascer), o embrião careceria de um *plus*, ou seja, da constatação de sua viabilidade, existente esta tão-somente a partir de sua nidação no útero materno (único ambiente capaz de permitir sua maturação até o estágio de aptidão para a vida extra-uterina).

Ousa-se discordar da autora, nesse norte, na medida em que nem todos os embriões implantados nascerão inevitavelmente com vida, pois sua viabilidade também não tem marco delimitado cientificamente, sendo resultado de sucessivas transformações, todas elas necessárias e interdependentes no curso do seu desenvolvimento, até atingir o estágio de completa autonomia. Tal consideração implicaria eacender toda uma série de discussões em torno no binômio autonomia *versus* viabilidade, imperativos já ultrapassados e impróprios para uma classificação escoreta, sem vulneração da dignidade humana.

Silmara ALMEIDA, em análise à problemática resultante da extensão do termo “nascituro” em confronto com as descobertas feitas pelas novas tecnologias de reprodução, defende a utilização do termo “nascituro pré-implantatório”, estendendo-lhe direitos de ordem extrapatrimonial desde a concepção.¹⁹⁸

O que se propõe a seguir é a consideração de uma dupla via, capaz de oferecer uma proteção mais ampla e completa aos bens da personalidade. Para tanto, há necessidade de se conjugar à categoria dos direitos subjetivos os princípios gerais de direito constitucional.

¹⁹⁶ LAVIALLE, Christian De la didifficulté à légiférer sur être vivant *De la bioéthique au bio-droit*. Claire Neirinck (Coord) Paris L G D J 1994, p 14/17, apud BARBOZA, Heloisa Helena *Novos temas de biodireito e bioética.*, p 60-61

¹⁹⁷ BARBOZA, Heloísa Helena *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*, p 83 No mesmo sentido RAFFUL, Ana Cristina *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*, p 125-126

¹⁹⁸ ALMEIDA, Silmara J A Chinelato e *Direitos do nascituro no sistema jurídico brasileiro*, p 65 Heloísa Helena BARBOZA, apesar de filiar-se à teoria concepcionista acerca do início da vida humana, deferindo ao embrião pré-implantatório já a qualidade de pessoa, entende, não obstante, que, para a adquirir a qualidade de “nascituro” o embrião careceria de um *plus*, ou seja, da constatação de sua viabilidade, existente esta tão-somente a partir de sua nidação no útero materno (único ambiente capaz de permitir sua maturação até o estágio de aptidão para a vida extra-uterina)

§ 1. O conceito de pessoa e o embrião pré-implantatário

Deve-se a BOÉCIO (na Idade Média) um dos conceitos mais antigos que se tem de pessoa. Para ele, a pessoa consistia numa “substância individual de natureza racional” (*individua substantia rationallis naturae*); assim, deveria ser reconhecida como indivíduo, por ser um ente que existe por si mesmo.¹⁹⁹ Outros filósofos, como São Tomás de Aquino e São Boaventura, buscaram trabalhar esta definição, mas a partir do conceito dado por BOECIO. Ambos concordavam que a idéia de pessoa implicava a de indivíduo, mas não se identificava com o mesmo.

Para São BOAVENTURA a individualidade derivava de sua matéria e de sua forma; já a pessoa consistia no indivíduo tanto de matéria quanto de forma e, em virtude desta última, dotado também de uma certa dignidade. Para São Tomás de AQUINO, a individualidade (decorrente do princípio da individualização) decorria da matéria que individualiza a forma, e não da forma. Partindo do conceito de BOECIO de pessoa humana, enfatizava, porém, que o seu caráter de “natureza racional”²⁰⁰ seria atingido no momento em que fosse inspirada pela alma. A partir de então, via na pessoa uma substância individual dotada de uma certa dignidade. O ser humano era visto como constituído de corpo e alma, e a incorporação da alma ao corpo humano, ou a sua saída do corpo é que determinariam o momento do nascimento e da morte da pessoa humana. A dúvida suscitada pela ótica tomista para a natureza da pessoa humana residia exatamente em determinar quando, especificamente, a alma seria recebida pelo corpo de uma criança ou quando deixaria o corpo de um moribundo.²⁰¹

Já a doutrina tomista da Igreja Católica atual, aproveitando-se dos avanços da ciência contemporânea, que demonstrou ser a singularidade genética individual atingida após a fecundação do óvulo, considera o zigoto como apto a receber a alma humana e, destarte, ser considerado como homem ou pessoa (termos que emprega como sinônimos) com direitos.²⁰²

¹⁹⁹ SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 22

²⁰⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Idem, ibidem

²⁰¹ BARRETO, Vicente de Paulo. “A idéia de pessoa humana e os limites da bioética”, p. 233. In: BARBOZA, Heloisa Helena, MEIRELLES, Jussara M.L. de, BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) *Novos temas de biodireito e bioética*, p. 219-257. O autor justifica o argumento tomista como decorrente do princípio do hilemorfismo grego de Aristóteles, cuja doutrina afirmava ser o homem constituído de corpo e alma, ou matéria e forma.

²⁰² BARRETO, Vicente de Paulo. Idem, pp. 234-5

Em KANT, “a pessoa nada mais é senão a liberdade de um ser racional”,²⁰³ ou seja, só o sujeito livre pode ser o autor a que se imputa uma ação, e, como ser de razão, é capaz de determinações éticas “independentes dos impulsos sensíveis”; sendo, portanto, pessoa ética e indivíduo físico pertencentes a duas ordens absolutamente distintas.²⁰⁴ Vê-se, pois, que o autor desconsidera o fator “natureza” na determinação do que seja pessoa humana. Ele entende que a pessoa vai se tornando humana na medida que tome consciência de si mesma e possa exercer a autonomia moral. Por isso, alerta quanto à necessidade de diferenciar o *ser humano* da *pessoa humana*. O ser humano é humano porque tem na humanidade seu ponto de partida como espécie biológica (a humanidade aí existe a título de fato), ao passo que a pessoa humana tem na humanidade seu ideal regulador (a humanidade lhe está representada como um valor).²⁰⁵ Para KANT, a dimensão exclusivamente moral seria suficiente para atribuir o conceito de pessoa!²⁰⁶ E a atribuição desta qualidade é o limite para a interferência do arbítrio de outrem:

os seres cuja existência dependem não da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se não são seres racionais, somente um valor relativo como meio, e, por isso, chamam-se coisas, ao passo que os seres racionais têm o nome de pessoas porque a sua natureza os distingue como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio (e é um objeto de respeito).

Miguel REALE ensina que a idéia de pessoa nasce da noção autoconsciente do homem “como ente que, a um só tempo, é e deve ser”, não lhe bastando a existência, sendo-lhe necessário estabelecer seu significado ou sentido.²⁰⁷

Para CORTIANO JÚNIOR²⁰⁸, o termo “pessoa” não é tão-somente um dado ontológico, mas traz consigo uma série de valores que lhe são imanentes,

²⁰³ Citado por Lucien SÈVE, in *Para uma crítica da razão bioética*, p 20

²⁰⁴ Citado por Lucien Sève, Idem, pp 20-21

²⁰⁵ Citado por Lucien Sève, Idem, ibidem

²⁰⁶ Nesse sentido, a crítica de BAERTSCHI chama atenção para o fato de que a qualidade moral em si é insuficiente para que se possa constatar a existência de uma pessoa. Se assim o fosse, seria lícito matar um indivíduo que estivesse dormindo ou privado dos sentidos, como por exemplo, em estado comatoso (citado por BARRETO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética, p 239. In BARBOZA, Heloisa Helena, MEIRELLES, Jussara M L de, BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) *Novos temas de biodireito e bioética*, p 219-257)

²⁰⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p 211

²⁰⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Idem, p 42-45

como a sua dignidade, centro de sua personalidade²⁰⁹. E o Direito não está apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, protegendo, também, seu sentido e sua finalidade.²¹⁰

No direito legislado afigura-se a tendência de visualizar a “pessoa” como ser irremediavelmente inserido no contexto social, ali assumindo o pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica, conforme seja ele “titular de um direito ou titular de um dever”.²¹¹ Assim, identifica sistematicamente dois tipos de pessoa: **a pessoa física e a pessoa jurídica**. Teixeira de FREITAS diferenciava-as utilizando a terminologia de pessoas de “existência visível” e de “existência ideal”, respectivamente.²¹² De sorte que, ou se está na esfera de atribuições de uma, ou, irremediavelmente, da outra categoria.

A primeira delas, também denominada “pessoa humana” é “o ser humano considerado nos dois gêneros, masculino e feminino, e dotado de existência real, conforme a natureza das coisas”.²¹³ Já a “pessoa jurídica” consiste em verdadeira artificialidade criada pelo Direito para designar aqueles “grupos de indivíduos constituídos na forma da lei”,²¹⁴ que compartilham um objetivo comum: são as sociedades, associações e fundações.

Não obstante, em seara de caracterização do embrião pré-implantatário, resulta inescusável estar-se-ia necessariamente tratando de um “ser humano”, ente de natureza visível (dado ontológico), núcleo que atrai – pelos valores morais que lhe são intrínsecos (decorrentes de sua natureza) e alicerçam sua personalidade – direitos que lhe devem ser assegurados para que possa vir a integrar a sociedade e nela ser partícipe.

LEGAZ Y LACAMBRA em lapidar lição, parece fazer esvaecer quaisquer dúvidas a respeito da *pessoa* e sua inclusão no contexto jurídico quando preleciona:

A idéia de pessoa representa algo prévio e fundamental da idéia de vida social. Ainda que o social seja o impessoal ou genérico típico, contudo, o **social funda-se na pessoa, porque a pressupõe, e porque somente a pessoa pode despersonalizar-se**. Pois o homem, que, enquanto pessoa em sentido ético-metafísico, é titular de uma vida pessoal autêntica, tem

²⁰⁹ Grande parte dos doutrinadores considera o binômio personalidade-dignidade indissolúvel

²¹⁰ AGUIRRE e ALDAZ apud CORTIANO JÚNIOR, obra citada, p 53

²¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de *Tratado de direito privado*, p 20720-9

²¹² GOMES, Orlando Obra citada, p 141

²¹³ SILVA, Reinaldo Pereira e *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*, p 220

²¹⁴ GOMES, Orlando Idem, *ibidem*

de se despersonalizar para ser pessoa no plano social e jurídico; tanto que nestes planos o homem se converte no ator que representa um papel. **O homem pode e tem de se despersonalizar na vida social** porque é um ser que convive com outros seres humanos. Mas **isto em nada afeta a sua intrínseca dignidade, como sujeito de fins próprios, nem afeta tampouco o reconhecimento dessa dignidade pelos demais, e pelo ordenamento jurídico, nem a garantia que esse ordenamento jurídico lhe dê.** Por ser pessoa o homem tem a liberdade que o constitui como tal e que se concretiza em poderes de fazer e ser tudo quanto o define como pessoa, e tudo o que necessita para existir como pessoa [...] **A pessoa é o fundamento de tudo. A pessoa vive necessariamente na dimensão social da impessoalidade, sem se esgotar nesta, antes, transcendendo-a.** A liberdade em que consiste o Direito não é a liberdade interior da pessoa, mas uma liberdade no plano social”.²¹⁵ (grifos nossos)

Restando biológica e cientificamente comprovado que o início da vida humana se dá com a fusão dos pronúcleos feminino e masculino, quando o número de cromossomos da espécie é recomposto, iniciando-se, a partir daí, a vida de um novo ser, com código genético único e contendo a informação completa que ditará a vida deste indivíduo até o final de seus dias, pode-se afirmar, então, que este embrião humano **é pessoa.**

Invocando a mais rigorosa doutrina científica, profetiza LEUJENE: “Aceitar o fato de que uma vez produzida a fertilização tenha surgido um novo ser humano, já não constitui uma questão de gostos ou opiniões. A natureza humana do ser humano, desde a concepção até a velhice, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental”.²¹⁶

Por conseguinte, negar o critério ontológico de existência visível do ser importa em estabelecer como parâmetro de aferimento da vida um critério abstrato e artificial em detrimento de uma certeza natural que, em qualquer caso, é condição necessária e precedente a qualquer outra.

²¹⁵ LACAMBRA, Luis Legaz y *Derecho y Libertad*. Buenos Aires Valerio Abeledo, 1952 apud ARANHA, Márcio Iório *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, p. 65, nota de rodapé n. 137

²¹⁶ Em vernáculo “El aceptar el hecho de que una vez producida la fertilización ha surgido un nuevo ser humano, ya no constituye una cuestión de gustos ou opiniones. La naturaleza humana del ser humano, desde la concepción a la vejez, no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental”, citado por PENTEADO, Jaques de Camargo, In *O devido processo legal e o abortamento A vida dos direitos humanos*, p. 149-150

§ 2 – Os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos: sua limitação

Michel VILLEY²¹⁷ noticia que o termo “direito subjetivo” surgiu no século XIX, apesar da concepção que o considera uma prerrogativa do sujeito já remontar ao século XIV. Na antiga Roma *jus* não significava nada mais do que *a parte justa que deverá ser atribuída a um indivíduo em relação aos outros*, tendo, assim, um sentido social, dependente do inter-relacionamento.

HOBBS foi quem trabalhou esse conceito calcando-o na liberdade de o homem de fazer tudo no seu primeiro estado, o estado da natureza (situação de insegurança e guerra permanente). O “direito subjetivo” estava fundado, pois, no jusnaturalismo. Nos séculos XVII e XVIII, foi identificado como modelo para as instituições jurídicas positivas, no intuito de liberar o cidadão do jugo opressor do Estado (jusnaturalismo racionalista). De forma que, daí em diante, a expressão “liberdade” passou a tomar assento nas constituições, enquanto que o direito subjetivo migrou para o direito ordinário (de cunho eminentemente patrimonialista).²¹⁸

Para CORTIANO JÚNIOR, o direito da modernidade, comprometido com o Estado Social e os aspectos existenciais do homem, precisa fazer reencontrar as noções de liberdade pública e direito subjetivo, pois ambas as figuras têm a mesma origem (estado de liberdade da pessoa humana e garantia do seu livre desenvolvimento). Não obstante, originalmente construído sobre a categoria do ter, o direito subjetivo não pode ser aplicado aos direitos da personalidade (categoria ser):

Assim é que a tutela da personalidade humana ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer interesse colocado em jogo. Se a proteção das situações patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana, que extrapola de qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito.²¹⁹

²¹⁷ VILLEY, Michel *Filosofia do direito*, p 120-121

²¹⁸ A noção de direito subjetivo migra para a idéia de poder do indivíduo para exigir, no seu relacionamento com os outros, os direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo (CORTIANO JÚNIOR, *Eroulths* Obra citada, pp 47-49)

Desfrutar do bem amparado e defendê-lo de qualquer ataque ou lesão através do direito posto constitui o núcleo essencial do poder juridicamente reconhecido em que o direito subjetivo consiste. No entanto, o ordenamento brasileiro exige, para a defesa desses direitos, que o sujeito esteja investido de capacidade jurídica para poder exercê-los.

O direito subjetivo encontra limitações ao seu exercício, refletidas na clássica diferenciação entre a *capacidade de direito* e a *capacidade de fato*.

A primeira, também chamada de “capacidade de gozo”, reflete a condição de todo homem de ser sujeito de direitos e obrigações na ordem civil, mas que, para tanto, começa a partir do nascimento com vida. A esta categoria a doutrina atribui a mesma significação de *personalidade*. No entanto, prevê com lucidez Reinaldo PEREIRA E SILVA:

A **personalidade** é uma qualidade que **requer** o suporte de um substrato real: **a pessoa**. Já a capacidade comporta uma valência de natureza quantitativa, expressando a medida variável dos direitos e deveres de que uma pessoa pode ser sujeito (capacidade jurídica, do alemão *Rechtsfähigkeit*), bem como o alcance da aptidão para o exercício pessoal e livre desses mesmos direitos (capacidade de agir, do alemão *Geschäftsfähigkeit*).²²⁰(grifo nosso)

Assim, conforme pontifica Orlando GOMES, correto é considerar-se que a capacidade é a medida da personalidade.²²¹

A segunda refere-se à aptidão do indivíduo de, efetivamente, poder exercer esses direitos, de forma autônoma ou por via representativa, ligando-se ao seu estado de maioridade.²²²

Existem pelo menos duas razões para mitigar-se a unicidade da categoria dos direitos subjetivos do indivíduo: a primeira diz respeito à previsão de ordem exclusivamente patrimonialista que a defesa desses direitos encerra; a segunda, dela decorrente, diz com a lacuna deixada no ordenamento no concernente ao estágio da vida humana, compreendido entre a concepção extracorpórea até a efetiva implantação do ovo no útero materno, cujos direitos de defesa gravitam na

²¹⁹ CORTIANO JÚNIOR, E. *Idem*, p. 50

²²⁰ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Obra citada*, p. 222

²²¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 165

²²² No CCB atual, a menoridade absoluta é reconhecida aos menores de dezesseis anos, a relativa é reconhecida aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, e a maioridade atinge-se aos dezoito anos completos

esfera extrapatrimonial. Neste caso, de acordo com a legislação civil atual (CC art. 2.º), não haveria atribuição de personalidade à vida latente.

Por deixarem, os direitos subjetivos, ao desamparo as situações de que ora se ocupa, a consideração de uma segunda via faz-se necessária, da qual se tratará a seguir.

§ 3 – A proteção dos direitos da pessoa pelos princípios gerais de direito constitucional: uma visão personalista da pessoa e da própria ordem jurídica

Como se viu, o direito subjetivo é insuficiente na defesa dos direitos do embrião pré-implantatório por esbarrar no requisito da capacidade jurídica, que o mesmo não possui. Assim, a pessoa, durante a primeira etapa de sua vida, carece de proteção não tendo suas necessidades e interesses mais fundamentais tutelados pela regra jurídica. Como bem observa José CRETELLA JÚNIOR: “Se a vida é um direito garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não inviolado”.²²³

A vida, como bem anterior ao direito, impõe respeito até mesmo à ordem jurídica, pois que não se pode concebê-la como concessão jurídico-estatal, tampouco como um direito que uma pessoa detém sobre si mesma, vez que exige que o próprio titular do direito a respeite (do contrário estar-se-ia a admitir o suicídio).²²⁴

A visão personalista da pessoa e da própria ordem jurídica defendida por Lamartine OLIVEIRA e Francisco MUNIZ²²⁵ vem ganhando espaço na doutrina, enquanto contrária à visão positivista, normativista e formalista da pessoa e da ordem jurídica em que ela se encontra inserida. A visão personalista se faz necessária para que se possa vislumbrar a pessoa não mais como um sujeito centro de imputação de direitos e deveres, mas como lugar central que ocupa dentro do ordenamento. Independentemente da categoria sobre os direitos de personalidade ser eivada de dúvidas e inquietações no plano doutrinário, existe algo sobre o que repousa uma unanimidade: a existência de um **direito objetivo da personalidade**

²²³ *Apud* José Renato NALINI, In *A evolução protetiva da vida na Constituição brasileira A vida dos direitos humanos*, p 268

²²⁴ DINIZ, Maria Helena *O estado atual do biodireito*, p 22-3

²²⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*, RT 532/11-23

que integra todo o ordenamento jurídico de forma unitária, sendo o próprio fundamento deste.

Reinaldo PEREIRA E SILVA qualifica referida doutrina como *realista* – enquanto versão jurídica da filosofia personalista²²⁶ – por procurar conceber as coisas tais quais elas são em si mesmas e nas suas causas constitutivas. Assim:

se são as pessoas em ato, enquanto realidade estruturante do direito, a razão de ser de sua dinâmica intersubjetiva, e se a pessoa humana, pela natureza das coisas é o próprio ser humano, **ao conceito**, que não é objeto relacional em hipótese alguma, **não se pode desconhecer o atributo da personalidade desde a concepção**, ou seja, a aptidão jurídica para figurar como verdadeiro e atual sujeito de uma relação de direito²²⁷. (grifos nossos)

A doutrina que a ela se opõe denomina-se *idealista* ou *formal-positivista* e é a verdadeira expressão da arte das construções legislativas, ou seja, o direito enquanto norma posta pelo legislador. É o que ocorre, por exemplo, com as presunções legais previstas nas normas, que são abstrações ou artificialidades construídas juridicamente para auxiliar na disciplina das relações intersubjetivas, fim último a que se propõe o direito. Não obstante, esta doutrina encontra seu limite na ordem natural de ser das coisas (natureza), mas corre o risco de tornar-se reificante sempre que deturpar a realidade posta, impondo-lhe uma artificialidade autoritária. É assim que, no aspecto que aqui interessa, a personalidade é indissolúvel à pessoa. Conceder à pessoa, ser humano, uma personalidade “legal” dissociada do instante inicial de sua existência (provado por evidências experimentais) não pode ser outra coisa que não a imposição de uma ordem não natural (artificial) autoritária e inconcebível.²²⁸

²²⁶ A filosofia personalista funda-se na concepção jusnaturalista do direito, que, baseado na alteridade enquanto realidade estruturante do direito, justifica a dinâmica intersubjetiva (baseada na naturalidade) das relações entre os sujeitos. E o “direito somente se justifica a si mesmo enquanto padrão que disciplina dignamente as relações entre as pessoas humanas” (D’AGOSTINO, Francesco *Il diritto come problema teológico*, citado por Reinaldo PEREIRA E SILVA, obra citada p. 220)

²²⁷ Aqui o autor não se afasta da doutrina de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA (no seu *Tratado de direito privado* Parte Geral Tomo I Atualizado por Wilson Rodrigues Alves Campinas Bookseller, 1999, pp. 207-209), que reconhece que ser *pessoa* é ter “a possibilidade de ser sujeito ativo ou passivo de uma relação de direito”, e ser sujeito, no âmbito desta relação é estar da “posição de titular de um direito ou de titular de um dever”. De sorte que a *personalidade* é a “possibilidade de a pessoa se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras de direito, se tornem fatos jurídicos”. A personalidade é, pois, a aptidão que toda pessoa tem para figurar como sujeito ativo ou passivo em uma relação de direito (PEREIRA E SILVA, Reinaldo *Idem*, p. 219)

²²⁸ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Obra citada, nota de rodapé n. 836, p. 219-220

Destarte, na visão (realista-) personalista dos direitos de personalidade, a **noção de pessoa** assume uma posição pré-normativa, não sendo construída pelo ordenamento, mas recebida por ele. E, ao recebê-la, o direito admite toda a carga valorativa que lhe é inerente, não podendo diminuí-la ou represá-la. Pode até limitar a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico. O raciocínio dos autores é acompanhado de irrefutável precisão lógica:

Não é possível conceber-se tutela efetiva dos direitos da personalidade fora do com texto de uma tutela aos direitos do homem. Só no Estado de Direito essa tutela alcança real efetivação. E, reciprocamente, só há Estado de Direito se existir uma ordem jurídica baseada na proclamação de tais direitos e sua efetiva proteção. Em verdade, só se poderá falar em Estado de Direito na medida em que o Estado reconheça de modo absoluto os ‘direitos fundamentais’. Estes constituem verdadeiros princípios destinados a estabelecer uma escala fundamental de valores, centrada no reconhecimento da pessoa humana e de sua dignidade, e que deverá vincular a Administração, a legislação e a jurisdição.²²⁹(grifos nossos)

O papel exercido pelos princípios dentro da norma constitucional maior²³⁰ fica evidente na preclara lição de Paulo BONAVIDES que – filiando-se à doutrina de ESSER, ALEXY, DWORKIN e CRISAFULLI – entende ser a norma gênero da qual os princípios e as regras são espécies²³¹. As normas possuem alto grau de generalidade relativa (ALEXY) e as regras tem grau relativamente baixo de generalidade,²³² ao passo que os princípios (F. CASTRO), diferentemente, por serem *valores*. representam-se como critério de medida do teor constitucional em sua “dimensão mais elevada.”²³³ Ou, na versão dada por BOULANGER, que, partindo do pressuposto de que a distinção entre princípio e regra não reside só numa diferença de importância como também de natureza entre ambos. leciona:

²²⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Idem*, pp 18-19

²³⁰ Os princípios previstos na Constituição Federal não se confundem, em qualquer hipótese, com os princípios gerais de direito tratados pelo art 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (TEPEDINO, Gustavo *Temas de direito civil – Teoria Geral*, p 55)

²³¹ Também partilha deste entendimento, entre nós, Eros Roberto Grau, na sua obra *Direito posto e direito pressuposto*, p 19

²³² O autor alemão ALEXY assim explicita seu entendimento toda pessoa desfruta da liberdade de crença, como norma com um grau relativo de alta generalidade, enquanto a norma sobre esse direito que todo preso possui de fazer proselitismo em favor de suas crenças junto doutros presos seria ilustração (ALEXY, Robert *Theorie der Grundrechte*, apud BONAVIDES, Paulo *Curso de direito Constitucional*, p 249)

²³³ BONAVIDES, Paulo *Obra citada*, p 255

A generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio, visto que **a regra jurídica é geral** se for estabelecida **para um número indeterminado de atos ou fatos**, mas sob certo aspecto é especial, na medida em que é editada **contemplando uma situação jurídica determinada**. **‘O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações’**.²³⁴

Para PUECHE, os princípios gerais do direito têm valor fundamental por constituírem uma via complementar àquela dos direitos subjetivos, protegendo de maneira mais conveniente os bens da personalidade. Segundo a tese que o mesmo sustenta, “o princípio geral de respeito à dignidade humana, significa, entre outras coisas, que a proteção e o amparo dos bens da personalidade se eleva a princípio geral de direito, de sorte que nem o legislador pode promulgar normas que lesionem os bens da personalidade, nem o juiz aplicar as que puderem estar em contradição com aquela”.²³⁵

Ademais, de acordo com o art. 4.º, inciso I do Pacto de São José da Costa Rica (1969), do qual o Brasil é signatário e cuja ratificação pelo direito interno ocorreu em 25 de setembro de 1992, estabelece-se que para os efeitos da convenção **pessoa é todo ser humano** e toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida “a partir do momento da concepção”. E aqui é importante ressaltar o fato de não se distinguir a vida intra da extra-uterina. Sobre os tratados internacionais, discorrer-se-á de forma mais adrede no primeiro capítulo da segunda parte deste trabalho.

No concernente aos direitos da personalidade e ao momento em que esta deve ser atribuída ao ser humano, objetiva é a consideração de Silmara Chinelato e ALMEIDA. Para a autora, a personalidade é um “valor” ao passo que a capacidade é um “quantum”. E ela preleciona que “não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe”.²³⁶

²³⁴ BOULANGER, Jean ‘Principes généraux du droit et droit positif’, On *Le droit privé français au Milieu du Siècle, Études offertes à Georges Ripert*. T 1, Paris, 1950, p 51, apud BONAVIDES, Paulo Idem, p 239-240 Compartilha desse entendimento a autora BARBOZA, Heloisa Helena Obra citada, p 61-79

²³⁵ PUECHE, José Enrique Bustos *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, p 75-76

²³⁶ A capacidade é um atributo da personalidade, que, no nascituro, é incondicional Apenas a eficácia total dos direitos patrimoniais materiais condiciona-se ao nascimento com vida, especialmente sua transmissibilidade (ALMEIDA, Silmara J Chinelato e Obra citada, p 168 e 198)

É que a **capacidade**, como **regra** jurídica, permite avaliação quantitativa; já a **personalidade** (inerente à pessoa), enquanto **valor** (princípio), não comporta tal medida. Sua eventual ponderação só poderia ocorrer na esfera da qualidade e, nesta, extravasa o plano da facticidade²³⁷ considerar o ser humano “mais” ou “menos pessoa”.

Se a natureza humana do embrião pré-implantatório é evidência científica irrefutável, aquilatar sua personalidade é impor, via regra jurídica, uma artificialidade, uma irracionalidade “reificante”.

Os direitos subjetivos, enquanto direitos patrimoniais são limitados. Quando se afirma que a personalidade humana começa a partir da concepção, implica estar-se admitindo outra esfera de direitos, de âmbito extrapatrimonial e *status* que independem completamente da questão do nascimento com vida.²³⁸

Assim, a adoção de uma dupla via de proteção aos direitos da personalidade implica compreender a dissociação existente entre os direitos subjetivos, de conteúdo patrimonial, daqueles de conteúdo valorativo²³⁹ ou extrapatrimonial. Pela via de proteção dos direitos subjetivos protegem-se aqueles indivíduos com capacidade jurídica para serem titulares desses direitos (na defesa dos seus direitos de ordem patrimonial); e, pela via da defesa dos princípios gerais, amparam-se, difusa e abstratamente, direitos que, como valores supremos informadores do ordenamento, seriam capazes de coibir atentados contra a vida e a dignidade da pessoa para aqueles que não estão aptos ao exercício de sua capacidade de fato, ainda.

²³⁷ Que, no plano filosófico, consiste no caráter próprio da condição humana pela qual cada homem se encontra sempre já comprometido com uma situação não escolhida

²³⁸ DINIZ, Maria Helena, Obra citada, p 170

²³⁹ Segundo Norberto BOBBIO “A existência de um conteúdo valorativo na norma é um legado do jusnaturalismo que também foi assimilado pela evolução do positivismo jurídico por ser essencial a natureza mesma da pesquisa científica, expresso numa convicção em se estabelecer uma ética objetiva, que consistem em ética fundada em princípios objetivamente estabelecidos e cientificamente verificados”(In O positivismo Jurídico lições de filosofia do direito Compiladas por Nello Morra Trad Márcio Publiese, Edson Bini e Carlos E Rodrigues São Paulo Ícone, 1995, p 92, citado por ARANHA, Márcio Iorio Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais, p 79) Maria Olga Mattar, contrapondo os valores morais aos sociais, diz que enquanto estes “são flexíveis e se modificam através das diferentes épocas”, aqueles “são absolutos e eternos”(BARBOZA, Heloisa Helena et al *Novos temas de biodireito e bioética*, p 135)

PARTE II. A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NASCENTE: AS PREVISÕES LEGAIS EM FACE DO ESTATUTO JURÍDICO DO EMBRIÃO

CAPÍTULO IV – NA LEGISLAÇÃO SUPRANACIONAL: OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

É interessante se visualizar os mecanismos de ordem transnacional que estão ao dispor, bem como seu *status* jurídico perante a ordem interna posta como importantes instrumentos de valoração e respeito a guiar por este labirinto de conceitos e múltiplos interesses em jogo, como é o caso das vidas humanas latentes.

Nesse contexto, imprescindível é a análise da categoria dos direitos humanos, imperativos categóricos que servem de esteio na luta pela defesa da vida na plenitude de seus contornos. Nessa linha, entende-se conveniente destacar a especial relevância da clarificação da distinção entre as fórmulas “**direitos fundamentais**” e “**direitos humanos**”. As primeiras, apesar de se inserirem no amplo conceito das segundas, aplicam-se para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” é a que efetivamente guarda relação com os documentos de direito internacional, referindo-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com qualquer ordem constitucional e que, destarte, ambicionam a validade universal, para todos os povos e tempos, revelando sua evidente pretensão supranacional.²⁴⁰ E é destas últimas que cuida o presente capítulo, dedicado à análise dos tratados e convenções internacionais.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p 31 A consideração do autor é abalizada por J.J Gomes CANOTILHO, M.L Cabral PINTO, E Pereira de FARIAS (em nota de rodapé n 7 da página citada) Assevera ainda SARLET, que a utilização recente da terminologia “direitos humanos fundamentais” por alguns autores de maneira alguma afasta a pertinência da distinção entre as duas expressões citadas, mas procura “ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando, neste sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e direitos fundamentais constitucionais (obra citada, p 33). Para Pérez LUÑO, a expressão “direitos humanos” consiste no “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, resumem as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional” A tradução é nossa

SEÇÃO I. OS DIREITOS HUMANOS E SUA IMPORTÂNCIA NA ATUALIDADE

Houve um determinado momento histórico em que a humanidade se sentiu premiada a buscar garantias legais de proteção individual contra a figura opressora do Estado. Foi na época da II Guerra, quando se tornou notório ao mundo que países como a Alemanha e o Japão utilizavam vidas humanas em massa (prisioneiros dos seus campos de concentração) como cobaias de experimentos científicos de toda ordem. A permissividade das atrocidades cometidas nos laboratórios de pesquisa mantidos pelo governo e perpetradas pelas equipes de cientistas médicos²⁴¹ escoimava-se numa situação caótica de quase “inexistência de Direito” resultante do estado de guerra.

Então, os países vencedores da II Guerra instauraram um Tribunal Internacional - de Nuremberg (1945) - responsável pelo julgamento das denúncias dos “crimes de guerra”²⁴² e acabaram instituindo, ao seu final, o Código de Nuremberg (1947), documento internacional com previsão de princípios para realização de experiências científicas em seres humanos. Tratou-se, pela primeira vez, da necessidade do consentimento individual informado das pessoas submetidas às pesquisas científicas, que, por sua vez, não podiam afastar-se de três premissas fundamentais: da *utilidade*, *inocuidade* e da *autodeterminação do participante*.²⁴³ Proibindo enfaticamente a sujeição humana a propósitos políticos, eugenésicos ou bélicos, bem como a qualquer espécie de crueldade ou tortura, tinham como prevaletentes os interesses da pessoa em detrimento dos interesses da ciência e da sociedade.²⁴⁴

O Código de Nuremberg não fez referência às pesquisas em seres humanos concebidos e não nascidos. Talvez fosse referido tema completamente desconhecido até então.

Na contemporaneidade, entretanto, a sociedade foi apresentada às novas

(LUÑO, Antonio E Peres *Los derechos fundamentales*, 3. ed Madrid Tecnos, 1988, p 37 citado por CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, p. 38-39)

²⁴¹ OLIVEIRA, Fátima Direitos humanos, bioética, gênero e feminismo In SILVA, Reinaldo Pereira e, LAPA, Fernanda Brandão (Org) *Bioética e direitos humanos*, p 90

²⁴² Em 1 ° de outubro de 1946, o Tribunal de Nuremberg concluiu o julgamento de dezoito nazistas, absolvendo três, condenando à morte doze e à prisão perpétua outros três, todos acusados por crimes contra a humanidade (MARTINS, Ives Gandra da Silva O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana In PENTEADO, Jaques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques (Org) *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, p 127

²⁴³ OLIVEIRA, Fátima Idem, ibidem , e, SILVA, Reinaldo Pereira e *Introdução ao biodireito...* p, 247

²⁴⁴ Em 1964, em Assembléia da Associação Médica Mundial, através da Declaração de Helsinque (cuja última revisão foi em 1989), referidos princípios foram re-ratificados Embora referido documento não tenha *status* de um tratado internacional, é considerado pela comunidade científica verdadeira *Declaração Universal dos Direitos do Homem* no âmbito da pesquisa (SILVA, Reinaldo Pereira e Obra citada, p 248)

perspectivas descobertas no campo da reprodução humana. Ao discurso entusiástico e encorajador dessas novas tecnologias reprodutivas aderiram milhares (senão milhões) de pessoas. Afinal, a ciência, de certa forma, sempre mereceu o respeito da sociedade pelo desvelar paulatino dos mistérios do mundo que nos cerca. Todavia, enquanto embevecida nessa aura de sortilégios quase que inconseqüentes, não se deu conta a humanidade de outra realidade paralela que crescia ao sabor dos ventos, conseqüência imediata do uso das novas tecnologias. E a comunidade científica foi obrigada, em determinado momento, a reconhecer a existência de embriões excedentes resultantes desses procedimentos, cujo número prolifera em escala contínua e crescente nos laboratórios do mundo. O que fazer com eles? “Condenados à prisão perpétua em local frio, escuro e inóspito, sem nenhuma possibilidade de desenvolvimento, e, pior, sem ter praticado nenhum crime. Cenas de uma cela de isolamento de Alcatraz? Não. Uma visão um tanto aterrorizadora dos embriões excedentários nos compartimentos de nitrogênio líquido”.²⁴⁵

E eis que volta à ordem do dia aquela tormentosa questão sobre a proteção da vida humana, agora com contornos bem contemporâneos. A humanidade vê-se, novamente, diante de um dilema cujo enfrentamento se dará por queda de braço entre os interesses, de um lado, de um opulento mercado capitalista globalizado - que defende a reconstrução do conceito de vida humana a partir de uma ótica eminentemente reducionista (utilitarista) - e, de outro, a humanidade, na sua maioria ainda perplexa com a velocidade das descobertas no âmbito científico, mas que fala através de consciências humanas ligadas à esfera médica, sociológica, filosófica e jurídica mais conscientizada. Essa, temendo o abismo que a utilização irresponsável das técnicas leva, tenta combater a aviltante lógica deste mercado resgatando a vida e a dignidade da pessoa humana como valores que o Direito tem o dever de proteger.

Diante da necessidade de proteção desses valores, busca-se estabelecer uma versão incontestável sobre o início da vida humana. A delimitação deste *momentum* recebeu manifestações de autoridades de várias ordens - jurídicas, científicas, religiosas, filosóficas, sociológicas, econômicas, morais e éticas - cada qual voltada, em maior grau, às áreas de seu interesse.

²⁴⁵ QUEIROZ, Juliana Fernandes Embriões humanos no limbo do esquecimento *Del Rey Revista Jurídica*, p 22-3

Sem descurar da importância e do caráter interdisciplinar que o tema suscita, é forçoso, não obstante, admitir que a ciência médica possui argumentos de maior credibilidade e peso na valoração e determinação deste início. Como foi dito, a medicina, através de estudos realizados e comprovados na sub-área da embriologia humana, contribuiu para o estabelecimento mais acurado, para não dizer “preciso”, acerca do princípio da vida humana. Pela teoria da cariogamia, tratada no segundo capítulo deste trabalho, tornou-se possível estabelecer que no momento da fusão pronuclear dos gametas humanos é que se reconstitui o número de cromossomos da espécie, formando-se um novo indivíduo, com código genético singular e irrepetível e com capacidade intrínseca (impressa em seus genes) de autogerenciamento do seu próprio desenvolvimento.

Não há como desviar a realidade natural ora descoberta, pois ela é hoje evidência experimental de ordem científica, da mesma forma que o desenvolvimento das ciências físico-biológicas também já não causa mais espécie. Nas palavras de Ives Gandra da Silva MARTINS, “na medida em que o ser humano for estendendo o universo de seu conhecimento, é provável que venha a detectar novas leis naturais a serem agregadas às atuais, como o astrônomo acrescenta, de tempos em tempos, novas leis às já existentes sobre a mecânica do cosmos, na medida em que estende seu conhecimento racional sobre esse objeto de estudo”.²⁴⁶

Mas, para além do caráter interdisciplinar que o tema envolve, os interesses do mercado implicaram, ainda, a problematização conceitual de outros institutos jurídicos afins, quais sejam, a da “pessoa”, da “personalidade” e do próprio “sujeito de direito”.

É pela defesa da dignidade e da incolumidade do genoma humano que se busca no presente capítulo o **amparo da vida humana nascente** - em seu amplo sentido. Para isso, lança-se da análise - que se entende necessária - dos princípios e diretivas adotados pela comunidade internacional, inscritos em sucessivas declarações e que, indubitavelmente serviram de estímulo à institucionalização de garantias caracterizadas como individuais e fundamentais no direito interno posto de Estados do mundo inteiro.

²⁴⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana In PENTEADO, Jacques de Camargo Obra citada, p 133

§ 1 – A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)

A alusão feita ao Tribunal Internacional de Nuremberg (1945), bem como a posterior edição do Código de Nuremberg (1947), mostrou-se oportuna na medida em que comprova, em face da antecipação representada pelas suas decisões (anteriores à DUDH), que efetivamente existem direitos que ao Estado cabe apenas reconhecer e não criar “não se justificando qualquer ação contra a dignidade humana sob a alegação de estarem as autoridades a aplicar e cumprir as leis de seu país, apesar de reconhecidas como injustas, tirânicas e atentatórias aos direitos e garantias universais plasmados no direito natural”.²⁴⁷

Só mais tarde, mais precisamente em 10 de dezembro de 1948, foi promulgada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos do Homem, instrumento de caráter internacional que teve por objetivo o reconhecimento dos direitos essenciais dos seres humanos, elencando, seu corpo de trinta artigos, princípios específicos para a sua proteção. Importante salientar-se que tal documento simplesmente proclama a existência (e não a cria) de direitos humanos essenciais e com caráter de universalidade, fazendo-o, pois, sob a designação de “declaração”.²⁴⁸

Embora, tecnicamente, a DUDH seja uma “recomendação” feita pela Assembléia Geral das Nações Unidas aos seus membros (Carta das Nações Unidas, art. 10), o seu valor histórico fez com que quase todas as nações do mundo acabassem por reconhecer os direitos humanos que ela previa (com manifesta pretensão de universalidade). E é tema pacífico hoje que a vigência dos direitos humanos nela consagrados independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, haja vista o direito internacional não se esgotar só neles, mas por ser constituído também por costumes e princípios gerais de direito (conforme declara o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). Nesse sentido, os direitos humanos constantes da Declaração de 1948 correspondem, na sua totalidade, àquilo que os costumes e princípios jurídicos internacionais reconhecem na atualidade como elementos básicos de reverência à dignidade

²⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Obra citada, p. 128.

²⁴⁸ É assim que Michel SCHOYANS expressa seu posicionamento acerca da DUDH: “é uma declaração de direitos, e não uma atribuição de direitos aos homens, porque estes direitos os homens possuem por natureza, sejam eles reconhecidos ou não, a declaração é igualmente universal porque tais direitos todos os homens os possuem, em ninguém está autorizado a exercê-los em detrimento de outrem” (citado por SILVA, Reinaldo Pereira e Obra citada, p. 250).

humana.²⁴⁹

Referida Declaração trouxe, já em seu primeiro artigo, a *maxima* de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.²⁵⁰

Apesar de a interpretação literal do artigo ter o condão de deflagrar dúvidas a respeito da vida anterior ao nascimento, uma leitura mais cuidadosa do instrumento demonstra serem elas meramente aparentes, aclarando sua significação e abrangência já no seu art. 6.º, que prevê a todo ser humano o direito ao reconhecimento de sua personalidade perante a lei,²⁵¹ sem vincular tal personalidade a qualquer termo ou condição.

Ademais, em seu artigo 7.º, a declaração proclama ainda que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer discriminação, a igual proteção da lei...”²⁵²

Nesse sentido, discriminar-se o homem já nascido do não nascido, mas já concebido, é atitude discriminatória à sua dignidade, devendo, portanto, ser rechaçada, pois visa restringir o direito à vida, que é amplo e em nenhum momento encontra respaldo na Carta Universal dos Direitos Humanos, bem como nos demais tratados que a seguiram, os quais serão ainda objeto de análise no decorrer do presente capítulo.

§ 2 – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 1966

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948): o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²⁵³ Ao primeiro deles restou anexado um Protocolo Facultativo, atribuindo ao Comitê de Direitos Humanos, instituído por aquele pacto, competência para receber e processar denúncias de violação de

²⁴⁹ COMPARATO, Fabio Konder *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 226-7.

²⁵⁰ Primeira parte do art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

²⁵¹ Assim o artigo prevê, *in verbis*: “Art. 6.º Todo ser humano tem direito ao reconhecimento, em todos os lugares, de sua personalidade perante a lei”(Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10/12/1948)

²⁵² Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10/12/1948

²⁵³ Ratificados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12/12/1991, e promulgados pelo Decreto n.º 592 de 6/12/1992

direitos humanos oferecidas por indivíduos contra quaisquer dos Estados signatários.

Representaram o aperfeiçoamento da segunda etapa do objetivo internacionalmente perseguido inicialmente com a DUDH, que consistia na elaboração de um “documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração”, ou seja, necessariamente da categoria de um tratado ou convenção internacional.²⁵⁴

Em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê o seu art. 6.º a vida como direito inerente à pessoa humana a ser protegido por lei e cuja privação arbitrária é terminantemente proibida. Mais adiante, o art. 16 prevê o reconhecimento do direito de personalidade jurídica a qualquer pessoa, onde quer que se encontre.

Salienta-se ainda, que, no concernente à totalidade de suas disposições, deverão todos os Estados signatários adotar a implementação de medidas internas assecuratórias, como consequência de sua adesão ao princípio da progressividade (art. 5.º, alínea 2 de ambos os documentos).²⁵⁵

§ 3 – O Pacto de São José da Costa Rica

Também conhecido por “Convenção Americana de Direitos Humanos”, foi aprovado na Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida na Costa Rica, em 1969, tendo o Brasil como um de seus subscritores. Não obstante, sua efetiva entrada em vigor ocorreu em 1978, em virtude de o número mínimo de onze ratificações exigido ter sido atingido.

Preenchendo requisito interno de validade, a referida convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em data de 26 de maio de 1992 (através do decreto legislativo n. 27), sendo ordenada sua integral observância em 25/09/1992 (através do decreto executivo de n. 678 de 6/11/1992), de forma que se incorporou definitivamente ao ordenamento jurídico-legal.

O pacto, já no § 2.º do seu art. 1.º, é taxativo ao determinar que, para

²⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Obra citada, p. 226

²⁵⁵ Pelo princípio da progressividade, entende-se que, em matéria de direitos humanos, nenhum Estado-Parte poderá agir de forma regressiva, por meio de revogação normativa de qualquer espécie (nem mesmo por legislação cujo *status* hierárquico seja superior àquela em que foram referidos direitos anteriormente declarados)

efeitos da convenção “pessoa é todo ser humano”.²⁵⁶ Novamente aqui, não existe qualquer distinção quanto à vida intra ou extra-uterina.

O art. 3.º prevê que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

O art. 4.º da convenção, ao tratar do direito à vida, prevê em seu § 1.º que toda pessoa tem direito ao respeito pela sua vida, a qual deverá ser protegida, em geral, desde o “momento da concepção”, ressalvando, ademais, o § 5.º a proibição da aplicação da pena de morte (para os Estados que ainda não a aboliram) à mulher em estado de gravidez. No concernente à extensão do art. 4.º, entende Fábio Konder COMPARATO que “a princípio, tal como redigido, o artigo proíbe as prática de produção de embriões humanos para fins industriais (utilização de seus tecidos na fabricação de cosméticos, por exemplo) bem como da clonagem humana para finalidades não reprodutivas e, portanto, com destruição do embrião”.²⁵⁷ No concernente à utilização do termo “em geral”, a parecer a abertura de uma brecha para os países que tentam descriminalizar o aborto, Hélio BICUDO é contundente: “É evidente que não. A Convenção de 1969 quis afirmar, simplesmente, que o direito à vida deve ser protegido ordinariamente, comumente (em geral) a partir do momento da concepção”.²⁵⁸

O art. 24 preconiza a igualdade de todas as pessoas perante a lei, a qual deverá assistir-lhes indiscriminadamente e o art. 29, ao tratar das regras de interpretação da convenção, é veemente no sentido de proibir quaisquer interpretações que suprimam ou limitem os direitos e liberdades nela previstos (§ 1.º); excluam outros direitos e garantias inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática representativa de governo (§ 3.º); e excluam ou limitem a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e demais atos internacionais de idêntica natureza em seus efeitos (§ 4.º).

No concernente aos órgãos de fiscalização e julgamento, a convenção atribui competência ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.²⁵⁹

²⁵⁶ Conforme Biblioteca Virtual de Direitos humanos. Universidade de São Paulo Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/oea/oea.html> Acesso em 8 abr 2003

²⁵⁷ COMPARATO, F. K. *Obra citada*, p. 366

²⁵⁸ BICUDO, Hélio *Direitos humanos e sua proteção*, p. 62.

²⁵⁹ O Protocolo n.º 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, extinguiu a Comissão prevista no art. 44 do Pacto de São José da Costa Rica, atribuindo sua competência ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). O mesmo protocolo vinculou, de pleno direito, todos os Estados-Membros à jurisdição do tribunal

§ 4 – A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos

Oriunda da apresentação para adoção na 29.^a sessão da Conferência Geral da Unesco²⁶⁰ ocorrida de 21/10 a 12/11 de 1997, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos teve por finalidade a formalização (por ato solene) da proteção do genoma humano como particular interesse para as gerações futuras e, ao mesmo tempo, a proteção dos direitos e da dignidade dos seres humanos, a liberdade da pesquisa e a necessidade da solidariedade²⁶¹.

Constam da referida declaração significativos elementos de ordem positiva, dentre os quais destacam-se a atribuição da qualidade de “patrimônio da humanidade” ao genoma humano (art. 1.^o, segunda parte)²⁶², a recusa de todo reducionismo genético (art. 2b e 3); a afirmação da preeminência do respeito da pessoa humana sobre a pesquisa (art. 10); a recusa de discriminações à pessoa com base em suas características genéticas (art. 6.^o); a confidencialidade dos dados genéticos relativos à pessoa identificável armazenados ou processados para fins de pesquisa ou qualquer outro propósito (art. 7.^o); o direito de indenização por danos havidos como resultado direto de intervenção que afete seu genoma (art. 8.^o); a classificação da clonagem reprodutiva em seres humanos como prática contrária à dignidade humana (art. 11); a promoção de comitês éticos independentes (art. 16); o

²⁶⁰ Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

²⁶¹ Nesse sentido e a respeito da solidariedade, é oportuno citarmos Eros Roberto GRAU, que, trasladando o entendimento de DUGUIT, ensina que o elemento transformador de uma *norma social* em uma *norma jurídica* é o fato de a massa das consciências individuais chegar à compreensão de que a sanção material desta norma pode ser “socialmente organizada”, infligindo-se à sua violação a necessidade do emprego da repressão. E “é no momento em que a massa dos espíritos a concebe, a deseja, provoca sua constituição, que aparece a regra de direito”. Assim “**o fundamento da regra de direito é a idéia de solidariedade**” (GRAU, Eros Roberto *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 48)

²⁶² Em documento formulado pelo “Grupo Informal de Trabalho sobre Bioética” (do qual Elio Sgreccia é também membro), Secção para as “Relações com os Estados”, Secretaria de Estado (Cidade do Vaticano) a Santa Sé, com base no estudo da “Nota explicativa” n. 20 da Declaração, divulgou suas ressalvas à expressão “patrimônio da humanidade” atribuída ao genoma humano. Em seu entendimento, referida fórmula quer expressar a responsabilidade de toda a humanidade, excluindo de toda maneira uma apropriação coletiva inaceitável. A expressão fica, todavia, vaga e pouco clara, seria preferível, evitando noções como “patrimônio da humanidade”, afirmar que “a humanidade inteira tem a responsabilidade particular de proteger o genoma humano”. Por outro lado, o genoma tem duas dimensões: uma dimensão geral, que é uma característica de todos aqueles que pertencem à espécie humana, e outra individual, que é diferente para todo ser humano, que recebe de seus pais no momento da concepção. É nesse último sentido que se fala correntemente de um “patrimônio genético” do ser humano. Parece evidente que a este “patrimônio” é que se deve aplicar uma proteção jurídica fundamental, porque este “patrimônio” pertence concreta e individualmente a cada ser humano (In Biblioteca Virtual de Direitos Humanos Universidade de São Paulo Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/oea/oea.html> Acesso em 8 abr 2003)

compromisso dos Estados de promover a educação em bioética e de favorecer o debate aberto igualmente às correntes de pensamento religioso (art. 20 e 21).

Não obstante, o instrumento merece ressalvas no concernente ao próprio art. 11, que ao declarar a clonagem para fins de reprodução humana como uma prática contrária à dignidade humana, não devendo ser permitida, deixa (propositadamente?) a descoberto (e, em último caso, permitindo) a restrição da clonagem humana para fins terapêuticos ou de pesquisa, realidade atual igualmente inaceitável.

O art. 17 incentiva os Estados a desenvolverem pesquisas orientadas, entre outras coisas, à "prevenção" de doenças genéticas, mas não explica como "prevenir". A obscuridade do termo poderia dar vazão a interpretações que admitem a eugenia como critério.

Embora a declaração não negue cuidar exclusivamente do genoma humano, causa estranheza sua omissão à proteção dos embriões e fetos na medida em que se encontra em seu texto o profundo repúdio a toda ordem de discriminações e violações da dignidade humana. Não obstante, é preciso lembrar que essa declaração transita no confuso campo - ainda que de ordem transnacional - das recomendações éticas que não têm força de lei e, destarte, sem exigibilidade jurídica, seguindo o exemplo das cartas de boas intenções e dos códigos deontológicos do direito interno posto.

§ 5 – A Declaração e Programa de Ação de Viena – 1993

Segundo noticia Reinaldo Pereira e SILVA, a primeira Conferência da Organização das Nações Unidas dedicada aos direitos humanos realizou-se no auge do conflito instaurado pela Guerra Fria (abril a maio de 1968), quase vinte anos após a DUDH, na capital do Irã monárquico e "ocidentalizado" do xá Reza Pahlevi. O encontro contou com a presença de apenas cinqüenta e oito Estados soberanos participantes em Paris, cinqüenta anos antes, da Declaração de Direitos Humanos de 1948.²⁶³

Já a segunda conferência da ONU dedicada aos direitos humanos, realizada em Viena, na Áustria (de 14 a 25/06/1993) teve a presença maciça da

²⁶³ Sem contar o fato, ainda, de que, àquela época, mais de 60% da humanidade vivia em territórios coloniais (SILVA, Reinaldo Pereira e Obra citada, p 206)

comunidade internacional, através da participação de mais de 170 países de um mundo praticamente sem colônias, com representantes de todas as grandes culturas, religiões e sistemas sócio políticos que, adotaram, por consenso e sem reservas, o seu documento final.²⁶⁴ Para J. A. Lindgren ALVES “é o documento mais abrangente e legítimo (porque adotado por consenso planetário) sobre os direitos humanos de que dispõe a humanidade.”²⁶⁵

Prevê o art. 1.º desse normativo a promoção, respeito, observância e proteção em nível universal de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, enfatizando, ao final que “a natureza universal desses direitos e liberdades está fora de questão”; em seu art. 5.º traz que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados”, mercedores, enquanto tais, de total respeito por parte da comunidade internacional; afirma ser a pessoa “sujeito central do desenvolvimento” (art. 10); e, sobretudo, que “todas as pessoas têm o direito de desfrutar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações”, ressaltando a posição já assumida pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que reconhece em “determinados avanços, principalmente na área das ciências biomédicas e biológicas [a capacidade de implicação de] conseqüências potencialmente adversas para a integridade, dignidade e os direitos humanos do indivíduo”, solicitando a cooperação da comunidade internacional no sentido de garantir o “pleno respeito aos direitos humanos e à dignidade, nessa área de interesse universal” (art. 11).

Esse tratado pode ser considerado hoje como o mais importante documento de recomendação de que a comunidade internacional dispõe, tendo-se em vista, exatamente, a representatividade e o consenso universal que auferiu. Reflete, outrossim, que a preocupação da humanidade para com o avanço desmesurado e incontido das ciências biomédicas já não se trata de quimera.

²⁶⁴ ALVES, J.A. Lindgren A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br> Acesso em 2 jan 2001, citado por SILVA, Reinaldo Pereira e Obra citada, p. 207

²⁶⁵ ALVES, J A Lindgren Idem, *ibidem*

SEÇÃO II. A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Uma vez que os tratados internacionais lançam suas considerações preliminares baseados na defesa do direito à vida, da dignidade e da liberdade de todos os seres humanos, resta saber como se dá sua recepção no direito interno posto.

Para isso, há necessidade de se cotejar o disposto no art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal de 1988, que prevê, *in verbis*: “§ 2.º Os direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Afinal, o que isso representa?

A expressão direitos “decorrentes do regime e dos princípios” evidencia a existência de direitos fundamentais não escritos, ou seja, que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo - seja ele constitucional ou internacional - mas que estão ou podem ser contidos, via interpretação, naqueles já existentes implicitamente na Carta ou coerentes com seu regime democrático e princípios.²⁶⁶ É assim que a fórmula se constitui em conceito “materialmente aberto” e de uma “amplitude ímpar”, por encerrar, expressa e simultaneamente, a “possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais” ainda não positivados, além daqueles já dispostos em outras partes da CF/88 e nos tratados internacionais.²⁶⁷

Enquanto signatário dos Pactos de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) e dos Direitos Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, o Brasil, pela ordem emanada do aludido § 2.º (art. 5.º CF/88) já deve contar como recepcionadas todas aquelas disposições ao seu catálogo. *A contrario sensu*, “se não compartilharmos da idéia de que tratados assinados são meros farrapos de papel, estamos na obrigação ética e moral de nortear a legislação ordinária no sentido por eles apontado”.²⁶⁸

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção (Inter) Americana de Direitos humanos), indiferente ao estágio atual em que se discute o “início da vida humana” dos prismas biológico e jurídico, prevê a proteção da vida como “direito

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang *A eficácia dos direitos humanos fundamentais*, p 90

²⁶⁷ SARLET, I W *Idem*, *ibidem*

[que] deve ser protegido, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (art. 4.º, § 1.º)²⁶⁹. Abre-se, aqui, especial parêntese neste norte, à ordem expressa no art. 29, alínea 1, que, conforme já dito, proíbe qualquer interpretação que tenha por finalidade limitar ou suprimir os direitos e garantias previstos no pacto. Ademais, a Constituição brasileira, além de catalogar dentre os direitos fundamentais, de forma expressa, o direito à vida, prevê em seu art. 60, § 4.º, inciso IV, que proíbe emenda à Constituição no sentido de que: “§ 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:(...) IV – os direitos e garantias individuais”.

Para o autor Hélio BICUDO, está mais do que clara a postura presente na Constituição brasileira, que recepciona o Pacto de São José da Costa Rica e estabelece a inviolabilidade do direito à vida a partir da concepção.²⁷⁰

Não obstante, a exigibilidade das disposições constantes nos tratados e convenções internacionais encontra um complicador para aqueles intérpretes que reconhecem as decisões dos tribunais internacionais como uma mera declaração de princípios,²⁷¹ pois não fazem mais do que estimular por parte dos Estados

²⁶⁸ BICUDO, Hélio Direitos humanos no parlamento brasileiro In PENTEADO, Jacques de Camargo et al (Org). *A vida dos direitos humanos*, p. 88

²⁶⁹ Veja-se a respeito, interessante decisão emitida por Tribunal Criminal paulista “Em boa hora se vem invocando nos pretórios os Pacto de São José da Costa Rica (Convenção americana de Direitos humanos), que se fez direito interno brasileiro, e que, pois, já não configura, entre nós, simples meta ou ideal de lege ferenda. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós bastaria lembrar, a propósito, pela vistosidade de suas conseqüências, que seu art 2º modificou até mesmo o conceito de pessoa anteriormente versado no art 4º do Código Civil, já que atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é *todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intra uterina*. Projetos, pois, destinados a viabilizar a prática de aborto direto ou a excluir antijuridicidade para a prática de certos abortamentos voluntários, conflitam com a referida Convenção” (*Hábeas Corpus* nº 323 998/6, TACRIM-SP, 11ª Câmara, v um, Rel Ricardo Henry Marques Dip, j 29 6 98)

²⁷⁰ BICUDO, Hélio Obra citada, p 62

²⁷¹ Neste contexto insurgem-se veementemente os autores Victor ABRAMOWICH e Christian COURTIS ao asseverarem em artigo referente ao tema, quanto à exigibilidade judicial dos tratados internacionais enquanto obrigações jurídicas assumidas pelo Estado signatário e não uma mera declaração de boas intenções políticas Os autores objetam a distinção entre direitos *civis e politicos* e *econômicos, sociais e culturais*, porque ela dá margem a dúvidas quanto a exigibilidade judicial destes últimos enquanto atados à condição subordinante do “condicionante econômico”, pois tanto um quanto o outro tanto um como o outro constituem um complexo de obrigações ao mesmo tempo NEGATIVAS (definidas enquanto abstenção do Estado em sua atuação) e POSITIVAS (que vão além até da mera disponibilização de \$ fundos para o oferecimento da prestação) para o Estado As obrigações civis revestem-se hoje de carisma social ASSIM SENDO, os direitos econômicos, sociais e culturais abrangem um espectro amplo de obrigações estatais, que superam o marco do Estado-Nação, situando-se no plano da cooperação internacional (e é aqui que o autor assinala da necessidade de implementação de formas concretas – judiciais – para exigir o cumprimento, pelo Estado, das obrigações assumidas ao assinar instrumentos internacionais cujo conteúdo consagre a triade de direitos positivos 1ª a regulação de situações relevantes através de normas sancionadoras, 2ª limitação das faculdades de particulares ou imposição de obrigações com respeito a determinados direitos, 3ª cumprimento do seu dever provedor como

subscritores a sua violação pura e simples. É o caso de se impedir a atuação localizada por órgãos de direitos humanos ou quando o próprio Estado, como tal, recusa-se a agir internamente de modo a seguir as diretrizes internacionais.²⁷²

E os Estados subscritores dessas convenções, escoimados no princípio da soberania, não reconhecem nos tribunais internacionais essa competência contenciosa. É assim que o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado e adotado no direito interno brasileiro, não o alcança do ponto de vista contencioso pelo simples motivo de que, para tanto, haveria necessidade de reconhecimento expresso dessas cláusulas, o que até hoje não aconteceu. O que há é o reconhecimento obrigatório pelos Estados subscritores da Convenção Americana da competência da Comissão Interamericana de Direitos humanos para a consideração de queixas individuais. Nesse contexto, está em seu campo de atuação um amplo leque de atribuições, dentre as quais a de, primeiramente buscar um acordo entre as partes, dando-se ao Estado, em seguida, um prazo razoável para acatamento das medidas recomendadas. Se ele não as cumprir, a questão será encaminhada ao domínio público (na forma de resolução a ser incluída no relatório anual). Tendo caráter quase judicial, são de cunho declaratório ou não de culpa, indicando medidas concretas de reparação (após efetivação de audiências individuais e investigações quando for necessário).²⁷³

prestador de serviços à população) (In. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales, *Revista Crítica de Derecho Social*, n 1, Buenos Aires Editores del Puerto, s r l, 1997, p 12-16)

²⁷² BICUDO, H Idem, p 39

²⁷³ BICUDO, H Idem, p 40 Foi assim que, explicita o autor, em 1996 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontou a impunidade de policiais militares que participaram da chamada Chacina do 42º Distrito Policial, em São Paulo, quando, em data de 5/02/1989, foram encontrados cerca de cinquenta detentos encerrados em uma área de três metros quadrados, sem aeração, dos quais dezoito mortos por asfixia. O relatório feito à época pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após visita ao Brasil, foi entregue em caráter sigiloso ao Itamaraty, para manifestação pelo governo brasileiro. Caso não fosse dada resposta ou não fosse ela satisfatória, seria dada publicidade ao relatório, bem como a suas considerações de forma a valer como censura moral de qualificações internacionais

CAPÍTULO V. NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Se em sede de legislação supranacional estava-se tratando dos “direitos humanos”, é chegado o momento de situar o tema no contexto nacional em sede, específica dos chamados “direitos fundamentais” previstos na Constituição. Cumpre elucidar, não obstante, que se mantém a posição previamente defendida acerca da anterioridade essencial dos valores humanos²⁷⁴ a qualquer legislação (im)posta, haja vista serem referidos direitos prerrogativas intrínsecas do ser humano, tanto que sua previsão expressa, para fins e efeitos jurídicos – não só em nível de tratados internacionais como em qualquer outro cenário –, é de ser considerada apenas uma “declaração formal”, ou seja, o reconhecimento de uma realidade subjacente (e, portanto, anterior) inelutável.

Acerca da relevância e da força normativa interna das constituições, o professor Eros Roberto GRAU, durante um simpósio realizado em Curitiba,²⁷⁵ em intervenção oral ao professor José Joaquim Gomes CANOTILHO, questionou o mestre português quanto ao seu entendimento no concernente ao deslocamento da directividade do texto constitucional interno ou nacional para o plano internacional ou supranacional.

Em resposta ao mestre brasileiro, CANOTILHO asseverou quanto à tendência da população nacional portuguesa pela preferência e reconhecimento de normas contidas em legislações internacionais em detrimento do direito constitucional interno. O mestre luso explica essa tendência no sentido de que, quer se queira quer não, hoje as constituições nacionais, em termos de inter-

²⁷⁴ Segundo Teóphilo CAVALCANTI FILHO “Essas circunstâncias todas [da discussão sobre a existência de valores anteriores ao Direito e norteadores do mesmo] foram patenteadas, em um simpósio que teve a cidade do México por palco [XIII Congresso Internacional de Filosofia – Symposium sobre Derecho Natural y Axiologia – 1963] e do qual participaram alguns dos mais representativos juristas de nossa época. Mais uma vez, na aludida reunião, se tornou claro que o pensamento jurídico contemporâneo não repudia, ao contrário, reconhece francamente a imprescindibilidade de certos dados, marcadamente de natureza axiológica, como essenciais à ordem jurídica positiva. É com base neles que se ergue, em qualquer época e em qualquer lugar, o edifício jurídico que institui ordem e permite uma convivência em termos jurídicos, isto é, em termos de segurança” (In *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 62, citado por ARANHA, Márcio Lório. Idem, p. 78, nota de rodapé n.º 193).

²⁷⁵ Simpósio realizado em 21 e 22 de fevereiro de 2002 nas cidades de Curitiba e São Luís do Purunã, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, sob a direção do professor Jacinto Coutinho, com a participação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dedicado à discussão de alguns dos mais recentes posicionamentos teóricos do professor Canotilho, no respeito a algumas idéias e interpretações sugeridas em sua obra *Constituição dirigente e vinculação do Legislador* (In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*, pp. 14-6).

organizatividade estão ligadas “em rede”, elas “vêm conversando umas com as outras” e com “sistemas organizativos supranacionais”, de forma a eventualmente até “desbancar” não só normas como princípios constitucionais nacionais. E assevera o jurista:

Quando, por exemplo, se dizia no texto constitucional que era preciso assegurar a igualdade real entre os portugueses, a igualdade entre homens e mulheres, a coesão constitucional, diziam alguns: ‘isto é programaticidade, isto é um aleluia jurídico, isto não tem vinculatividade’. Pelo simples facto de estarem consagrados na Constituição da República Portuguesa – suspeita em termos ideológicos – não faltaram vozes a considerar aqueles objectivos como um entulho programático, sem qualquer força vinculativa. Agora, quando esses mesmos objectivos constam de tratados internacionais, toda a gente vem dizer que é preciso levá-los a sério, dada a imperatividade e normatividade das cláusulas dos Tratados que apostam para a igualdade entre homens e mulheres. Agora, aquelas mesmas vozes reconhecem e sublinham a imperatividade dos textos que apontam para a igualdade real e para a coesão econômica e social. Não se discute o Tratado de Amsterdã quando consagra direitos sociais aos trabalhadores.²⁷⁶

O interessante é que o direito interno brasileiro segue a mesma tendência. Embora a Constituição brasileira trate expressamente do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos preceitos em que se funda o Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III), quando declara, dentre outras garantias, a da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança como direitos fundamentais individuais e coletivos (art. 5.º *caput*), ainda assim (como se essas previsões não bastassem) procura-se escoimar sua tutela na chancela do direito supranacional. Sobre esse efeito, que CANOTILHO denomina “deslocamento da imperatividade” – do texto constitucional para os estatutos e organismos internacionais – questionando, com propriedade: “Por que razão esta dimensão normativa, este programa, tem uma maldade congênita quando está consagrado na Constituição nacional, e tem uma bondade natural quando resulta de um tratado internacional? Por que razão é bom ‘fora-de-portas’ e é mau ‘intra-muros’?” Boa pergunta.

Neste trabalho, considera-se importante a análise feita no capítulo anterior dos pactos internacionais de maior influência sobre o tema do direito à vida e à dignidade humana e seus desdobramentos. Entende-se necessária sua alusão na medida em que denotam consensos, com maior ou menor grau de adesão, a que

chegaram diferentes nações do mundo a respeito do tema que tratam. Sua pretensão? O caráter de universalidade. Ocorre que esses direitos pessoais, econômicos, sociais e culturais também estão previstos na Carta política brasileira.

É assim que, sob a denominação – que a maioria dos autores prefere acolher – de “direitos fundamentais” ou “direitos e garantias individuais”, o direito constitucional interno recepciona os direitos previstos nos tratados internacionais de forma expressa, guindando-os, inclusive, à categoria de cláusulas pétreas. Qualquer tentativa de sua abolição, via emenda, não é sequer passível de deliberação.²⁷⁷

Também é importante que, no concernente aos termos “direitos” e “garantias”, ressalve-se a diferenciação: os direitos assumem nítido caráter enunciativo ou declaratório e, quando violados, deverão ser corrigidos pelos chamados “remédios constitucionais”; as garantias, por sua vez, têm caráter assecuratório ou instrumental consistente nas prescrições que vedam determinadas condutas do poder público, que buscam prevenir e não corrigir os direitos violados.²⁷⁸

Os artigos da Carta que tratam dos direitos e garantias individuais têm natureza principiológica²⁷⁹, requerendo, para o melhor estabelecimento de seu correto dimensionamento, que o intérprete lance mão de pautas valorativas com ideais prospectivos e de concreção.²⁸⁰ Para isso, Konrad HESSE, procurando

²⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Idem*, *ibidem*.

²⁷⁷ Assim prevê o texto do art. 60 da Carta política brasileira

“Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta

()

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir

()

IV – os direitos e garantias individuais”

²⁷⁸ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Limites da ciência e o respeito à dignidade humana*, p. 277. In LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*, pp. 267-282. Sobre o tema, manifesta-se Alexandre de MORAES: “A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta à Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas, as garantias, ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p.251).

²⁷⁹ Resgatando aqui o sentido da diferenciação entre regras e princípios traçada quando abordamos o tema da proteção dos direitos da pessoa pelos princípios gerais de direito constitucional, no capítulo III, seção 3 deste trabalho

²⁸⁰ Nesse sentido, o jurista Inocência Mártires COELHO é esclarecedor quando explica “Reconhecida, afinal, a especificidade da matéria constitucional – ainda que restrita à parte dogmática das constituições –, torna-se evidente que a chamada interpretação especificamente constitucional, ao fim e ao cabo, é apenas uma hermenêutica de princípios, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a idéia **retrospectiva** de interpretação pela idéia **prospectiva** de concretização” – grifos nossos (COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 98, item n. 18; citado por

demonstrar a teoria da existência paralela de uma força determinante do direito constitucional, ao confrontar a Constituição a que chamou jurídica ou normativa (*dever-ser*) com a realidade político-social ou Constituição real (*ser* ou da *força condicionante da realidade*), fez expressa ressalva à importância da sua consideração conjunta, pois, quanto maior a discrepância entre elas, mais atingida resulta a eficácia da norma e, por conseqüência, sua legitimidade (respaldo no seio social, pois sua força normativa depende do grau de efetividade que logra no contexto social).²⁸¹ Para HESSE, a medida desta eficácia será tanto mais atingida quanto maior a coexistência correlata de três elementos que julga essenciais: um **conteúdo** adequado à temporalidade factual através da previsão de *princípios fundamentais* (valorativos) ao invés de casuísmos, inevitavelmente fadados à superação ou desuso; a **práxis**, que se poderia traduzir como sendo a fiel obediência da Constituição tanto pelos destinatários da norma quanto pelo poder público (neste pormenor o autor chama a atenção principalmente para a sua estabilidade, invariavelmente ameaçada quando sujeita a constantes reformas ou emendas); e a **interpretação**, que deve ser preferencialmente construtiva, de forma a possibilitar a perenização do texto normativo (mantendo-o estável), apesar da inevitável mudança das situações fáticas que emergem da realidade social.

Termina-se essa breve ingerência no campo do Direito Constitucional, mais especificamente no tema ligado à força normativa da Constituição, utilizando a preclara lição do mestre CANOTILHO, que a este respeito profetiza: “A idéia constitucional não é uma idéia quietista, uma idéia estática: vamos incorporando novas dimensões no próprio texto constitucional, e, no mesmo sentido, a vida também continua e vamos incorporando problemas e angústias inter-geracionais”.²⁸²

Pareceu feliz neste momento a arguição do tema acerca da “abertura da Constituição” na forma contextualizada pelo mestre lusitano, na medida em que o presente trabalho adota a mesma perspectiva interpretativa.

Já se sabe que a comunidade internacional adota com relação aos

ARANHA, Márcio Iorio *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, p 72, nota de rodapé n 165) A essa forma interpretativa da Constituição Clémerson Merlin CLÈVE refere-se como “dogmática emancipatória e principiológica, que toma o Estado não como realidade em si justificada, mas antes, como construção voltada à integral satisfação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais demandantes de atuação positiva” ressaltando, especificamente, a necessidade da obediência estatal à dignidade humana (no prefácio à obra de SARLET, Ingo Wolfgang *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p 20)

²⁸¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p 9-23

²⁸² COUTINHO, J N M. Obra citada, p 18-19

direitos humanos uma posição indefectível de extrema proteção. Em sendo o Brasil signatário das mais importantes, resta garantir sua efetividade interna à luz do que consagra a Constituição nacional. Ver-se-á que ela é possível, pois do conteúdo do texto constitucional extrai-se, já no seu primeiro artigo, o princípio da dignidade humana como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Não se fala em dignidade sem se cotejar a vida como elemento essencial que o pressupõe, e ela vem, em seguida, prevista (art. 5.º) dentre os direitos e garantias fundamentais que cabem ao Estado garantir a qualquer “ser humano”, seja ele nacional, seja estrangeiro, desde que por ela tutelado.

SEÇÃO I. O DIREITO À VIDA

A vida, o mais importante direito – consagrado internacionalmente pelas declarações de direitos humanos e recepcionado pelas constituições –, consolida-se como tronco fundamental, sem o qual todos os demais direitos não teriam existência possível. A Constituição brasileira, em seu art. 5.º, consagra sua inviolabilidade ao lado de outros direitos e garantias no mesmo dispositivo caracterizados como fundamentais. Seguindo a doutrina de GÉNÝ, KELSEN e BOBBIO, Maria Helena DINIZ enfatiza que o direito à vida, independentemente da tutela constitucional, por ser deduzido da natureza do ser humano, é, por si só, legítimo e oponível *erga omnes*. É um direito natural anterior à norma positiva (*dever ser*) e que lhe serve de próprio fundamento.²⁸³

No mesmo escólio, Ives Gandra da Silva MARTINS considera o artigo 5.º uma norma de direito natural, vale dizer, não criada pelo Estado, mas simplesmente reconhecida por ele.²⁸⁴

²⁸³ DINIZ, Maria Helena *O estado atual do biodireito*, p 22 Entre nós, no mesmo sentido SILVA, Reinaldo Pereira e Obra citada, p 200 CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil - parte geral* V. 1, t 1 São Paulo RT, 1982, p 435, ALMEIDA, Silmara J A Chinelato e Obra citaa, p 293, NOGUEIRA, Paulo Lúcio *Em defesa da vida*. São Paulo Saraiva, 1995

²⁸⁴ De acordo com o autor, a sociedade, no campo das relações humanas racionais, é regida por duas leis de ordem social a lei natural e a lei positiva A primeira delas é considerada, já desde a época dos gregos e romanos, como preexistente à sociedade e inerente ao ser humano, ao passo que, a segunda é criada pelo Estado para suprir as necessidades não substanciais e particulares de seu povo (denominada direito escrito ou positivo) Embora os racionalistas acreditassem na existência de normas de direito natural para a totalidade das relações humanas (a que se deveu, em maior parte, o fracasso dessa doutrina), a doutrina moderna considera como sendo de direito natural as leis essenciais contidas nos ordenamentos jurídicos, como por exemplo, o direito à vida, à segurança, à liberdade, à igualdade, etc Enquanto estas são perenes, as demais são mutáveis no tempo, e, portanto, acessórias em relação àquelas (MARTINS, Ives Gandra da Silva *Direito constitucional comparado e a*

Não se pode fugir da análise do “direito à vida” por outro caminho que não seja a partir da Constituição Federal brasileira, a Magna Carta de direitos civis e políticos, erigida que é, em grau hierárquico, ao patamar de norma das normas em virtude do princípio de interpretação, conforme a Constituição.²⁸⁵ Nesse sentido, quando dispõe sobre a vida humana, o constituinte necessita da contemplação científica desse conceito, o que, por sua vez, só pode fazer debruçando-se sobre a precisa definição biológica do fenômeno vital. E, no concernente ao critério físico-biológico, já não restam dúvidas de que o princípio vital humano se deflagra com a concepção, assim compreendida esta – pela teoria da cariogamia já explicada – como o resultado imediato da fusão dos pronúcleos de *células germinativas humanas* altamente especializadas chamadas “gametas” (masculino e feminino). Com a concepção, surge um novo ser, com “identidade genética única”, não só distinta da dos gametas que lhe deram origem, mas também da de qualquer outro ser existente na humanidade.

Se, conforme se constata, o artigo constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à vida o faz da maneira mais ampla possível, vale dizer, sem lhe impor qualquer restrição, e, se a medicina já demonstrou ser indiscutível a evidência do seu princípio no momento da concepção, conclui-se que a pretensão de defender a sua diferenciação baseada no ambiente “intra” ou “extra-uterino” toma contornos de pura ousadia!

A vida, perante a atual Constituição brasileira, seja biológica, seja moral ou juridicamente considerada, inicia-se com a concepção.

Quanto às teorias que condicionam o início vital humano à conquista embrionária de diferentes estádios de desenvolvimento, Márcia Mattos Gonçalves PIMENTEL, da mesma forma que os demais autores citados na primeira parte do presente trabalho, é preclara ao afirmar que o processo da vida tem início com a concepção:

[...] Embora, no final do século XX, muitos processos biológicos ainda se apresentem como um enigma para os cientistas, a Biologia como Ciência possui leis e princípios que não podem ser modificados. No que diz respeito ao momento em que tem início a vida humana, alguns fatos

inviolabilidade da vida humana”, p 131-133 In PENTEADO, Jacques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques et al (Org) *A vida dos direitos humanos* – bioética médica e jurídica, p 127-144)

²⁸⁵ NALINI, José Renato A evolução protetiva da vida na Constituição brasileira, p 281 In PENTEADO, Jacques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques et al. (Org) *A vida dos direitos humanos* – bioética médica e jurídica, p 263-283

biológicos são incontestáveis. [Entre eles] O primeiro passo para a formação de um novo indivíduo é a fusão de duas células altamente especializadas chamadas gametas... [a partir desta fusão] tem início um processo contínuo de multiplicação e diferenciação celular, até que, ao tornar-se adulto, o indivíduo terá cerca de 100 milhões de células... É no momento exato da fusão dos gametas que o número cromossômico da espécie é recomposto (46 cromossomos)... O zigoto, portanto, começa a existir e a operar como unidade desde o momento da fecundação. É a expressão dos seus genes que controlará todos os aspectos da embriogênese, de seu desenvolvimento, crescimento e metabolismo... **Cada embrião é uma combinação gênica singular. Nunca ocorreu nem ocorrerá outro genoma igual.**²⁸⁶ (grifos nossos)

Ainda que alguma dúvida houvesse, restaria esta sanada à medida que se fossem buscar elementos de convicção no direito supranacional, onde se acabaria defrontando com o art. 4.º, inciso I do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela Lei, e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Referido posicionamento é resultado de um consenso estabelecido em sede da comunidade internacional e que tem o Brasil, nunca é demais lembrar, como signatário.

Da análise das premissas até aqui expostas, chega-se à conclusão que qualquer consideração excludente do direito à vida do nascituro a partir da sua concepção ou que, de qualquer maneira, implique sua ingerência – pela imposição de outros limites ou condições ao seu reconhecimento – é atentatória aos direitos humanos naturais e fundamentais da humanidade. Da mesma forma, na questão posta dos embriões excedentes, permitir sua manipulação genética para fins de pesquisa ou prática de atos como a clonagem, a eugenia, a redução embrionária e outros é ilegal porque instrumentaliza esta vida. E é, acima de tudo, inconstitucional, porque a vida do ser humano é um direito supremo inviolável (art. 5.º *caput* da CF/88).

Merece transcrição o texto de Miguel REALE, que, contrapondo-se às concepções unilaterais extremistas de plena objetivação do jurídico, fala da *virtude de justiça* como sendo o significado subjetivo da justiça, salientando: “quando esta [a virtude de justiça] inexistente, a justiça objetivada converte-se em ‘ordem nua’, em puro regulamento funcional, permanecendo a melancólica instrumentalização do ser

²⁸⁶BICUDO, Hélio *Direitos humanos e sua proteção*, p 63

humano”²⁸⁷. Assevera, mais adiante:

É meditando sobre temas como este [justiça, ordem, segurança e certeza jurídica] que cada vez mais me convenço que só oferece resultados fecundos, não mutiladores do ser complexo do homem, uma dialética de referências móveis, numa pluralidade de perspectivas, sendo o campo unitário da práxis traçado, digamos assim, pelas infinitas combinações (ah, a precariedade das comparações, geométricas, a insuficiência dos símbolos e dos signos lingüísticos, sempre aquém das linhas projetantes do pensamento!) pelas possíveis teorias realizáveis numa elipse que tenha como focos o **subjetivo** e o **objetivo**, no plano teórico, ou, no, correspondente plano prático, o **valor e a realidade, dever ser e ser.**²⁸⁸ (grifos nossos)

No plano do “ser” a ciência, com toda a sua autoridade, provou o estabelecimento do seu princípio: a fusão pronuclear dos gametas. De forma que, a pretensão de adoção de outras teorias e abstrações que se desviem dessa evidência científica – seja no plano do “dever ser” como no plano metafísico – sucumbem por constituírem-se em divagações destituídas (vazias) de conteúdo.

SEÇÃO II. O DIREITO À DIGNIDADE

A vida encontra na dignidade um valor jurídico fundamental e indissociável, “pórtico dos demais valores e princípios”²⁸⁹ previstos na Constituição, quais sejam: a igualdade, a integridade física e moral, a proibição à tortura, a liberdade, a honra, a intimidade, a imagem, entre outros. A dignidade da pessoa humana há muito transpôs o campo do direito natural metapositivo para ocupar o *status* de “proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”.²⁹⁰

No que concerne ao conceito do termo “dignidade”, afirma KANT ser este um adjetivo único e insubstituível da pessoa humana: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço pode pôr-se em vez dela qualquer coisa como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o

²⁸⁷ Em prefácio ao livro de CAVALCANTI FILHO, Teóphilo *O problema da segurança no direito*, São Paulo Revista dos Tribunais, 1964, p 5-6, citado por ARANHA, idem, p 79

²⁸⁸ REALE Miguel Idem, ibidem

²⁸⁹ SERNA, Pedro *Persona y derecho*, p 142-143

²⁹⁰ BONAVIDES, Paulo Prefácio à obra de SARLET, Ingo Wolfgang *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p 12

preço, e, portanto não admite equivalente, então tem ela dignidade...”, reconhece nela um valor espiritual incalculável e “infinitamente acima de todo preço”, com o qual qualquer confronto – por si só e de qualquer modo – é suficiente para ferir “sua santidade”.²⁹¹

Para o filósofo, a dignidade da pessoa é considerada como fim e não como meio, repudiando toda e qualquer coisificação e instrumentalização do ser humano, sendo dele a máxima: “Age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio”.²⁹²

A dignidade da pessoa humana, enquanto conceito jurídico-normativo construído pela doutrina e jurisprudência brasileiras, assume contornos vagos e abertos que possibilitam sua constante concretização e delimitação pela *práxis* constitucional²⁹³, devendo, pois, ser sempre cotejado em nível sistêmico, à luz dos demais princípios e direitos fundamentais nela preconizados.

Apesar da difícil precisão em se elaborar um conceito jurídico para ao termo “dignidade”, Ingo Wolfgang SARLET enfrenta esse desafio, elaborando seu conceito com base numa dupla perspectiva: a ontológica e a instrumental. Destaca, ainda, tanto a ótica intersubjetiva (relacional) quanto, simultaneamente, as dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Por isso, merece ser transcrito:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos direitos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁹⁴

De sorte que a utilização de embriões vivos excedentes em experiências que visam trazer benefícios futuros – seja no aperfeiçoamento da fecundação, seja da gestação como a manipulação de qualquer pessoa a serviço de interesses

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang *Dignidade da pessoa humana*, p 33

²⁹² KANT, Emmanuel *Fundamentos da metafísica dos costumes*, pp 70-71,79

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang *Obra citada*, p 39-40

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang *Idem*, p. 60

científicos – não se justifica porque implica a redução do ser humano a meio, negando-lhe, portanto, a dignidade. Para José Roque JUNGES: “a ciência deve progredir, mas não através de meios que firam a dignidade humana. Ela precisa ser criativa e buscar caminhos alternativos de pesquisa que não atinjam a integridade física do embrião e de qualquer ser humano”.²⁹⁵

Quando se trata do direito geral de personalidade, vê-se que o ser humano não é um dado apenas ontológico, que radica no plano do ser, sendo ele fundamentalmente, também, um dado axiológico; e **ser** e **valor** estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, pois o valor está inserido no ser.²⁹⁶ Se o homem vale, tendo em toda sua substantividade a qualidade excepcional da **dignidade**, é porque, antes de tudo, ele é. Não existe a possibilidade de a pessoa ser sem valer.²⁹⁷

A dignidade humana erigida a princípio constitucional, sobre o qual se assenta o próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, pressupõe a personalidade. Onde não há dignidade também não há personalidade. Se o embrião humano merece respeito é porque ele encerra em si “dignidade”; se ele tem dignidade, é porque tem personalidade. Sua maior ou menor viabilidade não implica diferenciá-lo na vida que representa e na dignidade que lhe é essencial.²⁹⁸ Esta não admite gradações ou restrições; ela é, pois, ilimitada, infinita. Só se pode falar em gradação, pelo direito positivo, da capacidade, nunca da personalidade.

De sorte que não se incorre em excesso afirmar que qualquer norma restritiva da personalidade é, de antemão, inconstitucional.

SEÇÃO III. O DIREITO À IGUALDADE

O bem comum, valor fundante de toda e qualquer ordem jurídica, assenta-se no imperativo categórico da existência da pessoa humana, sua destinatária e razão de ser do próprio Direito.

Não se pode falar, entretanto, no ideal de justiça sem a ele se aliar a

²⁹⁵ JUNGES, José Roque *Bioética – Perspectivas e desafios*, p 153

²⁹⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*, p 16

²⁹⁷ OLIVEIRA, J L C ; MUNIZ, F J.F *Idem*, *ibidem*

noção de *alteridade*, sustentáculo sobre o qual se assenta o próprio discurso jurídico da modernidade. DEL VECCHIO,²⁹⁹ especialmente elucidativo nesse sentido, afirma que “o sujeito, na relação que o contrapõe ao objeto, pode também vir a reconhecer neste a ‘qualidade de sujeito’”. Esse acontecimento, por sua vez, implica, necessariamente, no surgimento de uma relação específica: “a relação intersubjetiva”. De forma que “os dois termos dela já não são um ‘eu’ e um ‘não eu’ – como se verifica quando um homem vê uma coisa – mas surge precisamente uma relação entre dois ‘eus’ diferentes; como se pode dar entre dois homens”. A representação dessa relação tem como sede a própria “consciência dos sujeitos”, enquanto “atributo imanente, inamovível, uma função a priori da própria consciência”.

Quando se trabalha com embriões *in vitro*, trabalha-se com vidas humanas que, apesar do estágio de latência – suspensão da continuidade do seu crescimento em razão de fatores físicos externos dominados pela técnica – não se afastam da seara de uma vida individual, sendo indiferente que se encontrem, para tanto, no “princípio” do seu desenvolvimento. Se assim não o fosse, estar-se-ia a admitir que os médicos teriam à sua disposição material morto, inerte ou coisa, o que não é verdade e, de modo algum, pode ser assim tratado por aqueles que os manipulam.

Assim, de acordo com o raciocínio já exposto, trabalhar com um ser humano vivo *in vitro* implica considerar uma relação intersubjetiva que exsurge, pelo menos em nível de consciência, de um “eu” com “outro eu”. Não se está aqui a olvidar a discrepância de planos existente entre um e outro, de um “eu” dotado de plena autonomia, autoconsciência, discernimento e autodeterminação em face de outro ilimitadamente mais frágil e indefeso, mas, pelo contrário, exatamente em razão dessa oposição é que carece de maior tutela o segundo. Ao se considerar que, uma vez implantado no útero materno, qualquer intervenção no sentido de cercear-lhe a vida é considerada crime de aborto, da mesma forma, o sacrifício dessa mesma vida *in vitro* – seja por mera voluntariedade (eugenia, falta de projeto para sua implantação, decurso do tempo, etc.), como por manipulação genética com fins de pesquisa (células totipotentes retiradas, etc.) – também o é. Isso porque o

²⁹⁸ MEIRELLES, Maria Jussara Leal de Meirelles Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa o novo Código Civil brasileiro e o texto constitucional, p 94 In: BARBOZA, Heloisa Helena (Org), et ali *Novos temas de biodireito e bioética*, p 83-95

²⁹⁹ DEL VECCHIO, Giorgio *La Giustizia*. Bolonha, 1924, apud REALE, Miguel *Filosofia do direito*, p 346-7

homem não é nem pode ser “objeto de direito” e, muito menos, “objeto mais ou menos manipulável”.³⁰⁰

Conforme já dito, o embrião humano tem personalidade – atributo que lhe é outorgado em virtude de sua condição de ser humano – reconhecida desde a concepção e que representa sua aptidão para ser sujeito de relações jurídicas. Sua capacidade jurídica, porém, está condicionada ao nascimento com vida.

Nesse contexto, elucidativa é a afirmação dos autores pátrios José LAMARTINE DE OLIVEIRA e Francisco MUNIZ que afirmam:

Como a noção de capacidade só pode ser construída em uma ordem jurídica digna desse nome, sobre a afirmação da fundamental dignidade de **todos** os seres humanos, daí decorre evidente corolário de **igualdade** essencial entre todos os homens. E daí decorre, também, indispensável atitude crítica do jurista em face do ordenamento no caso de restrições ou limitações à capacidade dos seres humanos que firam esse princípio de igualdade.³⁰¹ (grifos nossos)

O embrião é, pois – em virtude do princípio da igualdade, fundado no respeito à vida e à sua dignidade –, pessoa humana e, como tal, merece proteção de forma absoluta e irrestrita contra qualquer desrespeito à sua identidade e integridade, incidindo sobre ele e oponível *erga omnes* o mandamento constitucional da igualdade.³⁰²

A manipulação dos embriões excedentes ou *in vitro* é manifestamente inconstitucional.

SEÇÃO IV. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estado brasileiro declara expressamente a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5.º, *caput* CF/88) – a ela não impondo limitações ou restrições – erigindo seu regime democrático no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III CF/88), impondo a essas normas a aplicabilidade imediata (art. 5.º, § 1.º

³⁰⁰ LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro *Imaculada concepção - Nascendo in vitro e morrendo in machina*. p 199

³⁰¹ OLIVEIRA, J L C , MUNIZ, F J F Idem, p 16-7

CF/88) sem excluir, ainda, outras que sob o mesmo imperativo (de direitos e garantias fundamentais) venham a ser recepcionadas por tratados e convenções internacionais das quais o país for signatário (art. 5.º, § 2.º CF/88). Inobstante a largueza da interpretação até este ponto, contempla ainda a Constituição –art. 5.º, XLI – a exigência de punição, via legislativa, de quaisquer atos ou situações que, sob seu comando, visem discriminar ou transgredir esses direitos.

Em se tratando de embriões *in vitro*, não há como não visualizá-los inseridos nesse contexto. Em se tratando de vida humana, merece ela proteção. Mas o mandamento constitucional vai ainda mais longe ao tratar da criança e do adolescente com absoluta prioridade quando declara, em seu art. 227, *caput*, ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, (...) à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**”. (grifos nossos)

Referido artigo também deve ser contraposto ao tema dos embriões excedentes, eis que contém princípios constitucionais diretamente incidentes sobre a matéria, todos de “função limitativa e grau máximo de intensidade vinculante”.³⁰³ Assim, aliados aos princípios: do melhor interesse da criança (art. 227 CF/88), o da plena igualdade entre os filhos (art. 227, § 6.º CF/88) e o da livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, fundado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável (art. 226, § 7.º CF/88), é que o destino desses pequenos seres humanos armazenados em laboratório deverão ser considerados pelo legislador pátrio.

De sorte que, não sendo permitida, em nenhuma circunstância, a sua destruição ou descarte (termo normalmente utilizado para os embriões *in vitro*), bem como sua disponibilização a qualquer título, solução digna repouse na lúdima possibilidade de permitir sua adoção por casais adotantes, como já sugeriu o Comitê Nacional de Ética francês, em 1989.³⁰⁴

³⁰² Art 5º CF/88 “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”

³⁰³ BARBOZA, Heloisa Helena Princípios do biodireito, p 79 In BARBOZA, H H , MEIRELLES, J M L de e BARRETO, V P *Novos temas de biodireito e bioética*, p. 49-81

³⁰⁴ BARBOZA, Heloisa Helena *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*, p 83 No mesmo sentido RAFFUL, Ana Cristina *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*, p 126

Para tanto, necessária é a elaboração de uma legislação específica que contemple essa possibilidade. Esta seria, ao nosso ver, solução mais apropriada e consentânea com o valor que o embrião humano representa.

CAPÍTULO VI. NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

No que tange à legislação infraconstitucional, lança-se mão da análise do Código Civil atual e dos atuais projetos de lei em tramitação nas Casas do Congresso. A referência ao Código Penal, mais especificamente à questão do aborto, é breve, por se entender ser respectivo tema por demais abrangente (a ponto de justificar uma nova dissertação) e fugidio da questão dos embriões resultantes das técnicas de IA e fertilização *in vitro* que se propõe tratar no presente trabalho.

SEÇÃO I. De *lege lata*

No concernente ao direito interno posto, elege-se três diplomas como de necessário conhecimento na discussão que se levanta acerca da defesa do direito à vida do embrião pré-implantatório. São eles: a lei civil substantiva pátria, recentemente posta em vigor, a Lei de Biossegurança nacional e o Código Penal. Não se trabalhará no âmbito deste trabalho com códigos deontológicos em virtude da inexigibilidade de suas normas no contexto jurídico vigente.

§ 1 – No Código Civil

Em sede de legislação infraconstitucional, entende-se necessário cotejar as modificações trazidas pelo novo diploma substantivo pátrio.

Nesse âmbito, no concernente à atribuição de personalidade assim ficou redigido o dispositivo legal na versão atual: “Art. 2.º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se foi feliz o legislador ao substituir a palavra “homem” por “pessoa”, foi, não obstante, extremamente infeliz ao manter, de resto, a proposição de que a personalidade da pessoa começa quando do seu nascimento com vida, mantendo-se íntegro e fiel ao Código oitocentista ab-rogado, insensível à evolução dos tempos e à interpretação da própria Constituição brasileira, que, conforme se debateu, funda o Estado Democrático de Direito brasileiro no princípio fundamental da dignidade humana. Assim, entende-se que a disposição contida no art. 2.º do Código Civil, no que tange à dependência do reconhecimento da personalidade

humana à condição resolutive do seu “nascimento com vida”, é manifestamente inconstitucional.

Também é fato que já está em trâmite (na Câmara Federal) Projeto de Lei (6.960/2002) que acrescenta a palavra “embrião” ao texto do comentado artigo, de forma a que passe a conter o seguinte comando: “Art. 2.º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro” (grifo nosso)³⁰⁵. Não obstante, tal artigo não se afasta da inconstitucionalidade intrínseca recém-tratada, pois, na mesma linha de pensamento, expressa o não-reconhecimento de “personalidade” a este embrião antes do seu nascimento com vida.

É interessante notar que tanto a doutrina especializada como os próprios legisladores não negam a dignidade como noção inerente a todo ser humano e que lhe deve ser assegurada antes mesmo do nascimento. Por isso é que incrimina-se o aborto, porque vai de encontro ao direito à vida do embrião. Mas aí fica a contradição: como conferir dignidade (valor) a quem não tem personalidade (que ainda não é)?

Nesse norte, compartilha-se do entendimento de Silmara Chinelato e ALMEIDA que defende a necessidade de equiparação da personalidade do nascituro e do nascido, acolhendo sua sugestão de que melhor redação para o art. 2.º do projeto em comento seria: Art. 2.º **“A personalidade civil do ser humano começa com a concepção. A doação, a herança e o legado ficam irrevogavelmente adquiridos se o nascituro nascer com vida”**.³⁰⁶(grifos nossos)

Dessa maneira, o artigo faria sobressair a importância dos direitos da personalidade aliados aos amplos direitos constitucionais do respeito à vida, à dignidade e à igualdade, em detrimento dos direitos patrimoniais, agora relegados (com justiça) a segundo plano. Sua aprovação nesses termos caracterizaria o primeiro passo a firmar-se em prol de uma concreta base diretiva para o Estatuto do Embrião Humano.

Já as novidades trazidas pelo novo Código Civil no concernente às procriações artificiais constam dos dispositivos legais acrescidos ao art. 1597, que, em sede de Direito de Família – mais especificamente no subtítulo que trata das

³⁰⁵ A sugestão partiu da doutrinadora Maria Helena Diniz – conforme noticiado na Exposição de Motivos da complementação do projeto Projeto de Lei n 6960/2002 (Ricardo Fiúza) Disponível em www.valoronline.com.br/pdf/projetofiuza.pdf Consulta em 18 mai 2003

³⁰⁶ ALMEIDA, Silmara J A Chinelato Obra citada, p 334

relações de parentesco –, prevêm novas presunções legais de paternidade para o instituto da filiação. Tendo em mente o intuito de aclarar algumas questões do ponto de vista jurídico, optou o novo Código Civil, para estabelecer um caminho, por eleger três categorias como norteadoras da ficção jurídica de presunção da paternidade do marido ou do cônjuge varão em relação à prole oriunda dos métodos de procriação artificial.³⁰⁷

Pontuam-se aqui, de maneira circunstancial, alguns aspectos críticos que se entendem oportunos e que exsurtem da análise do “direito à filiação” envolvendo referidos incisos.

Primeiramente, esses três incisos tratam dos termos “fecundação”, “concepção” e “inseminação” quase como se fossem sinônimos, quando, de fato, não o são.³⁰⁸

Em segundo lugar, também nada esclarecem quanto aos termos “homólogo” e “heterólogo”, utilizados nos seus incisos.

Em terceiro lugar, reporta-se única e exclusivamente às inseminações artificiais (e as fertilizações *in vitro*? Estariam excluídas?), estabelecendo presunção legal de filiação entre o marido e os filhos concebidos na constância do casamento. Essa presunção, no entanto, é relativa (*juris tantum*), podendo ser elidida mediante prova em contrário³⁰⁹. O *caput* do artigo diz: “Presumem-se concebidos na constância do casamento [atribuindo aos aqui insertos a presunção de filiação do cônjuge varão] os filhos:

Inciso III – [os filhos] havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;”

Aqui, de início, três ponderações subjazem necessárias:

³⁰⁷ Assim dispondo, em cada uma delas

“Art 1597 Presumem-se concebidos na constância do casamento, os filhos

()

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

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga,

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido ”

³⁰⁸ Relembrando a fecundação se dá no momento em que um dos milhares de espermatozoides consegue penetrar a corona radiata (zona circundante) do óvulo, a concepção (apesar de controversa) se dá aproximadamente doze horas depois com a fusão dos pronúcleos de ambos os gametas envolvidos (material genético feminino e masculino, portanto) no processo, no interior do oócito secundário (óvulo “maduro”) E, finalmente, a inseminação artificial consiste na técnica através da qual a ciência médica auxilia os casais interessados na realização do projeto parental, quando os mesmos, por algum motivo, não conseguem realizá-lo naturalmente Por isso, a inseminação é chamada de artificial ou assistida

1 o termo “fecundação artificial”, sendo utilizado genericamente, induz à conclusão de que nele estão abrangidas a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*; ou seja, independentemente do embrião ter sido concebido *intra* (por inseminação artificial) ou *extracorporeamente* (por fertilização *in vitro*);

2 há necessidade também que a fecundação seja “homóloga”, isto é, com gametas do casal envolvido no procedimento (marido e mulher);

3 quanto ao “falecimento do marido”, o inciso deixa margem de dúvida no concernente à regulação que pretende: trataria da hipótese da concepção enquanto vivo o marido ou estaria aqui incluída a possibilidade da fecundação *post mortem*?³¹⁰

No caso específico desta terceira hipótese, como se explicaria a paternidade em estando o casamento já extinto pela morte do marido? Como fica a sucessão *post mortem* quando a concepção se deu depois de falecido o pai genético? O artigo é extremamente lacunoso.

Inciso IV – [os filhos] havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga;

Aqui o inciso legal faz especial alusão aos embriões excedentários, vale dizer, aqueles produtos da fertilização *in vitro* que não foram implantados no ventre materno para desenvolvimento.

O inciso IV prevê que, para esses embriões, desde que produtos de concepção homóloga (componentes genéticos advindos do marido e da mulher), a presunção legal de paternidade é no sentido de que sejam filhos do marido doador (partindo-se do pressuposto de que o casal tenha anuído expressamente à técnica de reprodução assistida *in vitro* a que se submeteram. Para isso, deverão ter sido amplamente informados pela clínica dos detalhes do procedimento).

Questões que ficam em aberto: e se um dos progenitores do embrião congelado estiver morto? Será possível admitir a maternidade ou paternidade forçada? E se o casal já estiver separado ou divorciado? Seria possível admitir a maternidade ou paternidade forçada? Qual é a situação jurídica do embrião congelado?³¹¹ Quem tem legitimidade para decidir acerca do destino desses

³⁰⁹ É interessante pontuar neste aspecto que, enquanto o Código de 1916 (arts 344 c/c 178, §§ 3 ° e 4 °) previa o prazo de dois a três meses (entre presentes e ausentes, respectivamente) para o marido contestar a paternidade do filho, o atual Código Civil, em seu art 1601, tornou a ação negatória de paternidade imprescritível

³¹⁰ Alemanha e Suécia vedam expressamente a inseminação *post mortem* (DINIZ, Maria Helena *O estado atual do biodireito*, p 457)

³¹¹ Se o casal progenitor falecesse, deixando um patrimônio de considerável monta, teria aquele embrião direito à herança? Teria ele direito a um curador que zelasse por seus direitos? Se fosse implantado no útero de uma mãe

embriões?³¹²

Num eventual conflito de maternidade, de quem seria a criança: da mãe que cedeu o óvulo (genetrix) ou da que concedeu o útero (gestatrix)? Deverá se seguir o postulado de que *partus sequitur ventrem* (a maternidade se determina pelo parto da mulher que deu à luz)?

Como se vê, inúmeras são as questões deixadas a descoberto no âmbito legal e que demandam previsão. Tanto no âmbito interacional como no interno, é urgente a necessidade de elaboração de um Estatuto Jurídico para o embrião humano.

Inciso V – [os filhos] havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido;

Veja-se aqui que a hipótese trata da inseminação artificial com material genético (esperma ou óvulo) de doador (a), onde a inseminação se dá intracorporeamente. Este inciso objetiva atribuir força legal absoluta à manifestação de vontade (expressa) exarada pelos cônjuges.³¹³ No entanto, é forçoso estranhar

de substituição, teria ele direito ao espólio, nascendo com vida? Neste caso teria sobre ele direito a mãe gestacional?

³¹² Caso TENNESSEE/EUA: um casal desejava há muitos anos um filho, sem sucesso. Recorreu à fertilização extracorpórea. Nove embriões foram obtidos, dos quais dois foram implantados e os outros sete foram colocados na geladeira. A tentativa de implantação falhou e o casamento não sobreviveu a mais esta prova. O casal se divorciou-se estando de acordo em tudo: divisão do apartamento, do carro, da conta bancária, de tudo, com exceção daquelas sete esperanças de vida, os sete embriões. Em juízo, a mãe os queria para futura implantação e o pai queria vê-los eternamente congelados, pois não estava disposto a ser o pai dos filhos da mulher com quem se divorciara. Ouvido no curso do processo, um biogeneticista francês declarou que as cápsulas de nitrogênio líquido param o tempo, mas não a vida nela contida, porque não destroem a informação que está em cada célula daqueles embriões, de forma que basta reaquecê-las para que a vida reapareça. O juiz, em sua decisão entendendo tratar-se cada um dos embriões de seres humanos, deferiu sua custódia à mãe nos termos da lei, considerando que “o Estado deve ser pai de todos os que não têm pais, e nesse caso, o Estado deve decidir que o pai, ao qual se confia um ser humano, é aquele que quer a vida desse filho e não aquele que deseja sua morte” (CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e bioética, p. 347-374. In: LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Biodireito*, ciência da vida, os novos desafios (Org.), p. 372). Outra situação interessante foi posta em questão na Corte australiana em 1981, um casal de milionários chilenos, após a morte de sua única filha aos dez anos de idade, dirigiu-se à Melbourne (Austrália), com a finalidade de buscar tratamento por meio da fertilização *in vitro*. Não obtendo êxito na primeira tentativa de implantação do embrião, o casal retornou ao Chile para restabelecerem-se emocionalmente, preferindo deixar para outra oportunidade as demais tentativas de transferência. Ocorre que morreram na viagem de volta, vítimas de acidente aéreo, deixando uma fortuna estimada em 1,7 milhões de dólares e dois embriões congelados! Como na Austrália a lei prevê que o embrião só seria considerado “propriedade” dos pais (e aqui novamente exsurge a imprópria conotação patrimonialista do direito ligado à vida de um ser humano) após a implantação, diante da lacuna legislativa, o Parlamento australiano decidiu que os dois embriões poderiam ser “adotados”, excluídos, não obstante, os direitos hereditários em relação aos pais biológicos. Decisão que nos pareceu acertada, com exceção da fundamentação especificamente no concernente ao aspecto patrimonial que atribuiu à vida humana (MARTINHO DA SILVA, Paula. *A procriação artificial: aspectos jurídicos*. Lisboa: Moraes, 1986, p. 60 (citada por MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária...*, p. 32).

³¹³ Este artigo segue a linha de outras legislações estrangeiras que também proíbem a impugnação de paternidade no caso de o marido ter consentido na inseminação heteróloga, como é o caso do Código Civil suíço (art. 256-3), o Código Civil de Quebec (art. 539), o Código Civil holandês (art. 201, I), A lei espanhola n. 35/1988 (art. 8.º,

que, diferentemente do previsto no inciso III – que engloba as duas espécies de fecundação artificial (Ias e FIVETE) – o inciso V só se reporta às inseminações artificiais (haveria a intenção expressa de deixar a descoberto a presunção de paternidade nas fertilizações *in vitro* ou teria sido impropriedade terminológica do legislador?). De forma que, a princípio excluída está a hipótese da fertilização *in vitro*, seja ela heteróloga ou não.

Se o marido concorda com a inseminação artificial com espermatozoides de doador, por ex., fica impedido de lançar mão futuramente (em caso de separação ou divórcio) da ação negatória de paternidade fulcrada na alegação de seu desconhecimento (nada impede, não obstante, que alegue vício de vontade no ato, objetivando nulificá-lo).³¹⁴

Através desse pequeno resumo do que seria uma análise mais circunstancial dos preceitos contidos nos incisos III, IV e V do art. 1597, é possível palpar as incertezas que esses lançam no plano jurídico. Como resolver os problemas e indagações (algumas delas já expostas no presente trabalho) que surgem no plano concreto e que carecem de contemplação legal específica?

É mais do que necessário adequar os atos normativos infraconstitucionais já existentes sobre o tema ao respeito à dignidade e à vida dos embriões em laboratório que, depositários do patrimônio genético da humanidade, merecem ter garantida sua tutela jurídica por aqueles, cujo ciclo evolutivo, por encontrar-se em estágio mais avançado de desenvolvimento, tem o dever de os proteger.

Toda prática que venha a diminuir o valor absoluto do embrião humano atinge, igualmente, a humanidade como um todo. Por isso é que a pessoa humana deve ser considerada, em qualquer fase do seu desenvolvimento, como noção pré-normativa, merecedora, portanto, de proteção jurídica naquilo que lhe é fundamental, ou seja, a sua vida e a sua dignidade.

Chegará o momento em que ao juiz caberá a árdua tarefa de colmatar

I), o Código Civil francês (art. 311-20, alínea 2, com redação dada pela Lei N 94 653/94) Apud DINIZ, M H. Obra citada, p. 461

³¹⁴ O fundamento para tal, segundo Maria Helena DINIZ está em que “A paternidade, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva”, ou seja, o legislador quis fazer com que “o princípio de segurança das relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17 ed atual de acordo com o novo Código Civil (Lei 10 406, de 10 I 2002) v 5 direito de família São Paulo Saraiva, 2002, p. 380)

lacunas, em atenção ao princípio da proibição do *non liquet*,³¹⁵ decidindo por equidade. Para isso, deverá firmar-se nos princípios gerais do direito constitucional, já expostos, para nortear suas decisões.

§ 2 – Na Lei n.º 8.974/95 (Lei de Biossegurança)

A Lei de Biossegurança visou regulamentar o dispositivo constitucional que trata do direito de todos os indivíduos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (mais precisamente os incisos II e V do § 1.º do art. 225 CF/88),³¹⁶ estabelecendo normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, de origem vegetal e animal. No concernente à espécie humana, limitou-se a proibir a prática desta ciência em organismos da espécie humana.

Assim, o art. 8.º veda expressamente a manipulação genética de células germinais humanas (II), bem como a intervenção em material genético humano *in vivo* (III) – com a exceção dos tratamento de defeitos genéticos³¹⁷ – e a produção, armazenamento e manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (IV). A inobservância dessas prescrições legais é punida com pena de reclusão de seis a vinte anos (art. 13).

Esta legislação é consentânea com os postulados constitucionais já

³¹⁵ Obrigatoriedade de decisão judicial/proibição denegação da justiça decorrente do dogma da completeza contido no art 126 do CPC

³¹⁶ Assim dispõe o texto constitucional do artigo em comento

“Art 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público

I -

II – preservar a integridade e diversidade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético,

III -

IV -

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente,

()” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988)

³¹⁷ Neste norte HERDEGEN e DEDERER atentam para o perigo que essa exclusão à tipificação penal importa, lembrando que até mesmo a utilização das informações e elementos genéticos humanos contidos nos ácidos nucléicos e células adultas do corpo humano pode apresentar riscos e resultados imprevisíveis tanto para os pacientes como para seus descendentes, provocando mutações genéticas das células reprodutoras, assim como a possibilidade de multiplicação e surgimentos de novos vírus (HERDEGEN, Matthias, DEDERER, Hans-Georg Aspectos jurídicos de la terapia genética somática en humanos **Contribuciones**, Buenos Aires, ano XIV, n 3, jul /sep 1997, p 163-205 *apud* GEDIEL, José Antônio Peres Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano In FACCHIN, Luiz Edson (Coord) RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro Renovar, 1998, p 74

defendidos de respeito à vida e à dignidade dos embriões; corrobora a tese que sustenta sua proteção desde a concepção e vem em defesa não só do embrião, mas também da própria humanidade ao procurar resguardar o patrimônio genético de cada indivíduo singularmente considerado.

A Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, na esteira do preconizado pela Lei 8.974/95, inaugurou no espaço normativo brasileiro um conjunto de elementos conceituais tendentes a respeitar o mandamento constitucional do respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, calcados em princípios bioéticos já defendidos pela comunidade científica internacional. Embora essa resolução não aprofunde o exame concernente à apropriação e uso dos produtos de pesquisa genética, prevê um rol principiológico de cunho ético e “fundamental” que visa à proteção do sujeito pesquisado consistente: na *autonomia* (com especial menção à defesa dos seres humanos vulneráveis); na *beneficência*; na *não-maleficência* e na *justiça e equidade*.³¹⁸

§ 3 – No Código Penal

Outra questão que precisa ser analisada é a do aborto, que, no Brasil, é regulada pelo art. 128 do Código Penal, que o classifica como crime. O dispositivo prevê a não-punição desta prática quando: I – não houver outro meio para salvar a vida da gestante; e, II – a gravidez resultar de estupro. Pois bem, no primeiro caso, conforme assinala Hélio BICUDO, “há uma questão de fundo”³¹⁹ que merece ser analisada: se o Estado, através do *mandamus* constitucional, garante o direito à

³¹⁸ Assim dispõe a Resolução n.º 196/96

“Aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos As pesquisas envolvendo seres humanos devem atender às exigências éticas e científicas fundamentais

()

III 1 A eticidade da pesquisa implica

a) O consentimento livre e esclarecido dos indivíduos-alvo e a proteção a grupos vulneráveis e aos legalmente incapazes (*autonomia*) Neste sentido, a pesquisa envolvendo seres humanos, deverá sempre tratá-los em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade

b) Ponderação entre riscos e benefícios, tantos atuais como potenciais, individuais ou coletivos (*beneficência*), comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos

c) Garantia de que danos previsíveis serão evitados (*não maleficência*)

d) Relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária (*justiça e equidade*)” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE Resolução n.º 196 de 10 de outubro de 1996 Regulamenta as pesquisas envolvendo seres humanos Presidente Adib D Jatene Rio de Janeiro FIOCRUZ, 1997, p 7)

vida, como pode autorizar, via legislação infraconstitucional, a sua eliminação?

Bem pontuando essa questão, Reinaldo PEREIRA E SILVA leciona que, no concernente à primeira hipótese, estar-se-ia diante do “aborto necessário”, que, em seara de significativa doutrina, estaria em conformidade com o dispositivo constitucional pelo fato de reunir os pressupostos necessários à configuração do “estado de necessidade”. E o “estado de necessidade” não importa em atentado à vida na medida em que o ordenamento jurídico chancela de licitude determinada situação – ordinariamente acobertada pela ilicitude – ao reconhecer que, pela sua gravidade e circunstâncias, não cabia outra escolha ao agente senão aquela, ainda que em detrimento de direitos da esfera alheia.³²⁰

Seria a hipótese de o médico, na impossibilidade de salvar duas vidas, ser obrigado a optar por uma;³²¹ em situação que mais se encaixa no presente estudo, a hipótese de o médico ter de escolher entre a vida da mãe e a vida da criança.³²² Assim, não existindo o *estado de perigo de vida*, não há que se falar na permissibilidade prevista no inciso I do art. 128 (CP) em comento. Portanto, a morte somente é tolerada enquanto “efeito colateral”, mas nunca querida “como fim” ou “como meio”.

Quanto à segunda hipótese, também denominada “aborto sentimental”, estar-se-ia entre aqueles que afirmam constituir-se em flagrante atentado à vida e,

³¹⁹ BICUDO, Hélio. Obra citada, p. 54

³²⁰ Segundo Alberto Silva FRANCO “A necessidade pode licitar um fato que se acomoda a uma figura típica. Assim, se o agente, para salvar de perigo atual e inevitável, um bem jurídico próprio ou de terceiro, vê-se na contingência de lesionar bem jurídico alheio, atua ele em estado de necessidade, e a ofensa praticada, em situação de necessidade, será considerada lícita. O estado de necessidade é, portanto, uma causa excludente de ilicitude” (In *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 260). No mesmo sentido DELMANTO, Celso *Código penal comentado*. 3. ed atual e ampl. Por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 44

³²¹ SILVA, R P e Obra citada, p. 261. No mesmo sentido do autor DINIZ, Maria Helena *O estado atual do biodireito*, p. 57-59, 61, BICUDO, Hélio *Direitos Humanos no parlamento brasileiro*. In PENTEADO, Jacques de Camargo et al. (Org) *A vida dos direitos humanos – bioética médica e jurídica*, p. 101-102

³²² No entanto, referida possibilidade é bastante controversa na seara médica. A título de exemplo, um estudo intitulado *O direito do nascituro à vida*, composto por eminentes autoridades em várias especialidades médicas declarou taxativamente que inexistia indicação para abortamento em gestações complicadas pelas mais diversas patologias. Referido estudo foi laureado pela Academia Nacional de Medicina. Para mais detalhes, sugerimos a leitura de BRANDÃO, Denirval da Silva *O embrião e os direitos humanos*. In PENTEADO, Jacques de Camargo (Org) et al. Obra citada, p. 15-58

No mesmo sentido Roberto Vidal da Silva MARTINS preleciona que são raríssimos, mais ainda hipotéticos, os casos em que se tenha de optar entre a vida da mãe e a do filho, pois que a medicina moderna evoluiu a tal ponto que ou se salvam os dois (com final feliz para ambos os casos) ou nenhum deles. E menciona ainda o médico Dr. Henrique Paraventi, professor na Escola Paulista de Medicina, dando o seu parecer acerca do aborto para salvar a vida da mulher, que “Meu testemunho como professor-adjunto na clínica obstétrica da Escola Paulista de Medicina é que jamais indicamos este tipo de aborto nestes trinta e um anos de profissão” (grifos nossos) (MARTINS, Roberto Vidal da Silva *Aborto no direito comparado – uma reflexão crítica*, p. 403-440. In PENTEADO, Jacques de Camargo (Org) et al. Obra citada, p. 413)

destarte, colidir frontalmente com o mandamento constitucional.³²³

Após a promulgação da Carta de 1988, referida inconstitucionalidade foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, saindo vencedora a tese do ministro Paulo BROSSARD, o qual sustentou que o vício de inconstitucionalidade era congênito e deveria ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. De sorte que, se lei anterior não poderia ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente, tampouco o legislador poderia infringir Constituição futura (tese que reafirmava cinquentenária jurisprudência do STF), contra a tese vencida dos ministros Sepúlveda PERTENCE, Néri da SILVEIRA e Marco AURÉLIO, que defendiam não ser um caso de simples revogação, resultante da incompatibilidade entre duas normas de gradação originária, na constância de um mesmo ordenamento constitucional, mas, sim, de revogação qualificada, eis que derivada da inconstitucionalidade superveniente da lei anterior à Constituição.³²⁴

Apesar do código não tratar da questão do descarte ou sacrifício de embriões pré-implantatórios, a extensão da interpretação dada ao aborto sentimental à luz da Carta brasileira – considerando-o ato ilícito – por ser evolutiva, autorizaria perfeitamente (por analogia) sua inclusão no tipo penal. Por caracterizarem atos de flagrante atentado à vida, seriam, igualmente, ilícitos.

³²³ Também contrário à prática do aborto sentimental, assim se manifestou o juiz Celso PANZA “Porque não existente o amor em ato genésico, o feto não merece ter vida extra-uterina? É a teoria do desamor Mas qual o maior desamor, qual o maior crime? A vida chegada de um ato onde o amor foi ausente, ou a morte consentida pelo desamor? Onde o desamor maior? Creio que na segunda proposição Isso é indubitável Traumas futuros podem ser equacionados, evitando-os através de psicólogos, psiquiatras e terapêutica adequada, muito mais tratando-se da inesgotável fonte de amor – a maternidade”(apud ALVES, João Evangelista dos Santos Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida, p 228-229 In PENTEADO, Jacques de Camargo (Org) et al Obra citada,, p 185-262)

³²⁴ BICUDO, Hélio *Direitos fundamentais e sua proteção*, p 60 Manifestando-se sobre o julgado e com escôlio em CANOTILHO (*Direito constitucional*. Coimbra Almedina, 1991, p 837), preleciona Clémerson Merlin CLÈVE que as teses da revogação e da inconstitucionalidade defendidas pelos ministros não são excedentes, de forma que para o mestre português nada impede que “na inconstitucionalidade superveniente haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade)” É que a “inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência)”. E conclui CLÈVE “Havendo, pois, um concurso entre a revogação e a nulidade, ninguém pode contestar que as duas posições estão, desde o estrito prisma técnico, efetivamente corretas a do Supremo Tribunal Federal e a defendida, entre outros, pelo ministro Sepúlveda PERTENCE”. “[]É indubitável, não obstante”, continua o autor, “que a última posição é nitidamente mais vantajosa para o sistema constitucional brasileiro, assim como para a sociedade, que passam a contar com um mecanismo objetivo da aferição da legitimidade constitucional do direito precedente”(grifos nossos), (CLÈVE, Clémerson *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p 150-151 citado por BICUDO, Hélio, obra citada, p 60-61)

SEÇÃO II. De *lege ferenda*

Vários são os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional dispendo sobre a matéria da clonagem, da intervenção no genoma humano, da criopreservação de embriões, de sua doação para fins de pesquisa e, até mesmo, acerca de sua destruição.

Dentre os que tratam do tema da clonagem, manifestando-se de forma sempre proibitiva quanto à sua prática – vedando, inclusive, a possibilidade de desenvolvimento de seres humanos clonados não só em útero humano como no de animais e até mesmo em útero artificial –, poder-se-iam elencar os Projetos de Lei de n.º 69/97 (senador José Ignácio Ferreira); 2.811/97 (de autoria do senador José Ignácio Ferreira); 2.822/97; 2.838/97 (Paulo Lima); 4.060/98; 4.319/98; e, 1.499/99.

Os Projetos de Lei de n.º 2.855/97 (Confúcio Moura) e 3.638/93 tratam de várias questões envolvendo as técnicas de reprodução humana assistida, incluindo questões relativas às fertilizações *in vitro*, inseminação artificial e gestação de substituição ou doação temporária de útero.³²⁵ Quanto ao primeiro deles, seu art. 25 permite que, após o lapso temporal de cinco anos, os bancos estão autorizados a descartar gametas e pré-embriões,³²⁶ salvo a intenção de sua utilização em experimentos que visem ao aperfeiçoamento das técnicas de obtenção, amadurecimento e crioconservação de óvulos (art. 32), não podendo ser reutilizados para finalidades procriativas posteriores (art. 32 e §§). Entende-se que referidos projetos atentam contra a vida e a dignidade humana, não podendo, pois, entrar em vigor na forma disposta pelos seus artigos, sob pena de nascerem eivados de

³²⁵ Alguns autores utilizam, o termo (utilitarista) “barriga de aluguel”, cuja impropriedade terminológica macula o sentido nobre do que seria a maternidade de substituição. Esta, segundo nosso entendimento, deveria tão-somente ser possível em caráter altruístico e beneficente, abstraindo-se, portanto, qualquer sentido financista como aquele que o termo “aluguel” encerra.

³²⁶ A ressalva aqui é apenas para o sentido utilitarista do termo, utilizado primeiramente pelo Informe Warnock (junho de 1984) – elaborado pelo Comitê de Pesquisa em Embriologia e Fertilização Humana por ordem do governo inglês, cuja finalidade precípua era a da produção de embriões humanos para experimentação. Neste relatório, alguns embriologistas, sem densa justificação científica, afirmaram que do zigoto até o aparecimento da estria primitiva (em torno do 14º dia) como de inexistência de um embrião humano, propriamente dito, mas de um pré-embrião. Apesar dos inúmeros autores (médicos, cientistas e juristas) que reconhecem no referido informe a falácia encoberta em prol de seus efetivos propósitos, merece transcrição o parecer do embriologista Gunter RAGER que, a seu respeito profetiza: “A pretendida transição de um não indivíduo – o pré-embrião – a um indivíduo – o embrião – exigiria um descontínuo no desenvolvimento que a ciência não conseguiu detectar, pelo que o argumento que nega personalidade ao embrião em seus primeiros estádios não pode ser sustentado cientificamente” (RAGER, G. El termino peembrión carece de fundamento científico. *Rev. Cuadernos de Bioética*, Santiago, Espanha, v. VII, n.º 26, 1996 citado por BRANDÃO, Denival da Silva O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.) et al. *Obra citada*, p. 37).

flagrante inconstitucionalidade.

O Projeto de Lei de n.º 2.865/97 trata das pesquisas envolvendo seres humanos e o uso de técnicas de engenharia genética na modificação de organismos, ao passo que o de n.º 134/99 regulamenta o uso e a divulgação do genoma humano. Existe ainda, o Projeto de Lei n.º 2.904 /97 (Sandra Starling), que altera a redação do inciso III do art. 13 da Lei de Biossegurança (Lei n.º 8.974/95) ampliando o tipo penal nele prescrito.³²⁷

Mas dentre todos os projetos de lei supramencionados, o que merece uma apreciação mais adrede é o de n.º 90/99, oriundo do Senado – de iniciativa do senador Lúcio Alcântara³²⁸ –, pelo fato de ser o mais propício à aprovação. O projeto tem suas diretrizes genéricas assentadas sob a forma de **princípios gerais** (arts. 1.º e 2.º), prevendo nas seções seguintes: **da necessidade do consentimento informado** (art. 3.º), no intuito de preservar os interesses da criança gerada especialmente no que concerne ao seu direitos de filiação; da responsabilidade dos estabelecimentos e dos profissionais que aplicam as técnicas de RA (arts. 4.º e 5.º); **das modalidades de doação de gametas e embriões** que, via de regra, deverão se dar sob a forma gratuita, mantendo-se o sigilo de identidade recíprocos – entre doadores e usuários (art. 6.º, § 1.º) salvo quando a criança necessitar de referidas informações genéticas para fins vitais ou de saúde, quando deverão elas ser prestadas ao médico solicitante (art. 6.º, §§ 2.º e 3.º), resguardando-se sempre, e em todos os casos, a identidade civil do doador (art. 6.º, § 4.º); prevê, ainda, o art. 7.º a permissibilidade da gestação por substituição ou doação temporária de útero, de forma gratuita (sem caráter lucrativo ou comercial); normas relativas à utilização **dos gametas e embriões**, prevendo expressamente a transferência de, no máximo, quatro a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora (art. 8.º). Não obstante, referido projeto declara (art. 9.º, § 1.º) que não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor feminino os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei; no mesmo artigo, mais adiante (§ 4.º) defere a possibilidade às partes envolvidas no procedimento (denominadas impropriamente de “usuários”) de exercício do (seu?) direito de opção quanto ao destino a ser dado

³²⁷ De forma a abranger além da produção armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível também as células somáticas de seres humanos, induzidas em cultura a funcionar como célula germinativa para a mesma finalidade (MEIRELLES, Maria Jussara Leal de Obra citada, p 299)

aos embriões excedentes: descarte, doação a terceiros ou doação para pesquisa! Como se ainda não bastasse, exige mais adiante (§ 6.º) o descarte de embriões quando: doados há mais de dois anos, houver solicitação pelos doadores, houver previsão em documento de consentimento informado ou nos casos de falecimento de uma ou mais pessoas envolvidas no procedimento.

No que se refere aos dispositivos constantes dos parágrafos primeiro, quarto e sexto (retro), por serem manifestamente contrários à dignidade, à vida e à igualdade da pessoa humana – princípios constitucionais dos quais são corolários o direito à segurança, à integridade e ao pleno desenvolvimento da criança (art. 227, § 6.º da CF/88) –, já nasceriam, caso fosse promulgada referida norma, eivados de inconstitucionalidade embrionária. Impregnados de espírito utilitarista, coisificam o ser humano e são manifestamente contrários aos ditames normativos fundamentais da Carta política.

Por isso, acabou sendo apresentado um substitutivo³²⁹ ao referido projeto, que inicia referindo-se aos procedimentos resultantes das “Procriações Medicamente Assistidas”, substituindo também o termo “usuários” pelo termo “beneficiários”. É salutar no aspecto de eliminar a questão da geração e criopreservação de embriões excedentes (art. 14, § 1.º), ao limitar a produção e transferência de embriões ao número de três a cada ciclo reprodutivo da mulher (art. 14, *caput*, e art. 30 que prevê a pena de reclusão de dois a seis anos e multa para a infringência desta norma).³³⁰ De acordo com o senador Roberto Requião, tal dispositivo faz-se necessário para evitar processo posterior de “redução embrionária”, que, no substitutivo é punido com reclusão de um a quatro anos (art. 23). Não obstante, mantém a disposição do projeto original (em seu 9.º, § 1.º) ao dispor em seu art. 14, § 2.º, que não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor feminino os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei; já, no concernente ao descarte de embriões e gametas, o substitutivo retirou do § 2.º do art. 15 a palavra “embriões”, de sorte que só poderão ser descartados nos casos anteriormente previstos (pelo art. 9.º, § 6.º do projeto original) os gametas depositados nos estabelecimentos que praticam a PMA. Dentre os crimes a que comina penas, o

³²⁸ A íntegra da justificativa do projeto encontra-se disponível em <<http://www.senado.gov.br/web/senador/requiiao/pls9099.htm>> Acesso em 15 abr 2003

³²⁹ REQUIÃO, Roberto Substitutivo ao projeto de lei n 90/99 *Boletim virtual informativo*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/senador/requiiao/Pare9099.htm> Acesso em 15 abr 2003

substitutivo trata dos seguintes: redução embrionária (art. 23), prática da PMA sem prévia capacitação (art. 24), aluguel de útero ou barriga (art. 25), tráfico de gametas (art. 26), realização de pré-seleção sexual excetuados os casos permitidos pela lei (art.31), armazenamento, cessão ou destruição embriões (art. 34), bem como a realização de PMA a pessoas que não sejam casadas ou vivam em união estável (art. 37).

O substitutivo eliminou muitos dos defeitos constantes do projeto original, tornando-se mais consentâneo com a atualidade, ratificando o pensamento exposto pela doutrina personalista do direito, que prima pelo reconhecimento dos direitos humanos.

Entretanto, entende-se que o § 2.º do art. 14 do substitutivo guarda manifesta dissonância com o restante do texto, merecendo, portanto, ser totalmente suprimido, por ser inconstitucional.

Também merece breve análise o Anteprojeto do Código Penal no que respeita à previsão do aborto, tema que guarda similitude com nossa monografia, já que referido documento legaliza o aborto eugênico e aquele fundado na oposição da vontade da mãe, previsto na Parte Especial, sob o subtítulo da “Exclusão da ilicitude”, que assim dispõe:

“Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se:

(...)

II – a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”.

É de considerar-se, entretanto, revestida de caráter extremamente subjetivo, cada uma das situações cotejadas pelo artigo. Afinal, o que seriam as graves anomalias mentais? O que é grave para um, pode não sê-lo para outro... Como provar, ainda, a hipótese do inciso segundo? Independentemente das defesas que se possam firmar em torno da previsão legal adotada pelo anteprojeto, entende-se que tais dispositivos são manifestamente inconstitucionais por se confrontarem diretamente com o texto constitucional pátrio, que, em hipótese alguma, dá guarida a qualquer método supressivo da vida humana.

³³⁰ A transferência de mais de três embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher implica crime punido com pena de dois a seis anos de reclusão e multa (art 30)

PARTE III. A BIOÉTICA E O BIODIREITO

CAPÍTULO VII – NA BIOÉTICA: O CONFRONTO DAS ÉTICAS COM A TEKNE

Para adentrar no campo da bioética, faz-se necessário o devido esclarecimento do sentido e contornos aqui pretendidos à prefigura “ética”. Longe de se estabelecer um conceito fechado ou definitivo para o termo (o que se acredita ser impossível e, ademais, matéria cuja complexidade mereceria trabalho autônomo), a ambição é tornar possível a compreensão deste trabalho a partir de uma leitura, não exauriente, de premissas constitutivas fundamentais (eleitas) importantes para a instauração de uma análise crítica. Para isso, parte-se da etimologia do termo, ou sua convivência com a técnica, bem como da contextualização de ambas no mercado capitalista.

A ética derivou da palavra “costume”, que, na língua grega, correspondia ao termo *ethos*; seu correspondente em latim é o termo *mores* (que entre nós originou a palavra “moral”). Segundo Marilena Chauí, “ética e moral referem-se ao conjunto de costumes tradicionais de uma sociedade e que, como tais, são considerados valores e obrigações para a conduta de seus membros”.³³¹

No entanto, conforme informa a mesma autora, na língua grega existem duas vogais para grafar e pronunciar a nossa vogal “e”: uma breve, chamada *epsilon*, e outra longa, chamada *eta*. De sorte que *Ethos*, escrita com a vogal longa, significa costume e, com a vogal breve, significa *caráter, índole natural, temperamento*, representando o todo de atribuições - físico e psíquico - inerentes ao indivíduo. Assim, neste último sentido, *ethos* diz com “as características pessoais de cada um que determinam quais virtudes e quais vícios cada um é capaz de praticar. Referem-se, portanto, ao senso moral e à consciência ética individuais”.³³²

Deve-se a SÓCRATES a preocupação no concernente aos conceitos de virtude e bem, dando-se, assim, início à filosofia moral. Por sua vez, ARISTÓTELES instituiu a distinção, dentro da realidade, entre **saber teórico** – consistente no estudo da natureza em tudo o que nela existe e age independentemente da vontade e sem a interferência humanas – e **saber prático** (incluindo aqui a ética e a política),

³³¹ CHAUÍ, Marilena *Convite à filosofia*, p. 340

³³² CHAUÍ, M. Idem, *ibidem*

cujo estudo parte das conseqüências da interferência humana sobre esta mesma natureza. O saber prático, por sua vez, subdivide-se ainda em **práxis e técnica**.

A ética diz com a **práxis**, que considera na unicidade do agente a ação e a sua finalidade, contrariamente à técnica, onde tanto o agente como a atividade e finalidade por ele desempenhadas, são reciprocamente independentes. É, portanto, no modo de relação do agente com a ação e sua finalidade que diferem esses dois termos.

Miguel REALE, didática e simplificada, afirma que “a Técnica abrange regras necessárias quanto aos **meios** [equacionando os melhores métodos para se atingir o resultado pretendido] mas deixa livre a escolha dos fins, ainda que implique um processo de valoração; já a Ética se ordena segundo regras que põem necessariamente **fins** de validade universal, do qual resultam o dever e a sanção legitimando os meios ou vias admitidos”.³³³

ARISTÓTELES foi um filósofo que se dedicou ao estudo da virtude (*areté*), fundado na premissa de que o objetivo de todo ser humano é atingir o grau mais elevado de felicidade, bem este que consiste na atividade da alma de acordo com a virtude. É autor da famosa tese de que a virtude está exatamente na consideração de um meio-termo entre o excesso e a falta³³⁴. Nas palavras de Danilo MARCONDES, que bem soube contextualizar a idéia do autor, “o homem virtuoso deve assim conhecer o ponto médio, a justa medida das coisas, e agir de forma equilibrada de acordo com a prudência ou moderação (*sophrosine*), que pode ser entendida como a própria caracterização do saber prático”.³³⁵

ARISTÓTELES classifica as virtudes em dianoéticas, quando seu aprendizado pode ser conquistado pelo estudo e pela leitura, e éticas ou morais, quando seu aprendizado depende de sua vivência prática.³³⁶

³³³ REALE, Miguel *Filosofia do direito*, p 266

³³⁴ Diz o filósofo “[] a virtude versa sobre os afetos e ações, nos quais o excesso é erro[sic] e a falta é censurada, porém o meio nêles[sic] se enquadra com justeza, e é louvado e ambas estas duas condições são próprias da virtude. Em conclusão, a virtude é a certa medianidade, como a que ao meio dirige a sua mira [] É a virtude um hábito de propor-se o que consiste na medianidade para nós, determinada com a razão e como o homem sábio a determinaria. E é uma mediania entre dois vícios, um por excesso e outro por falta porque, enquanto dos vícios alguns faltam e outros excedem da medida conveniente, quer nos afetos quer nas ações, a virtude, ao invés, acha e escolhe o meio”. Não obstante atenta para o fato de que este meio-termo existe para aquilo que se deve considerar o “sumo bem”. Aqueles atos ou afetos depraváveis, malévolos, injustos, deploráveis ou vis, este já constituem, por si só um excesso ou uma falta, e encerra “Em suma, do excesso e da falta não há mediania, nem da mediania, excesso ou falta”(ARISTÓTELES, *A Ética de Nicômaco*, p 62-63)

³³⁵ MARCONDES, D. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*, p 76-77

³³⁶ Como é o caso da *phronesis* (jurisprudência), que encontra a “justa norma” aplicando-a às ações particulares (EN, p 93), consistindo num “operar consciente” (EN, p 95)

Eis aqui as principais características do saber ético aristotélico contraposto à técnica, apontadas por GADAMER.³³⁷

1. A *tekne* é um saber objetivo, pode ser aprendida e esquecida, o que não ocorre com o saber ético, vez que, diante de um confronto com ele, não temos a escolha por sua apropriação. A ética presume uma pré-cognição³³⁸ e, diante do fato concreto, exige-nos a exteriorização de uma atitude prática diante do caso concreto.

Mesmo aquele justo previsto na lei – consistente em padrões normativos vigentes numa determinada sociedade e espaço temporal –, ao ser transladado para uma circunstância concreta, necessita de temperamentos.³³⁹ Não existem, pois conceitos morais arbitrários pré-selecionados; tudo depende da moral social proeminente em determinada conjuntura histórica, geográfica e temporal e de sua exteriorização nesse contexto. É assim, por exemplo, quando o juiz adapta a norma ao fato concreto, aperfeiçoando-a, de forma a obter um “direito melhor”.

2. O saber técnico é sempre particular e serve a fins particulares, ao passo que o saber ético extrapola este âmbito, afetando o *viver corretamente, no seu todo*. Não faz sentido que o saber técnico busque conselhos consigo mesmo acerca daquilo que lhe dá validade como saber; já o saber ético requer sempre essa atitude porque o objetivo que guia nossas vidas e pelo qual pautamos nossos atos não é apreensível como algo “ensinável”. Potencializando-se o justo meio como guia comportamental, depende-se ainda dos estímulos momentâneos e particulares de cada situação para se obter então uma resposta, do “saber ético”.³⁴⁰

3. O saber ético pressupõe uma capacidade de julgar de forma reta e eqüitativa (penetração de espírito) aliada a uma certa tolerância. Baseia-se, fundamentalmente, em questões de consciência. Preleciona GADAMER: “Elogia-se,

³³⁷ GADAMER, Hans-Georg *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p 472-482

³³⁸ Apesar de se reconhecer o caráter genuinamente subjetivo desses julgamentos, pois que a interpretação de justiça, decência, dignidade, coragem, solidariedade, etc., contrariamente a um padrão fixo, sofrem grande variabilidade conceitual

³³⁹ Por esse motivo, não se pode falar aqui em técnica ou arte (conhecimento técnico) É à *phronesis* grega (prudência) que o filósofo se reporta, ou seja, a virtude que encontra a “justa norma”, aplicando-a às ações particulares Quando o juiz “aplica” o direito, pode ver-se obrigado a fazer concessões “em face da lei”, não deixando por isso de fazer justiça, pelo contrário, ao aperfeiçoar a interpretação da norma, encontra um “direito melhor” Aqui entra a importância da equidade (*epiēkeia*), considerada por Aristóteles a própria correção da lei (GADAMER, H G *Obra citada*, p 473)

³⁴⁰ Elucida GADAMER “O contrário da visão do correto não é o erro nem o engano, mas a cegueira Quem está dominado por suas paixões se depara de repente com o fato de que não é capaz de ver numa situação dada o que seria correto Perdeu o controle de si mesmo e, por consequência, a retidão, ou seja, perdeu o estar corretamente orientado em si mesmo, de modo que, desgovernado em seu interior pela dialética da paixão, parece-lhe correto o que a paixão lhe sugere” (GADAMER, H G *Idem*, p 479)

portanto, a compreensão de alguém, quando ele, julgando consegue deslocar-se completamente para a plena concreção da situação em que o outro tem de atuar”.³⁴¹

A virtude ética tem como imperativo categórico “fazer o bem”. Para ARISTÓTELES, assim como não é possível ser virtuoso sem a prudência, tampouco é possível ser prudente sem considerar a virtude ética.

O termo “bioética” refere-se à ética aplicada à genética e teve sua origem, basicamente, a partir dos grandes temas – atualmente divisores de opiniões – da humanidade, entre eles: dos grandes avanços testemunhados na biologia molecular e biotecnologia aplicada à medicina; da denúncia de abusos realizados pelas experimentações genéticas em seres humanos; do pluralismo moral existente nos países de cultura ocidental; dos questionamentos levantados pela filosofia contemporânea no concernente à qualidade da vida humana, bem como seu início e seu final; do descontentamento expressado pelas instituições religiosas sobre esses temas; das intervenções estatais legislativas envolvendo o respeito do direito à vida e à dignidade dos cidadãos; do posicionamento assumido por organismos e entidades supranacionais. Desde então, não parou mais de crescer em contingente e importância o seu debate na atualidade.³⁴²

Há aproximadamente meio século que se está vivenciando avanços gigantescos na esfera do conhecimento biológico tecnológico, a partir da desmistificação do recôndito sagrado do mistério da vida humana, até a possibilidade de seqüencializar, copiar e alterar o código genético das espécies, penetrar no arcabouço complexíssimo das ações e reações químico-biológicas desencadeadas no interior dos organismos, dissecar e demonstrar cientificamente, *pari passu*, as minimalíssimas progressões e etapas deflagradas pela provocação dos processos biológicos das mais diversas naturezas. Tudo isso e muito mais levou a que o homem sentisse um poder nunca antes experimentado. Ele provou, inelutavelmente, ter conquistado o domínio sobre si próprio.

Não obstante, quanto mais o homem desvela ao mundo suas descobertas mais lhe entrega a possibilidade das mais diversas formas de exploração do seu conhecimento. Até porque a teoria científica é assim mesmo: tanto pode nascer para

³⁴¹ A pessoa procurada a dar um conselho normalmente mantém uma relação de amizade com o aconselhado. Nessa premissa encontra-se fulcrada a validade da mensagem. Com base nesta postura é que se admira o conselheiro que consegue demonstrar sua empatia na situação concreta. Aparece aqui, concomitante com a figura da *ponderação reflexiva*, na visão gadameriana, o *entendimento* (GADAMER, H. G. Obra citada, p. 480).

dar resposta a um problema prático ou técnico, como “pode ir avançando para descobertas de fenômenos e relações que já não possuem relação direta com os problemas práticos iniciais. [...] Muitas vezes, aliás, o cientista sequer imagina que a teoria terá aplicação prática”.³⁴³

As pesquisas científicas, na ciência da atualidade, passaram a fazer parte da forças produtivas da sociedade, ou seja, da economia, e atuam hoje como agentes econômicos e políticos. O problema, efetivamente, surge quando o poder econômico atua de forma incidente e indiscriminada sobre todos os projetos. Aqui o perigo convive com a coisificação do homem e a banalização da espécie, pois o dinheiro não conhece escrúpulos ou limites na consecução do seu fim, vale dizer, não conhece “dignidade”. E essa visão reducionista da vida precisa ser contida.

É extremamente necessário, portanto, o retorno da sociedade a um diálogo com a ciência. Ciência esta que, se antes reverenciada e acolhida euforicamente (sem ressalvas), já não desfruta mais da total indulgência desta mesma sociedade. Por detrás das maravilhas desveladas pela engenharia genética ficou temporariamente escondida (propositadamente, dir-se-ia, pelos laboratórios, clínicas e demais canais de informação) a existência de uma realidade bem menos glamourosa: a dos embriões excedentes, das falhas técnicas, dos fetos grotescos,... todos decorrentes das manipulações e pesquisas.

Em virtude dessas seqüelas, o campo da biotecnologia passou a perder paulatinamente sua irrestrita credibilidade. Imposta a reflexão, abriu-se um espaço necessário à promoção de diálogos, ponderações e restrições ao seu avanço ilimitado, oriundo de várias ordens: éticas, morais, religiosas, médicas, sociológicas, antropológicas, jurídicas.

No concernente à vida humana em laboratório, contexto que interessa a este estudo, Enrique DUSSEL, filósofo crítico, preleciona que a ética tem por **conteúdo** a vida humana. Esta **ética**, de cunho **material**, afirma-se em defesa da dignidade negada da vida das vítimas, dos oprimidos ou dos excluídos. Prima pela **dignidade absoluta da vida humana** contrariando a injustiça ou perversidade, que determinam a existência negativa delas, conclamando a consciência ética auto-responsável a atuar corretivamente em momentos críticos, dependendo, para isso,

³⁴² CLOTET, Joaquim Bioética como ética aplicada à genética, p 111 In: GARRAFA, Volnei, COSTA, Sérgio Ibiapina F (Org) *A bioética no século XXI*, p 109-128

³⁴³ CHAUI, M Idem, p 285

da própria razão.³⁴⁴

A contraposição atual entre “técnica” e “ética” implica que se leve em consideração o contexto social (mundial) em que os indivíduos que delas se valem encontram inseridos. Afinal, qual é o nível de comprometimento que cada uma delas inflige ao profissional envolvido? É possível pensar em termos de alteridade nesse contexto ou o profissional inteiramente absorvido pela técnica, seduzido pelas novas possibilidades e caminhos torna-se cego às repercussões negativas resultantes do seu trabalho?

O intento, agora, é analisar criticamente a aplicabilidade daqueles conceitos no âmbito do mercado, cujo modo de produção e reprodução é o capitalista, e onde, apesar de “abstrato e perverso: o capital é (ou aparece como) condição a priori absoluta do cumprimento do fim ético (a felicidade)”.³⁴⁵

Nas palavras de Eduardo de Oliveira LEITE, “o ser humano – pessoa ou coletividade – se tornou objeto de manipulação e passou a ser, a partir de agora, projeto, e não mais somente sujeito de direito”.³⁴⁶

A crise estabelecida no campo científico do Direito originada pelo avanço da biotecnologia contemporânea, incapaz de governar os problemas surgidos nesta área, representa também um “estouro dos limites” da moral ocidental e das Teorias do conhecimento.³⁴⁷ O problema atual diz respeito ao enfrentamento da questão da perda das fronteiras genéticas.

Para isso é que se propõe analisar, a seguir, duas das mais fortes correntes éticas existentes na atualidade. A primeira delas – a ser exposta na primeira seção – é preconizada por Hugo Tristram ENGELHARDT Jr., expoente da cultura americana e Peter SINGER, australiano, personificadores da Ética da Liberdade e plena Autonomia da Vontade do sujeito. Já a segunda corrente, a ser tratada na segunda seção, de origem germânica e recomendada por Hans JONAS, defende a necessidade de adoção de uma Ética da Responsabilidade.

Apesar de serem estruturadas em imperativos categóricos distintos – uma prima pelos fins e outra, por meios e fins responsáveis –, as duas correntes operam simultaneamente na realidade posta.

³⁴⁴ DUSSEL, Enrique *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*, p 93, 107

³⁴⁵ DUSSEL, E *Obra citada*, p 112

³⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira *O direito, a ciência e as leis bioéticas*. In LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, p 104

SEÇÃO I. A ÉTICA DA LIBERDADE DA AUTONOMIA DA VONTADE

Essa ética é reflexo da teoria contratualista de HOBBS (*Leviatã*, 1651) aprimorada mais tarde por LOCKE (*Segundo tratado sobre o governo*, 1690) e ROUSSEAU (*O contrato social*, 1762), seus sucessores. De sua leitura depreende-se que do vínculo jurídico estabelecido pelo “contrato social” restam visivelmente excluídos todos os seres não dotados de plena capacidade de raciocínio, assunção de responsabilidades por seus próprios atos, bem como aptos a responder perante a sociedade pelos resultados de suas ações e deliberações.³⁴⁸ Nesse contexto, pois, “nem os animais, nem as crianças, nem os senis, nem os portadores de lesões graves que impedem o uso das faculdades da razão, nem os seres organizados para realizar outras formas de vida, são considerados membros contratantes de qualquer decisão tomada pelos seres dotados de razão”.³⁴⁹ Relega-se a estes seres, com “balizamento legal”, posição de uma vida à margem da sociedade, num espaço “ajurídico”, onde não há o que se falar de lesão.

Adotando esse argumento, KANT já frisava a dualidade existente entre as expressões *ser humano* – cuja natureza biológica tem na humanidade seu ponto de partida – e *pessoa humana* – que tem necessidade de autoconsciência para poder exercer sua autonomia moral.³⁵⁰ Na concepção kantiana, não só a necessidade de consciência moral como também a possibilidade de responder por seus atos constituíam premissas essenciais para deferimento ao indivíduo singular da qualidade de “pessoa”.³⁵¹ No entanto, essa mesma teoria transportada para a contemporaneidade na sua forma pura pode significar o massacre de inúmeras vidas humanas sob o simulacro de uma pretensa “legalidade”.

Talvez sejam Hugo Tristram ENGELHARDT (EUA) e Peter SINGER (Austrália) os nomes que atualmente representem de forma mais genuína a expressão dessa ética. Com bases visivelmente influenciadas pelo “etnocentrismo pragmático” e “relativismo cultural” propugnado por A. MACINTYRE, Hilary PUTNAM e Richard RORTY – que consideram a ética uma “virtude” limitada a regras

³⁴⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, p. 79.

³⁴⁸ FELIPE, Sônia T. Bioética e Direitos Humanos, à luz da igual consideração de Interesses (SINGER) e da Reciprocidade (RAWLS). In: SILVA, Reinaldo Pereira e, LAPA, Fernanda Brandão (Org.) *Bioética e direitos humanos*, p. 63.

³⁴⁹ FELIPE, Sônia T. *Idem*, *ibidem*.

³⁵⁰ Conforme p. 70 *supra*.

imediatas e particulares, negando-lhe categoricamente qualquer pretensão de universalidade³⁵² – ENGELHARDT e SINGER trasladaram para o âmbito específico das biotecnologias as teorias sobre a rejeição a princípios éticos universais.

O filósofo representante da cultura americana utiliza-se de bases evidentemente kantianas ao trabalhar questões emergentes da biotecnologia contemporânea. Para o autor, nem todas as pessoas são necessariamente seres humanos, da mesma forma que nem todos os seres humanos são pessoas. Para **ser uma pessoa**, segundo sua concepção, **é necessário que o indivíduo tenha poder de permissão (possa permitir algo)**; as **pessoas em sentido estrito** são aqueles **agentes morais** que podem ser responsabilizados por suas ações, ou seja, “os bebês, os severamente senis, os deficientes mentais, (...) os zigotos, embriões e fetos não são pessoas, no sentido de serem agentes morais”.³⁵³

O início da vida biológica humana não coincide com o início de uma pessoa (agente moral). A condição moral dos zigotos, fetos e até mesmo os bebês é problemática para a moral secular, pois sua vida cerebral “difere” da dos agentes morais autoconscientes³⁵⁴, neste caso, muito mais elevada.³⁵⁵

Se o funcionamento do córtex cerebral garante o funcionamento das dimensões mentais racionais do homem, no momento em que essas propriedades sofrerem supressão ou inexistirem, esvaece-se a personalidade humana, restando tão somente um “ser humano” mas já não mais uma “pessoa”.

Quanto aos embriões e fetos, o filósofo não hesita em atribuir-lhes a condição de “coisas” apropriáveis e descartáveis pelos particulares que os tenham produzido, à exceção de quando resultarem do empreendimento de grupos ou cooperativas, caso em que seu domínio pertenceria a estes. Afirmar ENGELHARDT:

A menos que os procriadores tenham transferido seus direitos a outros, eles têm o dever moral secular de abortar o feto, mesmo se outros

³⁵¹ BARRETO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética. In BARBOZA, H.H., MEIRELLES, J.M.L.; BARRETO, V.P. (Org.) *Novos temas de biodireito e bioética*, p. 237

³⁵² RORTY assevera que os critérios valorativos são por demais variáveis traduzindo especificidades cívicas, históricas, regionais e temporais, ou seja, manifestamente vinculados a “condicionamentos de uma tradição cultural concreta” (WOLKMER, A.C. *Pluralismo jurídico*, p. 234-235)

³⁵³ ENGELHARDT, Hugo Tristram *Fundamentos da bioética*, p. 289, 310

³⁵⁴ ENGELHARDT chega a afirmar que, independentemente da espécie de vida mental presente nos fetos e bebês ela é de qualquer forma inferior à condição moral dos mamíferos adultos (ENGELHARDT, H.T. *Idem*, p. 308)

³⁵⁵ O autor justifica que a atenção dada aos senis explica-se por conta da situação de agentes morais que eles um dia foram. Já no caso dos embriões, fetos e bebês, sequer se sabe ainda quem eles efetivamente serão. Não existe responsabilidade moral para com eles ou então ela depende daqueles que já são agentes morais (ENGELHARDT, H.T. *Obra citada*, p. 308-9)

pretendem de boa vontade adotar a criança vindoura. (...) Além do próprio corpo, os espermatozóides, o óvulo, **os zigotos e os fetos que uma pessoa produz são (...) primordialmente sua propriedade.** São extensões e fruto do seu próprio corpo. **São seus para deles dispor.** (...) O sentido de direito aqui chama atenção para a falta de autoridade de outros para impor sua vontade sobre essas escolhas particulares. (grifos nossos)

Em outras palavras, os embriões, enquanto coisas, poderiam perfeitamente figurar como objetos contratuais e, nessa qualidade, serem exigidos judicialmente. É assim que o autor se refere, por exemplo, à possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional para prevenir que uma “mãe de aluguel” aborte o feto que concordou, por pacto, em levar a termo.³⁵⁶ Nesse particular, o mais impressionante é que o objeto juridicamente defensável não é a vida humana nascente, mas, sim, o adimplemento de um contrato que tenha por objeto essa vida!

Na lógica utilizada pelo filósofo, a qualidade de ser “pessoa” exige a realização de quatro pressupostos indispensáveis: a autoconsciência, a racionalidade, o senso moral e a liberdade. Como os embriões e fetos não os têm, não são pessoas. Até mesmo a potencialidade de pessoa é refutada por ENGELHARDT quando sentencia: “se X é um Y em potencial, segue-se que X não é Y. Se os fetos são pessoas potenciais, conclui-se claramente que os fetos não são pessoas. Em conseqüência, X não tem os direitos atuais de Y, mas somente, potencialmente tem os direitos de Y. Se os fetos são somente pessoas em potencial, eles não têm os direitos das pessoas”.³⁵⁷

A forma como o autor distingue a pessoa humana dos “meros seres humanos” configura a base de sustentação da bioética contemporânea para aqueles que visam à continuidade indiscriminada das pesquisas científicas.³⁵⁸ Nesse discurso, sublimar o respeito à pessoa humana no início do seu estágio de desenvolvimento, estágio este que, não por mera coincidência, tem-se refletido como o mais promissor em potencial produtivo na área da pesquisa, é essencial

³⁵⁶ ENGELHARDT, H T. Obra citada, p. 311

³⁵⁷ ENGELHARDT, H T. *The Foundations of Bioethics*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 142. Citado por BARRETO, Vicente de Paulo Barreto, op. cit. p. 242

³⁵⁸ Os Institutos Nacionais de Saúde americanos (NIH), apesar de terem criado regras sobre a realização de experiências com seres humanos para pesquisas realizadas com subsídios e incentivos federais, deixaram totalmente a descoberto o campo das manipulações realizadas por indústrias de biotecnologia privada, seu setor mais explorado, rentável e competitivo. Só as empresas americanas de biotecnologia gastam US\$ 10 bilhões anuais em pesquisas e empregam 150 mil pessoas (FUKUYAMA, Francis. O fim da natureza humana e não humana. Disponível em <http://www.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u6893.shtml>. Acesso em: 04 jan 2003)

para driblar as barreiras éticas e promover o estímulo incondicional a toda sorte de manipulações.

Peter SINGER é outro autor que, defendendo um ética voltada à prática, afirma que não basta pertencerem à espécie humana (*homo sapiens*) para embriões, fetos e crianças serem considerados seres humanos “em sentido relevante”.³⁵⁹ SINGER os exclui da “comunidade moral” atribuindo-se o direito de considerar moralmente justificável a utilização de tecidos embrionários e fetais para finalidades terapêuticas, bem como a sujeição de adultos senis e indivíduos portadores de patologias e deficiências mentais em experimentos em prol do avanço científico.

Para Miguel REALE, a aceitação do monismo científico, cuja pretensão é a redução de tudo às leis das ciências físicas, corresponde a um dos mais graves erros que se possa cometer, pois implica a alienação do homem às coisas. E salienta: “Aqui se põe o problema do próprio homem. FICHTE disse muito bem que, antes de se saber que Filosofia se tem, é preciso saber que tipo de homem se é. Há os que nascem para se modelarem segundo coisas, como há os que existem para modelar as coisas segundo o homem”.³⁶⁰

Na lógica defendida pela ética da liberdade da autonomia da vontade, de cunho conseqüencialista,³⁶¹ admite-se a máxima “o fim justifica os meios”, com tudo sendo permitido no campo das pesquisas e manipulações científicas de embriões, desde que racionais sejam a decisão e o fim a ser alcançado.

O problema que se levanta nesse norte diz respeito ao conceito de “racionalidade”. HABERMAS, ao reportar Max WEBER como pioneiro na introdução do conceito, informa que sua criação serviu para definir a forma da atividade econômica capitalista que busca com a “racionalização” a ampliação das esferas sociais, submetendo-as aos critérios da decisão racional – em prol da industrialização, da urbanização das formas de existência, da tecnificação do tráfego

³⁵⁹ Para o autor, o abortamento realizado antes de o embrião completar dezoito semanas é “moralmente neutro” e ainda que seja um abortamento tardio, sua justificativa também seria moral se o “seu resultado fosse a salvação de uma criança com um distúrbio no seu sistema imunológico, ou a cura da doença de Alzheimer num adulto” (SINGER, Peter. [Practical ethics]. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo Martins Fontes, 1993, pp 11 e 22, citado por SILVA, Reinaldo Pereira e *Introdução ao biodireito...* p. 120-1). Na Austrália, o sSenado australiano (pelas suas Casas mais baixas, a House of Representatives) em 26/09/2002, aprovou proposta de lei a ser encaminhada para final sanção, que permite a utilização de embriões humanos em pesquisas científicas (ABC – Austrália News *Human embryo bill passed by House of Reps*. Disponível em http://www.abc.net.au/news/australia/2002/09/item2002092517228_1.htm Acesso em 26 set 2002)

³⁶⁰ REALE, Miguel, Obra citada, p 270

³⁶¹ SILVA, Reinaldo Pereira e Obra citada, p 119

e da comunicação.³⁶² Referindo-se à filosofia de MARCUSE, enuncia que esta racionalidade

só se refere à correta eleição entre estratégias, à adequada utilização de tecnologias e à pertinente instauração de sistemas (em situações ‘dadas’ para fins ‘estabelecidos’), ela subtrai o entrelaçamento social global de interesses em que se elegem estratégias, se utilizam tecnologias e se instauram sistemas, a uma reflexão e reconstrução racionais. (...) [E] estende-se, além disso, apenas às situações de emprego possível da técnica e exige, por isso, um tipo de ação que implica dominação quer sobre a natureza ou sobre a sociedade.³⁶³
(grifos nossos)

O problema, pois, da utilização da racionalidade (como otimização) dos meios (técnicas) para consecução dos fins (lucro) pretendidos pela sociedade capitalista industrial é precisamente a legitimação da instrumentalização do homem em prol dos interesses da biotecnologia. E essa “legitimação” procura sua justificação no discurso pela “crescente produtividade e [do] crescente domínio da natureza [como aptos a proporcionar] aos indivíduos uma vida mais confortável”,³⁶⁴ alienando, assim, a sociedade quanto à dominação exercida pelo capitalismo moderno.

Não restam dúvidas, pois, que a lógica sustentada por ENGELHARDT e SINGER reveste-se de um cunho eminentemente utilitarista, feito sob encomenda a um mercado capitalista ávido por investimentos. Não importam os meios, importam os fins, importa o lucro. Celebre-se essa causa! Mas, a que preço? Será este o legado que se pretende deixar para as gerações futuras? Como elas absorverão os resultados de tais experimentações? Estará a humanidade preparada para resolver estes impactos? Certamente que não, de forma que não se pode eximir esta geração da responsabilidade pelos atos que deflagrar. Seu compromisso, isso sim, é limitá-los!

Do contrário, conceber-se que no âmbito científico tudo é lícito e possível importa ratificar o retorno à instauração dos mesmos atentados cometidos no período nazista contra a espécie humana, tão abjetamente lembrados e cujo repúdio

³⁶² HABERMAS, Jürgen *Técnica e ciência como “ideologia”*, p 45

³⁶³ O autor atenta, ainda, para o fato de MARCUSE, já nos idos de 1956, ter alertado para o curioso fato de que nas sociedades capitalistas industriais avançadas, a dominação tender à perda do seu caráter explorador e opressor para tornar-se “racional” (HABERMAS, J Obra citada, p 46)

³⁶⁴ HABERMAS, J Idem, p 49

serviu de fundamento na luta pela conquista dos tão propalados direitos humanos.

Nunca é demais lembrar que também naquela época os homens prestavam-se ao avanço da ciência!

SEÇÃO II. A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE

Para uma abertura da reflexão em termos de ética da responsabilidade é preciso levar em consideração a alteridade, apanágio da idéia que se tem de justiça.

Na leitura de Emanuel LÉVINAS, a alteridade é vista como personificação do outro no lugar do ser, de forma que o outro não possa ser visualizado como um objeto para um sujeito: "... tudo começa pelo direito do outro e por sua obrigação infinita a este respeito. O humano está acima das forças humanas".³⁶⁵ DESCAMPS adverte que a fórmula proposta por LÉVINAS inverte a proposta kantiana do imperativo categórico³⁶⁶, que impõe ao indivíduo o dever de agir frente ao outro como gostaria de ser tratado (devendo esta ser uma norma universal), ao estabelecer que é a descoberta do outro que impõe a conduta adequada. Assim, cada um é constantemente confrontado com um próximo. Não sou "eu" continuamente considerado frente ao "outro", mas, sim, os "outros" frente a "mim".

A proposta de LÉVINAS contraria a visão autonomista individual enviando-a a uma percepção de "contingente social", deixando de ter sentido a máxima "A minha liberdade termina onde a liberdade dos outros começa", e assentando-se na idéia de que o meu livre-arbítrio é garantido pelo livre-arbítrio dos outros.

A contrariedade existente entre as concepções éticas de KANT e LÉVINAS está em que, numa relação interpessoal ou social, cada qual parte de um pólo diametralmente oposto ao outro na construção de sua teoria acerca da alteridade. Se, no primeiro caso, assume-se uma visão mais individualista, no segundo, o enfoque é mais direcionado ao aspecto social.

³⁶⁵ In DESCAMPS, Christian. *As idéias filosóficas contemporâneas na França* São Paulo Jorge Zahar, 1981, p 85, citado por. GOLDIM, José Roberto "Alteridade" Disponível em <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/alterid.htm> Acesso em 14 abr 2003

³⁶⁶ Este termo foi criado por KANT no seu livro *Fundamentação da metafísica dos costumes*, escrito em 1785 e segundo José Roberto GOLDIM pode ser entendido como uma analogia ao termo bíblico "Mandamento" GOLDIM, José Roberto Imperativo Categórico Disponível em <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/impercat.htm> Acesso em 14 abr 2003

Entende-se, não obstante, que o paradoxo é meramente aparente. No confronto e aplicação – diante do caso concreto – das duas teorias, ter-se-ia como resultado a possibilidade de visualização de um espaço onde fosse possível o estabelecimento de um “meio-termo”. Por outro lado, diante do caso concreto, nada impediria que se assumisse um contorno mais “social” em determinados contingentes e mais “individual” em outros. É que, apesar do comprometimento de LÉVINAS com o elemento empatia, de certa forma, também a ótica individual de KANT merece ser sopesada. E a equidade daí resultante também integra o ideal de justiça.

No que respeita ao tema dos embriões *in vitro* e sua livre manipulação por cientistas que não medem esforços na conquista de novas descobertas, o raciocínio que se desenvolve volta-se à importância do desenvolvimento de fórmulas que imponham uma limitação ao seu livre exercício sempre que a ciência implicar o domínio do fim ético pela “técnica”, campo regado pela economia de mercado e, portanto, financeiramente mais atrativo, passível de negação daquela.

Além do peso da contribuição de Emanuel LÉVINAS na questão da ética responsável, faz-se necessária a análise da teoria de Hans JONAS, discípulo das teorias preconizadas por Karl-Otto APEL, e Jürgen HABERMAS (expoentes da cultura européia contemporânea), na construção do aporte teórico deste trabalho.

Consciente de que a ética da modernidade precisa ser confrontada com um avanço de racionalização da vida, que, por sua vez, acaba fragmentando o “*mundo da vida e da cultura*” em dois níveis: “de um lado, normas e orientações cada vez mais sofisticadas para a ação humana no campo instrumental e técnico. De outro, as normas e valores éticos da ação humana vão se generalizando cada vez mais até o ponto de sua diluição ou extinção completa (...)”,³⁶⁷ HABERMAS trabalha um novo conceito de razão (não mais a instrumental), a razão dialógica, baseada num entendimento comunicativo entre atores lingüisticamente competentes e que busque, fundamentalmente, obtemperar as considerações do “eu” individual em face da autonomia das identidades coletivas.³⁶⁸

Na mesma linha, APEL define o princípio de uma moral fundamental, a qual denomina “ética da responsabilidade”, que consiste numa ética dialógica que se

³⁶⁷ HABERMAS, Jürgen *Trazão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro Tempo Brasileiro, 1989, p 41, citado por WOLKMER, Antônio Carlos *Pluralismo jurídico*, p 234

³⁶⁸ WOLKMER, A C *Obra citada*, p 236

articula por meio da interação social, mediação que torna possível as “condições de existência da Comunidade ideal com Comunidade real”.³⁶⁹

JONAS transporta essas preocupações para a área da biomedicina. A par do perigo representado pelo caráter dinâmico e progressivo da técnica moderna, ele a vê como um monstro capaz de ameaçar, com sua superioridade, o próprio criador, lançando, assim, o motivo pelo qual toda atuação humana nessa área não pode prescindir da contemplação de um juízo de valoração moral.³⁷⁰

A doutrina joniana³⁷¹ estriba-se na consideração simultânea de três elementos: *a virtude da cautela e da moderação na ação*, *o pensar hipotético* (que seria uma “futurologia comparada”, consistente na capacidade de uma projeção hipotética da situação atual para o futuro de forma a analisar as possíveis relações entre causa e efeito que a prática de uma técnica no estado presente poderia implicar a título de conseqüências no futuro, principalmente em caso de extrapolação)³⁷² e *o pensar nas conseqüências*. De sua apreciação resulta a **heurística do temor**, meio através do qual se visa adquirir uma maior consciência do perigo, agindo de acordo com uma ética da responsabilidade. Para que isso ocorra, é necessário que se rompa com esse antropocentrismo individualista insurgente para fazer ressurgir a separação entre potência, poder e ação.

A máxima joniana, presente em seu imperativo ecológico, prevê: “Aja de tal modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica na Terra”.³⁷³ Assim, se é lícito arriscar a própria vida, não é lícito arriscar a vida da humanidade, de sorte que o *mandamento* apela não à concordância para o ato consigo mesmo, mas, sim, à aceitação dos seus efeitos com a continuidade da atividade humana futura.³⁷⁴

Diante dos riscos potenciais derivados da utilização indiscriminada das

³⁶⁹ APEL aposta na consideração de que os homens devem ser parceiros em direitos e deveres. A convivência humana depende dessa “*metanorma, enquanto princípio da racionalidade discursiva, capaz de tornar possível a condição do pluralismo valorativo do mundo moderno*”. A ética da “responsabilidade” ou do “diálogo” depende do acordo entre os atores sociais acerca das “conseqüências das normas que se há de aceitar” (APEL, Karl-Otto *Estudios éticos*. Barcelona: Alfa, 1986, p. 93-100, _____ *La transformación de la filosofía*. Madrid: Taurus, 1985, v. 2, p. 341-413, citado por WOLKMER, A. C. *Idem*, p. 237)

³⁷⁰ JONAS, Hans *Técnica, medicina y ética*, p. 33

³⁷¹ JONAS, H. *El Principio de responsabilidad*, p. 16

³⁷² Neste sentido elucida o autor: “Este saber real e eventual (todavia teórico) referente à esfera fática se interpõe entre o saber ideal da doutrina dos princípios éticos e o saber prático referente à aplicação política, o qual só pode operar com esta projeção hipotética sobre o que pode esperar-se, seja para promovê-lo, como para evitá-lo” (JONAS, H. *Obra citada*, p. 64)

³⁷³ JONAS, H. *Idem*, p. 40

³⁷⁴ JONAS, H. *Idem*, p. 41

articula por meio da interação social, mediação que torna possível as “condições de existência da Comunidade ideal com Comunidade real”.³⁶⁹

JONAS transporta essas preocupações para a área da biomedicina. A par do perigo representado pelo caráter dinâmico e progressivo da técnica moderna, ele a vê como um monstro capaz de ameaçar, com sua superioridade, o próprio criador, lançando, assim, o motivo pelo qual toda atuação humana nessa área não pode prescindir da contemplação de um juízo de valoração moral.³⁷⁰

A doutrina joniana³⁷¹ estriba-se na consideração simultânea de três elementos: *a virtude da cautela e da moderação na ação, o pensar hipotético* (que seria uma “futurologia comparada”, consistente na capacidade de uma projeção hipotética da situação atual para o futuro de forma a analisar as possíveis relações entre causa e efeito que a prática de uma técnica no estado presente poderia implicar a título de conseqüências no futuro, principalmente em caso de extrapolação)³⁷² e *o pensar nas conseqüências*. De sua apreciação resulta a **heurística do temor**, meio através do qual se visa adquirir uma maior consciência do perigo, agindo de acordo com uma ética da responsabilidade. Para que isso ocorra, é necessário que se rompa com esse antropocentrismo individualista insurgente para fazer ressurgir a separação entre potência, poder e ação.

A máxima joniana, presente em seu imperativo ecológico, prevê: “Aja de tal modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica na Terra”.³⁷³ Assim, se é lícito arriscar a própria vida, não é lícito arriscar a vida da humanidade, de sorte que o *mandamento* apela não à concordância para o ato consigo mesmo, mas, sim, à aceitação dos seus efeitos com a continuidade da atividade humana futura.³⁷⁴

Diante dos riscos potenciais derivados da utilização indiscriminada das

³⁶⁹ APEL aposta na consideração de que os homens devem ser parceiros em direitos e deveres. A convivência humana depende dessa “*metanorma, enquanto princípio da racionalidade discursiva, capaz de tornar possível a condição do pluralismo valorativo do mundo moderno*”. A ética da “responsabilidade” ou do “diálogo” depende do acordo entre os atores sociais acerca das “conseqüências das normas que se há de aceitar” (APEL, Karl-Otto *Estudios éticos*. Barcelona: Alfa, 1986, p. 93-100, _____ *La transformación de la filosofía*. Madrid: Taurus, 1985, v. 2, p. 341-413, citado por WOLKMER, A. C. *Idem*, p. 237)

³⁷⁰ JONAS, Hans *Técnica, medicina y ética*, p. 33

³⁷¹ JONAS, H. *El Principio de responsabilidad*, p. 16

³⁷² Neste sentido elucida o autor: “Este saber real e eventual (todavia teórico) referente à esfera fática se interpõe entre o saber ideal da doutrina dos princípios éticos e o saber prático referente à aplicação política, o qual só pode operar com esta projeção hipotética sobre o que pode esperar-se, seja para promovê-lo, como para evitá-lo” (JONAS, H. *Obra citada*, p. 64)

³⁷³ JONAS, H. *Idem*, p. 40

³⁷⁴ JONAS, H. *Idem*, p. 41

biotecnologias, a ação humana sobre a natureza está a demandar a consideração de uma nova ética, de responsabilidade mais ampla. Esta, por sua vez, exige uma nova classe de humildade – não ligada, como antes, à nossa insignificância, mas, sim, à excessiva magnitude do nosso poder –, fundada em nossa ignorância das conseqüências últimas, razão suficiente para uma moderação autoconsciente do nosso agir.

E não por acaso pondera com propriedade o autor que, em face do dinamismo acumulativo dos desenvolvimentos técnicos, estes, uma vez iniciados, acabarão, brevemente, arrebatados de nosso poder, convertendo-se em lei a sua continuação. Ao nos apropriarmos de nossa própria evolução, assumimos o risco pela acumulação da sua conseqüência, que, em breve, fugirá do nosso controle movida por impulso próprio. Ou seja, se somos livres para dar o primeiro passo, do segundo e dos seguintes nos tornamos escravos, daí a necessidade de a vigilância operar-se nos “começos”.³⁷⁵ E na engenharia biológica não existe modelo de substituição; a experimentação é o verdadeiro ato³⁷⁶ carregando consigo as conseqüências do seu sucesso ou insucesso, e transmitindo-as às gerações futuras.

A ética da responsabilidade jonianiana parece abarcar a totalidade das questões científicas emergentes na contemporaneidade. Se não oferece uma solução única (e nem poderia), acena com a fórmula a ser aplicada aos casos concretos, serve de guia para a elaboração de normas e, pela consideração do “princípio de responsabilidade” como cláusula geral,³⁷⁷ possibilita, ainda, a sua aplicação a um sem-número de concreções, atenuando os riscos de lacuna inerentes ao positivismo casuístico.

Sabe-se que um consenso em torno da matéria é difícil, mas não se pode deixar de elaborar – através do diálogo interdisciplinar –, com urgência, normas que

³⁷⁵ JONAS, H. *Idem*, p. 73.

³⁷⁶ JONAS, H. *Técnica, medicina y ética*, p. 77.

³⁷⁷ Termo preenche de significações e como modalidade normativa permite, através da interpretação equitativa, obtemperar as inevitáveis imperfeições ou lacunas de um ordenamento casuístico, possibilitando sua adequação aos casos concretos vivenciados no cotidiano da vida de relação, e, ao mesmo tempo, permitir a constante atualização do complexo legislativo em face da inexorabilidade evolutiva da vida social. As cláusulas gerais remetem o intérprete para valorações objetivamente válidas, residindo seu verdadeiro significado no domínio da técnica legislativa. Sua generalidade possibilita a sujeição de um vasto grupo de situações, de modo a ilacunar e possibilitar o ajustamento a uma conseqüência jurídica. Para ENGISH, sua utilização evitaria o risco a que o casuismo está permanentemente exposto, de apenas dominar a matéria jurídica de maneira provisória e fragmentária (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 233). Isso não equivale, necessariamente, a dizer que a cláusula geral é excludente necessária do método casuístico de elaboração da norma. Há casos em que ambos poderão até se complementar, tomando-se o método casuístico explicativo como auxiliar no processo de interpretação da cláusula geral.

limitem o avanço indiscriminado da ciência.

E em se tratando de salvaguardar aquilo que já se possui, é imperioso restaurar-se a tese de que, para cada uma das ações particulares, não é lícito colocar-se em jogo o interesse dos homens futuros. E o homem deve sempre ser sempre considerado como a “sede do fim”.³⁷⁸

A experimentação em seres humanos está destinada a ocupar o lugar da experiência natural. Se esta, não obstante, do ponto de vista médico afigura-se a mais legítima, do ponto de vista psicológico, é a mais dúbia e, do ponto de vista biológico, ainda por vir, é a mais perigosa.³⁷⁹

Assim também é indefensável qualquer espécie de apologia à técnica da clonagem de seres humanos pelo seu fim, que vai desde um capricho perverso, passando pelo utilitarismo e pelo fanatismo científico, até a multiplicação da excelência da espécie humana.³⁸⁰

O filósofo e autor esboça claramente sua preocupação com as gerações futuras, e esta deveria ser a premissa fundamental defensável por todos neste novo milênio. A defesa de um agir com responsabilidade em tudo o que concerne à qualidade da vida humana na Terra previne o cometimento de atentados não só às gerações futuras como garante às presentes a impraticabilidade de projetos que visem solapar os direitos e garantias humanas fundamentais constantes nas cartas políticas.

³⁷⁸ JONAS, H *El Principio de responsabilidad*, p. 108

³⁷⁹ JONAS, H Técnica e Responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da ética. In *Ética, medicina e técnica*. Lisboa Veja Passagens, 1994, p 117, Citado por RAYMUNDO, Márcia Mocellin in Seminários sobre a obra de Hans Jonas Reflexões filosóficas sobre a experimentação com seres humanos Disponível em <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/jonasII.htm> Acesso em 16 jan 2003

CAPÍTULO VIII. A HETERONOMIA E AUTONOMIA ÉTICA EXISTENTE NO DIREITO

Como vimos, o direito estatal ocidental justifica suas relações de poder na doutrina do “contrato social”,³⁸¹ preconizada por HOBBS e sucessivamente incrementada por LOCKE e ROUSSEAU. Este último explica o surgimento gradativo da sociedade organizada numa trajetória que passou pelos seguintes momentos: estado caótico da natureza (guerra de todos contra todos) → contrato social → estado de sociedade.³⁸²

Nessa nova ordem, a lei representa o mecanismo pelo qual a expressão da vontade geral se expressa e, enquanto reflexo da soberania popular, é considerada inalienável, indivisível, infalível e absoluta.³⁸³ A lei tem, ainda, como característica essencial a generalidade tanto no que respeita à sua origem (contrato social) como ao seu próprio objeto (pois reflete o interesse da totalidade dos indivíduos e as ações em abstrato).³⁸⁴ É assim que à Teoria do Estado as noções de “soberania popular” e “generalidade” estão associadas de forma perene e indissolúvel.

O Direito é sempre heterônimo, indicando de forma generalizada as circunstâncias em que o homem estará necessariamente implicado nele, independentemente de sua vontade. É que esta, por sua vez, presume-se inserta na vontade anônima dos costumes ou na vontade institucionalizada dos órgãos estatais, que, em nível de consenso, representam a vontade geral da sociedade da qual ele próprio faz parte.³⁸⁵

A pretensão de universalidade da norma legal – baseada na sua heteronomia – como paradigma necessário à implementação da justiça substancial

³⁸⁰ JONAS, H *Técnica, medicina y ética*, p 88-92

³⁸¹ Vínculo jurídico calcado no direito privado cuja origem remonta ao contrato de fundação da sociedade. Esta, enquanto resultado de um consenso firmado entre os membros do Estado, previa que os mesmos se submetiam às ordens de um poder soberano, e este, em troca, tutelaria os direitos particulares, além de ficar responsável pela manutenção da paz, da ordem e da prosperidade dos governados

³⁸² Referida mudança, para ROUSSEAU, teria derivado de uma concordância oriunda de cada esfera da sociedade singularmente considerada que, ao renunciar à própria vontade, optava por submeter-se a uma “suprema direção da vontade geral”, ou seja, da comunidade enquanto um todo. Estabelecia-se, assim, um círculo virtuoso pelo qual o indivíduo era simultaneamente soberano, enquanto participante da vontade geral, e súdito, enquanto submetido a essa vontade, independentemente da sua posição pessoal (MARIOTTI, Alexandre *Justificação e Limites do Poder do Estado* Área Doutrinária. Teoria do Estado **Revista UniSíntese** Direito em CD-ROM, s.d)

³⁸³ MARIOTTI, A *Idem*, *ibidem*

³⁸⁴ E “nunca um homem como indivíduo nem suas ações em particular” (MARIOTTI, A *Idem*, *ibidem*)

³⁸⁵ REALE, Miguel *Obra citada*, p 662

tem revelado, não obstante, antinomias quando cotejada dentro das circunstâncias implementadas pelo estilo de vida social contemporâneo.

Não obstante, a pretensa “soberania popular” da norma jurídica tem não raro colidido com a autonomia individual, de base moral, cuja oposição segue abalizada pelos direitos humanos fundamentais previstos nas Cartas políticas modernas. Isso se explica porque tanto a ética quanto a moral são autônomas e constituem regras postas ou reconhecidas pelo próprio indivíduo.

No âmbito das novas tecnologias reprodutivas, o Direito tem se demonstrado insuficiente tanto na atuação preventiva de contenção à satisfação indiscriminada dos desejos de consumo oferecidos por essa indústria como no oferecimento de respostas às situações atualmente resultantes dela. Às reivindicações particulares, ostentando a bandeira dos direitos e garantias fundamentais inscritos nas cartas políticas, contrapõem-se as infaustas conseqüências aos interesses (ainda que a longo prazo) das gerações que virão.

Desse embate não há como não depreender que a humanidade parece estar retornando ao antropocentrismo, fase que se julgava já superada, juntamente com o individualismo renascentista³⁸⁶ que deu início à Idade Moderna. No embate da técnica com o avanço das biotecnologias reprodutivas está-se diante desse dissenso. A heteronomia da lei já não é mais suficiente para persuadir a ordem imposta pelos particulares, que lhe opõem o direito de exercício de sua autonomia ética. Se a lei é heterônoma, a ética é autônoma. E a convivência destas últimas, no Direito, tem se revelado difícil.

E assim que, por exemplo, pode-se deparar tanto com a ética defendida por ENGELHARDT e SINGER, como, em outra margem, com a ética da responsabilidade preconizada por JONAS. Qual delas seguir, principalmente quando a lei, criadora de figuras jurídicas abstratas, não fornece um caminho claro? Talvez uma resposta simples bastasse para responder a esse questionamento: depende de que lado do interesse se está.

Quando o tema concerne ao reconhecimento do início vital a partir da

³⁸⁶ O período renascentista caracteriza-se por marcar o início de uma mudança cultural, a sociedade se abre para um novo mundo de valores, onde o homem se coloca no centro do universo e passa a indagar a origem de tudo aquilo que o cerca. Sujeitando a origem de tudo a verificações de ordem racional, não mais aceita explicações de ordem transcendental (características do Medievo). Segundo REALE, “não recebe do alto qualquer explicação, porque sujeita tudo a uma verificação de ordem racional, dando valor essencial ao problema da origem do conhecimento, a uma fundamentação segundo verdades evidente [] Só a Razão, como denominador comum do

concepção, para os exploradores e investidores da indústria biotecnológica – médica, farmacológica e militar – interessa a defesa da ética da liberdade da autonomia da vontade, ao passo que, para uma parcela social mais consciente – não engajada diretamente aos interesses políticos, econômicos e financeiros – é na ética da responsabilidade que repousa o consenso quanto ao rumo a ser tomado.

SEÇÃO I. DO PLURALISMO ÉTICO AO MONISMO JURÍDICO

Pela variabilidade material (de conteúdo) das correntes éticas expostas neste trabalho (no capítulo anterior), vê-se como é possível à comunidade científica, num campo quase ilimitado de atuação, aplicar a ética que lhe convir. Existe fundamentação ética tanto para aquela parcela da comunidade científica que se considera co-responsável pelos desdobramentos da ciência, opondo-se, portanto, à pesquisa e aplicação incontida dos seus meios, como para aquela cuja consideração aos meios se dá tão somente no que respeita à sua otimização na conquista do fim (mais importante) almejado. Para ambas existe uma fundamentação ética, independentemente do fato de partirem de ordens de atuação radicalmente opostas. Para qualquer proposta de novas experiências há um princípio ético que as legitima. E esse é um motivo para grande preocupação.

Não obstante a pluralidade de manifestações éticas, em terreno paralelo, no campo das regras legais, a realidade experimentada é completamente diferente. Essas regras, no sistema do “contrato social” são tidas como resultado de um consenso geral, que, a partir da vivência social, resulta respaldado na norma. Esta seria sua fonte mais legítima, embora não única.

O problema é que, em se tratando de temas referentes à biotecnologia, suas experiências e descobertas, as pesquisas, o armazenamento, a manipulação, o descarte de vidas humanas, etc., a sociedade ainda não se posicionou. A velocidade com que se processam as informações no meio científico é inversamente proporcional àquela que se promove no seio das comunidades. Não seria demais supor que, caso se fizesse uma pesquisa aleatória perguntando a passantes nas ruas qual sua opinião acerca da “viabilização legal das manipulações genéticas, se elas deveriam ou não ser permitidas”, possivelmente, aqui no Brasil, mais de 80%

humano, parecerá manancial de conhecimentos claros e distintos, capazes de orientar melhor a espécie humana,

dos entrevistados não saberia externar uma opinião com conhecimento de causa. E não é só porque a sociedade em geral ainda não absorveu o assunto, como também, e principalmente, por não ser amplamente divulgado na mídia. Não é conveniente para a comunidade científica, militar e farmacêutica, iniciar um debate geral e, muito menos, de âmbito mundial. Há muitos “interese\$\$e\$” em jogo.

De sorte que, resumindo, a resposta da sociedade em geral limita-se ao desconhecimento ou, então, à reação de estupefação. E o Direito, em conseqüência, demonstra toda sua insuficiência. Moldado para ser um sistema de caráter razoavelmente inflexível, para garantir sua perenidade no tempo, não contempla respostas às novas necessidades emergentes, porque tampouco ele absorveu o significado de tantas mudanças. Ainda fortemente influenciado pelo monismo jurídico, projeto da modernidade burguês-capitalista, ele resiste.

§ 1 – A origem do monismo jurídico

O monismo jurídico (XVII-XX) é um fenômeno que explica o arquétipo moderno de concentração do poder nas mãos do Estado e serviu, em momento oportuno, à classe burguesa mercantil em sua trajetória pela superação do sistema feudal – que mantinha nas mãos do clero e da nobreza (castas detentoras do poder) os meios de produção – e implantação no Ocidente de um novo regime econômico: o capitalismo. Este regime, baseado em regras ordenadas, genéricas, abstratas e racionalizadas ditadas pelo legislador estatal, buscou disciplinar “com segurança e coerência, questões do comércio, da propriedade privada, da herança, dos contratos, etc.”³⁸⁷

O diferencial dessa nova ordem deu-se sob o argumento da necessidade de construção de um Estado alicerçado no “contrato social”.³⁸⁸ Asseverando que a sociedade e o Estado se originam de um contrato social, a ideologia burguesa precisou garantir que todos os homens nascem livres e iguais, embora a natureza os faça desiguais economicamente.³⁸⁹

Assim é que a Revolução Francesa (século XVIII), ao impor o

que quer decidir por si de seu destino”(REALE, Miguel. Obra citada, p 644-5)

³⁸⁷ WOLKMER, Antônio Carlos *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, p 41

³⁸⁸ O termo era oriundo da idéia romana genuína de “contrato”, que pressupunha a liberdade e igualdade das partes numa relação obrigacional

³⁸⁹ Ela necessitava da idéia de trabalhador livre O salário, por sua vez, só era considerado legítimo quando resultante de um contrato de trabalho entre iguais e livres (CHAUÍ, Marilena Idem, ibidem)

reconhecimento de direitos humanos, buscou através da implantação do sistema legalista positivista, fixar normas que legitimassem os interesses da burguesia ascendente.³⁹⁰ Assim, o discurso formalista da igualdade, da liberdade e da fraternidade de todos os cidadãos serviu para validar a queda do antigo regime e a respectiva ascensão de um novo, pois o “modo de produção capitalista supõe, como condição do seu funcionamento, a ‘atomização’, quer dizer, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres, [o que no plano jurídico corresponde à instituição] (d)os sujeitos de direito”.³⁹¹

Nesse momento, surgiram conceitos como os de “pessoa”, “sujeito de direito”, “personalidade”, “capacidade”, “negócio jurídico”, “direitos personalíssimos”, etc., como importantes legitimadores de um sistema incentivador de relações de troca tanto comerciais como interindividuais, agora impulsionadas pelo incremento do setor trabalhista industrial e, portanto, necessárias ao sucesso das leis de mercado. Declara WOLKMER; “O positivismo não só se torna a verdadeira ciência das sociedades industriais avançadas, como também acaba convertendo-se numa conduta e numa forma de vida em que os valores essenciais são: a competição, a materialidade, a ordem, a segurança, o progresso, a liberdade e o pragmatismo utilitário”.³⁹²

A ordem normativa instaurada visava a um Direito nacional unificado, representado por regras positivas casuísticas, cuja interpretação não podia afastar-se da lógica do sistema, proporcionando, assim, verdadeira “segurança jurídica” àqueles submetidos ao poder do Estado. Ademais, a ênfase dada ao positivismo, reduzindo todas as situações empíricas da vida às categorias previstas nas estruturas legais vigentes, afastava de plano toda e qualquer interpretação metafísica (característicos dos períodos anteriores). Enquanto expressão do formalismo dogmático positivista, lembra WOLKMER, o monismo é “o fruto da sociedade burguesa já formada, ou, pelo menos, da sociedade em que a burguesia já reforçou suficientemente as suas posições econômicas e políticas”.³⁹³

Entretanto, a abertura dos mercados proporcionada pelo fenômeno mundial da globalização vem tentando derrubar o monismo jurídico, pondo em xeque o dogmatismo que lhe é inerente, ao promover o questionamento acerca de

³⁹⁰ Neste sentido CHAUÍ, Marilena *Convite à filosofia*, p 420, WOLKMER, A C *Pluralismo jurídico*, p 45

³⁹¹ MIAILLE, Michel *Obra citada*, p 110-111

³⁹² WOLKMER, A C. *Idem*, p 59

³⁹³ WOLKMER, A C *Obra citada*, p 48

sua legitimidade. Em defesa do seu contrário, o pluralismo social alega que aquele não mais condiz com as necessidades deflagradas pela atual era do consumo.³⁹⁴ Apesar de todo o esforço que vem sendo empregado nesse sentido, também é verdade que o monismo continua resistindo heroicamente, ou, nas palavras de WOLKMER: “a despeito do declínio desta concepção jurídica do mundo, a variante estatal normativista resiste à qualquer tentativa de perder sua hegemonia, persistindo, dogmaticamente, na rígida estrutura lógico-formal de múltiplas formas institucionalizadas”.³⁹⁵

§ 2 – A crise das categorias clássicas

O Estado, fonte do Direito no Ocidente, que entende cumprir sua função à medida que edita normas pretensamente universais e generalizantes, tem, não obstante, enfrentado o dilema de uma sociedade em crise, invadida por contradições. A crise aqui se dá no específico sentido de “noção que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não sabe dar respostas eficazes”,³⁹⁶ havendo uma disfunção ou exaurimento do modelo clássico até então aceito e tradicionalmente vigente.

Os avanços tecnológicos têm sido a principal causa deste desajuste normativo, na medida em que levam o legislador a deparar-se com lacunas no sistema sempre que confrontado com as novas realidades e conseqüências decorrentes do uso do aparato técnico no contexto de um mercado econômico cada vez mais globalizado.³⁹⁷ E um dos efeitos da globalização é exatamente este: a capacidade, em tempo real, de disseminação em âmbito mundial de uma qualquer situação isolada e particular.

Defrontando-se com os resultados emergentes da sociedade de consumo, a generalidade pretendida pela fonte estatal, antes revestida de consensualidade e

³⁹⁴ “Chega-se () ao esgotamento do paradigma de legalidade que sustentou, por mais de três séculos, a modernidade burguês-capitalista” (WOLKMER, A C Idem, p 52)

³⁹⁵ WOLKMER, A C Idem, p 52

³⁹⁶ FARIA, José Eduardo *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo Edusp, 1988, p 20, citado por WOLKMER, A C Idem, p 63

³⁹⁷ Para José Eduardo FARIA, o fenômeno da globalização enfraquece o poder dos Estados, provocando desconcentração, fragmentação e internacionalização, resumindo, enfraquecendo o controle estatal (FARIA, José Eduardo *O direito na economia globalizada*. São Paulo Malheiros, 1999, p 13, citado por PEREIRA, Marcos

justiça, passa a ser contida, espelha timidez e não mais oferece soluções compatíveis com os anseios sociais. Nesta sociedade, os indivíduos não mais se identificam com a heteronomia legal preconizada pelo “contrato social” e passam a demandar a priorização do atendimento às suas necessidades pessoais. Os sujeitos do contrato social, em nome de sua autonomia ética, desafiam a ordem posta e inauguram uma nova fase, calcada na centralização do “eu” individual e na crença de que os novos caminhos abertos pela biotecnociência lhes proporcionarão não só a satisfação pessoal como também (a ilusão da) sua inclusão no mercado econômico desenvolvimentista de consumo.

Um exemplo dessa crise ocorre com as categorias jurídicas “pessoa” e “coisa”. Esses termos surgiram num particular momento: o da afirmação do contrato social no Direito ocidental moderno, quando se estabeleceu a necessária diferenciação entre o “homem” (ser divino) e a natureza (tudo aquilo do que podia se apropriar o homem).³⁹⁸ A passos largos na história, já em 1776, com a Declaração de Direitos da Virgínia e, em 1789, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, buscou-se atribuir idêntica significação aos termos pessoa (enquanto sujeito de direito) e “ser humano”. Ampla doutrina refutou tal reflexo defendendo ser a pessoa uma qualidade do ser humano, um conceito operacional necessário a atribuir-lhe capacidade para figurar nos pólos ativo ou passivo das relações jurídicas.

Até meados do século XX não se vislumbrava a possibilidade da separação do corpo e das suas partes sem que isso implicasse o perecimento de um ou de outro. Então, as primeiras mudanças, celebradas como conquista, ocorreram no âmbito dos direitos autorais, onde, pela nova doutrina da propriedade as criações intelectuais passaram a ser reconhecidas como emanações destacáveis do sujeito, passíveis de apreciação econômica e sujeitas à lei de mercado, sem que isso importasse na negação de sua dignidade. E a palavra “coisa” passou a designar uma das espécies do gênero “bem”, que, embora pertencente ao “aspecto interno da pessoa”, também poderia demandar tutela de forma autônoma no âmbito jurídico.

Assim, para os bens resultantes das materializações da criatividade atribuiu-se o peculiar caráter de coisa material ou patrimonial, passível de alienação

Roberto A possibilidade e a necessidade de resgate da perspectiva ético-científica, p 196-213 In LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org) *Biodireito*. Ciência da vida, os novos desafios, p 204)

³⁹⁸ REALE, Miguel Obra citada, p 645

sem diminuição do valor da pessoa, mantendo-se a criatividade propriamente dita (enquanto qualidade intrínseca ao sujeito) no plano do bem de caráter extrapatrimonial, este, sim, pertencente à esfera jurídica da pessoa, não sendo, portanto, transferível. E os “direitos de personalidade vão resultar, pois, dessas tentativas de manutenção da unidade conceitual da pessoa mediante sua distinção jurídica das coisas”.³⁹⁹

À medida que as relações sociais vão se aprimorando, novas figuras, institutos e categorias jurídicas vão sendo incorporados à ciência do direito, via processo legislativo. A edição crescente, no Brasil, de novos microssistemas a gravitar em torno dos códigos, fez com que estes passassem a prever apenas “normas gerais”.⁴⁰⁰ Ao par disso, o Direito convive ainda com um verdadeiro arsenal legislativo em crescente produção. São leis especiais, ordinárias, medidas provisórias, decretos e regulamentos que contribuem para tornar ainda mais difícil a dominação do seu conhecimento.⁴⁰¹

O problema surge quando a produção legal em face da demanda social foge do controle do legislador. É que “a proliferação de leis representa uma dessacralização, já que, ao serem abundantes, adquirem as normas um caráter instrumental que as desvaloriza”.⁴⁰²

Na contemporaneidade, avanços tecnológicos denunciam a insustentabilidade dessas categorias clássicas ao mesmo tempo em que devolvem à interpretação sua função basilar.

SEÇÃO II. O PLURALISMO ÉTICO NO CONTEXTO NORMATIVO JURÍDICO

No modelo de produção capitalista, a sociedade sofre a exploração econômica pela classe burguesa, que, além de ser economicamente dominante, também detém o poder político. Esse poder é representado pelo Estado, que,

³⁹⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena et al (Org.) *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*, p. 68

⁴⁰⁰ Só para constar, veja-se o exemplo no âmbito civil para os indivíduos consumidores o Estado editou o Código que regulamente as relações de consumo, para os que comerciam, o Código Comercial, para os que trabalham, a consolidação trabalhista, etc

⁴⁰¹ Ensina LORENZETTI com propriedade “Algumas leis se contradizem entre si [] Leis cuja vigência se ignora, outras que perdem a eficácia, outras que se desconhecem, outras modificadas por decretos e todas elas criando um sistema difícil de interpretar” (LORENZETTI, Ricardo Luís *Fundamentos do direito privado*, p. 57)

através de um ordenamento jurídico positivo, reduz todo o Direito às leis emanadas por ele, inaugurando a era da “dogmática jurídica positivista” ou do “legalismo centralizado”.⁴⁰³

Esse sistema normativo calcado no sistema contratualista tem enfrentado, como se viu, em face do pluralismo emergente do contexto social, uma de suas maiores crises. Enquanto representante de uma elite econômica em defesa do livre mercado, não tem respondido de forma consentânea a um imenso universo de excluídos que vivem às suas margens. Para isso, sua ideologia não é visível, mas, sim, ocultada pelo “dogmatismo jurídico oficializado”.⁴⁰⁴ Para WOLKMER,⁴⁰⁵ a continuidade do “capitalismo monopolista avançado” concebido pelas nações do Primeiro Mundo, além de só a elas ser interessante, contém um “pluralismo de teor conservador”, que “interessa ser defendido e propagado pelos blocos hegemônicos centrais, pois a liberalização, privatização e livre mercado, em contextos periféricos dominados por elites selvagens e egocêntricas (que estão a serviço do capital internacional), é o sintoma trágico do desajuste, do conflito globalizado e da crise permanente.”

É importante, pois, que se supere esse paradigma, substituindo-o por um pluralismo maduro e comprometido com bases éticas calcadas no princípio da responsabilidade.

Para se ter uma idéia de como as regras jurídicas podem conter éticas conflitantes, remete-se à questão da vida humana, contextualizada de forma distinta nas legislações infraconstitucionais, perante a Constituição Federal e em relação aos tratados internacionais por ela ratificados.

No âmbito das manipulações científicas decorrentes das fertilizações *in vitro*, o operador do direito é obrigado a reportar-se às bases constitucionais do Direito Civil, buscando na Carta Política (hierarquicamente superior) a defesa da plenitude do conceito “vida”, pois que, em sede do diploma civil pátrio, a extensão dessa definição não mais se coaduna com a evolução deflagrada na área científica.⁴⁰⁶ Quando se trata da questão do conceito humano, vê-se que o Código

⁴⁰² LORENZETTI, R L. Obra citada, p. 57

⁴⁰³ WOLKMER, A C. Obra citada, p. 46

⁴⁰⁴ A expressão é de CAMPILONGO (In: CAMPILONGO, Celso Fernandes *Direito e democracia*, p. 48)

⁴⁰⁵ WOLKMER, A C. Obra citada, p. 68

⁴⁰⁶ No mesmo sentido assevera LORENZETTI “O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais”(LORENZETTI, Ricardo Luis *Fundamentos do direito privado*, p. 45)

Civil não oferece respostas a uma das questões mais fundamentais: a de quando começa a vida humana. Pelo contrário, muitos autores prendem-se a convencionalismos jurídicos que consideram o ser “pessoa” enquanto inserido no contexto do mercado.

De qualquer forma, ainda que essa categoria jurídica tenha surgido numa especial fase em que o modelo capitalista mercadológico se implantou e quando, em nome do contrato social, a primazia dos princípios da autonomia privada e da ampla liberdade de contratar servia para visualizar os atores sociais como transatores em potencial, não se pode olvidar que, nesta mesma fase, a ingerência na vida particular dos indivíduos também era veementemente repudiada. Isso porque nesse sistema – do contrato social (próprio da sociedade ocidental) – vigia, como axioma, a máxima proteção da esfera individual. De sorte que, por evocação da defesa do interesse próprio, este sistema, igualmente, não justificaria o sacrifício individual, conquanto em prol da sociedade.⁴⁰⁷

Portanto, mesmo trabalhando com as categorias jurídicas clássicas já mencionadas – formuladas para o fim comercial e da propriedade privada –, ainda assim não se está autorizado a tratar pessoas humanas na ante-sala da vida (laboratório) como passíveis de sofrer ataques ou incursões que modifiquem seu patrimônio genético, estendendo conseqüências às gerações vindouras.

As atuais possibilidades de agressão humana abertas pelas engenharias de reprodução só encontram paralelo nas atrocidades perpetradas – e mundialmente repudiadas – pelo regime nazista. Decorrentes do avanço científico insensato e sem sufrágio consciente por parte da humanidade, os abusos contra a vida humana nascente fazem aflorar nas mentes mais conscientes, tristes lembranças dos flagelos cometidos outrora contra a espécie humana.

Tentar, não obstante, legitimar esses atos pela leitura das categorias clássicas implica perverter o genuíno sentido da norma, em defesa do estabelecimento da razão instrumental⁴⁰⁸ inerente ao ideal burguês,⁴⁰⁹ que vê na

⁴⁰⁷ Neste sentido Hans JONAS é novamente elucidativo “[] o conceito do chamado ‘contrato social’ não inclui o sacrifício unilateral. Esta ficção da teoria política, que parte do primado do indivíduo, fundamenta tais limitações à liberdade pessoal, necessárias para a existência da comunidade, que existe em prol do benefício do indivíduo [.] Mas no marco conceitual do contrato social uma revogação total do interesse próprio, e portanto o puro sacrifício está fora dele. **Nas condições hipotéticas do contrato por si só, não pode me ser exigido morrer pelo bem comum.**” (grifos nossos) (JONAS, H. *Técnica, medicina y ética*, (tradução nossa) p. 82)

⁴⁰⁸ A razão instrumental surge quando o homem (sujeito do conhecimento) decide que o seu conhecimento depende do domínio, controle e exploração da Natureza e dos seres humanos (CHAUÍ, Marilena, *Convite à Filosofia*, p. 283)

aplicação do cientificismo sem fronteiras a razão de ser de todo desenvolvimento. A figurar como exemplo que apóia esta ideologia está a Inglaterra, que se mantém firmemente insubmissa aos apelos da comunidade internacional no que diz respeito à proibição da clonagem humana. Para os anglo-saxões, a liberdade da pesquisa chega a assumir posição de princípio fundamental, capaz, por si só, de justificar e legitimar quaisquer atos científicos perpetrados em seu território perante a sociedade.⁴¹⁰

Por isso é que, neste trabalho, defende-se a utilização de fontes como os princípios gerais do direito constitucional, os tratados (comprometidos com o consenso da comunidade internacional) e convenções que reúnam representação de diferentes segmentos sociais em diálogo com as nações do mundo inteiro a respeito das propostas e conseqüências a serem desencadeados no âmbito da pesquisa científica. Nesse contexto secular e pluralista em que se vive, defende Eduardo de Oliveira LEITE,⁴¹¹ não é mais possível permitir que sejam relegadas ao plano individual as decisões acerca do “bem” e do “mal” que as novas conquistas com implicação no campo da bioética provocam. É necessário um diálogo interdisciplinar com a participação da opinião pública através, exemplifica o autor, de organismos pluridisciplinares de orientação e decisão.

Conter o avanço indiscriminado da ciência implica impedir que se instaure na Terra a era do cientificismo mecanicista, que reduz a vida humana a instrumento em mãos de corporações industriais totalmente desvinculadas da ética. Essas só consideram as leis de mercado como principais balizadores de seus projetos (investimentos). E é certo que a sociedade deve engajar-se e participar da discussão, não podendo mais ficar alheia ou à mercê de notícias quanto aos resultados perseguidos e/ou conquistados pelos cientistas.

O Direito precisa interferir nesse meio de forma a impor ou adequar novos valores. Precisa coibir a liberdade absoluta concedida à comunidade científica, sob pena de, num brevíssimo futuro, confrontar-se com conseqüências danosas irreversíveis (oriundas de seus projetos) e, para as quais, certamente essa mesma ciência já não possa oferecer uma solução.

⁴⁰⁹ Neste sentido ver. WOLKMER, A C Obra citada, p 47.

⁴¹⁰ LEITE, E.O. O direito a ciência e as leis bioéticas, p 98-119 In: LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org) *Biodireito*,..., p 105, nota de rodapé n ° 14

⁴¹¹ LEITE, E O Idem, p 106

CAPÍTULO IX. O CIENTIFICISMO E A ILUSÃO DA NEUTRALIDADE CIENTÍFICA

Têm-se convivido nos últimos tempos com uma ciência prodigiosa em descobertas desenvolvimentistas. Desde a Revolução Industrial, todas as áreas do conhecimento humano já foram influenciadas por ela. Embora inúmeros convencionalismos dela oriundos já tenham sido naturalizados e absorvidos pela sociedade, sua concepção, na Antigüidade, é muito discrepante desta com que se convive em tempos atuais. De fato, ao ser analisada no tempo presente, percebemos que esta ciência que se nos apresenta como pura tecnologia antigamente comportava uma dupla e bem nítida divisão: ciência e técnica.

A primeira, de caráter teórico e contemplativo, não interferia na realidade concreta das coisas, pertencia aos filósofos (indivíduos pertencentes às castas nobres) e cientistas encerrados em seus pequenos laboratórios domésticos⁴¹² – donde, vez que outra, anunciavam à sociedade uma nova descoberta –, ao passo que a segunda (técnica) era praticamente nula nesse contexto, pois relegada ao campo de atuação do trabalho escravo, continha pouca ou nenhuma peculiaridade além do modo manual ou artesanal de execução⁴¹³.

Já, na ciência moderna, com a ascensão da burguesia e a mudança do modelo de produção do mercado para o incentivo ao acúmulo de capital, a ordem de agir do *homo faber* – que manipula a natureza de forma a dela obter bens que não lhe oferece espontaneamente – é que passou a ter importância. Nesta sociedade (séculos XVI-XVII), pensadores como Galileu GALILEI e Francis BACON introduziram uma nova concepção de ciência, pensada a partir de uma interação com a técnica, considerando esta como corolário necessário e imprescindível daquela, aliando a teoria à prática, apesar dos diferentes níveis de adiantamento entre uma e outra. O instrumento principal dessa fase era a força de trabalho (assalariado), que, a partir da Revolução Industrial (século XVIII), constituiu-se em base propulsora do crescimento econômico em todo o mundo.

⁴¹² Esses laboratórios, mantidos com recursos próprios ou de subsídios provenientes da nobreza e da burguesia abastadas, cujo interesse repousava quase que exclusivamente na fama que alguma descoberta pudesse lhes render, enquanto patrocinadores ou colaboradores do seu resultado

⁴¹³ A técnica não fazia insurgir sua relevância porque, nesse contexto social, os agentes da produção eram os escravos, considerados “extensões do senhor” ou seus subordinados. Como o produto obtido era totalmente destinado ao dono da terra ou senhor, não o aproveitando respectivos agentes, ciência e técnica eram conceitos que terminavam por se confundir como qualidades em um mesmo sujeito

E a contemporaneidade ou pós-modernidade, como preferem alguns, vivencia hoje uma realidade ainda diferente, pois que, com o avanço tecnológico desenvolvimentista, o capitalismo transformou o **conhecimento** (trabalho imaterial) no verdadeiro **instrumento de trabalho da nova era**.⁴¹⁴

Os cientistas trabalham coletivamente, em equipes, encerrados em grandes laboratórios financiados por um sistema conhecido por “complexo industrial militar”, que abrange ora Estado, ora empresas privadas e ora ambos. A competição interna entre equipes é fomentada pela imediatidade de resultados (demandados pela indústria), coroando-se o êxito de seus membros com a ascensão profissional.

Nessa sociedade do conhecimento, o progresso técnico e científico logrou conquistar o *status* de fonte independente de mais-valia, fazendo com que a produção calcada na força de trabalho dos produtores imediatos perdesse cada vez mais em importância. Ela agora cede espaço às novas descobertas, que, uma vez registradas e patenteadas, geram lucros estratosféricos aos seus investidores. Esse fenômeno foi batizado por Lucién SÈVE de “tecnociência” e consiste “[na] técnica, com toda a sua carga econômica, penetrando a ciência para assumir a direção das operações”.⁴¹⁵

O perigo já deflagrado pela tecnociência em meio a uma sociedade como a nossa (ocidental) – marcadamente capitalista e regida pelo mercado de consumo – reside no fato de que sua livre implantação importa na naturalização do ideal cientificista. O **cientificismo** é a fé infundada de que a ciência, de fato, domina o porquê de todas as coisas, os nexos causais da lei da realidade e que, não obstante, o faz em virtude de prerrogativas de poder e dever que lhe são inerentes.⁴¹⁶ Nesse contexto, o enfoque é direcionado apenas aos resultados (sempre prodigiosos) e à capacidade do “controle do pensamento humano”.⁴¹⁷ As conquistas nessa área atribuem ao profissional envolvido a renomada “competência científica” – estigma valorativo ambicionado pela sua estreita ligação com o sucesso – a ser conquistada sob acirrada batalha concorrencial.

⁴¹⁴ Nesta sociedade, o conhecimento propiciou a substituição, por exemplo, da força de trabalho humana pela robotizada. Se antes era necessária a crescente absorção de pessoas no mercado de mão-de-obra e de consumo, hoje a tecnologia robotizada permite-lhe prescindir substancialmente deste requisito ao conferir à ciência “precisão e controle dos resultados, aplicação prática e interdisciplinaridade”. A partir da segunda metade do século XX delineou-se nova divisão social na organização industrial do trabalho, implicando separação entre dirigentes (portadores dos conhecimentos científicos e tecnológicos detentores do poder de mando) e executantes (autômatos cumpridores de ordens) do trabalho (CHAUÍ, Marilena. Obra citada, p. 279, 435)

⁴¹⁵ SÈVE, L. *Para uma crítica da razão bioética*, p. 240

⁴¹⁶ CHAUÍ, M. Obra citada, p. 280

É grande a disparidade existente entre a ciência de ontem e a de hoje. Na contemporaneidade, não há como olvidar que ela passou, definitivamente, a utilizar a imagem ideológica para “consolidar a da neutralidade científica, dissimulando a verdadeira origem e objetivo da maioria das pesquisas, destinadas a controlar a Natureza e a sociedade segundo interesses de grupos que controlam os financiamentos dos laboratórios”.⁴¹⁸

Por conta da pressão das empresas patrocinadoras, o cientista hoje precisa administrar sua pesquisa de modo a voltar-se aos resultados que dela pretende obter. Ele delimita seu campo de atuação pela escolha do objeto a ser estudado e tendo em vista um determinado objetivo pretendido. Da otimização dos meios depende o resultado da experiência, o respaldo social do seu trabalho e a conseqüente conquista de sua “competência” no meio científico e perante o mercado investidor.⁴¹⁹

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar como a comunidade científica vem desenvolvendo e aprimorando suas técnicas no campo da procriação artificial. Dessa leitura depreende-se que, muito embora o discurso utilizado para convencer acerca dos prodígios que a engenharia humana voltada à genética tem proporcionado seja exatamente a realização de projetos parentais a quem a natureza inicialmente privou esta capacidade, por detrás desses argumentos existem, na verdade, planos muito mais audaciosos e comprometedores das noções mais fundamentais de dignidade humana.

É que a ciência médica ultrapassou já, em muito, os limites necessários à configuração daquele fim. Este, na verdade, constituiu-se oportunamente no pórtico de acesso a um universo muito maior de expectativas e interesses que a comunidade científica mantinha encoberto. No momento em que passou a dominar o conhecimento da gênese, das funções e dos processos reprodutivos, abriram-se caminhos em direção a um universo muito maior a ser explorado: o genoma humano. Os cientistas passaram a desenvolver estudos e pesquisas voltados ao aperfeiçoamento da sua espécie. Afinal, no anseio pelo novo, a curiosidade era cruel: por que não ajudar a natureza na conquista da perfeição do espécime

⁴¹⁷ CHAUI, M. Idem, p. 282

⁴¹⁸ CHAUI, Marilena *Convite à filosofia*, p. 280

⁴¹⁹ Neste sentido preleciona Hans JONAS “Falaremos então que não só os limites entre teoria e prática tornaram-se imprecisos, como ambos fundiram-se entre si no mais íntimo da investigação, de forma *que a antiga*

humano?

Experiências sobre a escolha do sexo do bebê visando “abolir” ou “contornar” a repetição de patologias ligadas por hereditariedade genética em crianças do sexo masculino (hemofilia) ou feminino também serviram de pretexto para que logo se desse início às práticas corriqueiras do livre exercício da opção sexual da prole pelos casais que se interessavam ou se encontravam diretamente envolvidos nos procedimentos. Nos Estados Unidos disseminaram-se os bancos de gametas oferecendo preços, qualidades excepcionais e condições especiais aos adquirentes dos seus “produtos”.

Se a ciência de ontem afirmava-se sobre o ideal do conhecimento desinteressado, na atualidade, esta mesma ciência revestida de caráter utilitarista afirma que seu valor está na aplicabilidade prática ao maior número e “onde os conhecimentos são procurados para resolver problemas práticos.”⁴²⁰ Não interessa que esses problemas se traduzam em meras conveniências, afinal, não é a “felicidade a um maior número” o *slogan* do ideal burguês-capitalista?

Na confluência desses interesses está a ideologia cientificista, que consiste na crença de que ciência e técnica estão unidas desinteressadamente, de que a ciência seria “neutra”.

Jacques TESTART, que veio ao Brasil participar do Fórum Social Mundial realizado em janeiro de 2001 na cidade de Porto Alegre, alertou que, atualmente, “não é possível fazer ciência independente. Hoje não existe mais a ciência, mas algo que se deve denominar de ‘tecnociência’, porque toda pesquisa é uma experimentação permanente, alimentada pelo mercado e pela mistificação do progresso”.⁴²¹ (grifo nosso)

A questão, a saber, é de que forma a sociedade tem podido responder a tais impactos, bem como até que ponto seriam eles revestidos do caráter benéfico e desinteressado propalado pela indústria da biotecnologia ao invés de consistirem verdadeiras imposições oriundas de interesses de grupos, que – atuando como força legitimadora na consciência de uma massa despolitizada e despreparada – tentam a todo custo “normalizar” sua absorção para a respectiva inserção no mercado.

e honorável restrição da ‘teoria pura’ [contemplativa], e com ela a imunidade moral que permitia, já não existe” (JONAS, H. *Técnica, medicina y ética*, p. 68)

⁴²⁰ CHAUI, M. *Idem*, p. 280

⁴²¹ GRINBAUM, R. Para biólogo francês busca pelo novo transpõe ética. In: Folha de São Paulo/Folha Brasil Disponível em <http://www.uol.com.br/fsp/brasil/fc2801200143.htm> Acesso 28 jan 2001

Lucién S VE   incisivo ao asseverar que

muito para além das motiva es pessoais   todo um sistema institucional que está em causa, toda uma concorrência internacional, toda uma lógica de mercado, com o progresso como bandeira e o lucro como piloto – ao qual corresponde uma rede de ‘biolobbies’, que rivalizam para convencerem tanto os decisores públicos como os investidores privados.⁴²² (grifos nossos)

E complementa: “onde estão elas, no meio de tudo isto, as ‘virtudes do laboratório’, a ‘ tica do conhecimento’? Exalta-se a objetividade científica”. O autor nos conclama a tomar uma atitude: “comecemos então por reconhecer, com toda a objetividade, aquilo que atualmente faz correr a ciência, em lugar e em vez das congratula es morais convencionais sobre a nobreza da curiosidade desinteressada e a iminente dignidade do saber puro”.⁴²³(grifos nossos)

Negar essa realidade significa assentir com um estado de aliena o que, mais cedo ou mais tarde, se reverter  contra a própria sociedade e onde o preço a ser pago poderá ser alto demais.

SE O I. AS LEIS CIENTÍFICAS E O NORMATIVISMO JURÍDICO

KUHN⁴²⁴ cunhou a expressão “revolu o científica” para nomear os est dios de ruptura epistemol gica⁴²⁵ vivenciados pela humanidade, decorrentes do aperfei amento do aparato tecnológico. Essas rupturas, além de implicarem a cria o de novas teorias, modelos de conhecimento ou paradigmas científicos que mudaram o curso da história, significaram marcos que refletiram novas visões do mundo pela sociedade. Sem prejuízo das facilidades inauguradas em várias áreas do conhecimento (saúde, energia, transporte, educa o, energia, comunica o,...), este “novo mundo” incita também, e fundamentalmente, a exigência natural de um posicionamento ético por parte do corpo social frente às realidades adjacentes que lhe são impostas.

⁴²² S VE, Lucién Obra citada, p 236

⁴²³ S VE, L Idem, ibidem

⁴²⁴ CHAUÍ, Marilena Obra citada, p 258

⁴²⁵ A autora lembra que a palavra *epistemologia*   resultado da composi o de dois termos gregos *episteme*, que significa ciência, e *logia*, (*logos*), que significa *conhecimento*. Assim sendo, *epistemologia*   o conhecimento filosófico sobre as ciências (CHAUÍ, M Idem, p 257)

O que, entretanto, comumente ocorre é que toda a perplexidade e receio inicialmente instaurados pelos novos modelos de conhecimento acabam por diluir-se paulatinamente no contingente social, sendo, em pouco tempo, por ele absorvidos como resultado de uma aparente “normalidade”. Dir-se-ia que temos uma especial propensão de se acostumar com o novo.⁴²⁶ Para tanto, o discurso capitalista de que se faz parte de uma “sociedade em constante evolução e aperfeiçoamento”⁴²⁷ revela-se fundamental.

Assim é que a ciência “normaliza” o extraordinário, fazendo-o parecer conseqüência lógica da evolução dos tempos. Tempos estes, não se olvide, nas quais as demandas do mercado de consumo representam o gatilho e o estopim de cada nova ruptura. Os meios de comunicação incitam a que se com suma o que é novidade como melhoria, instigando a que se deixe de lado o juízo crítico e se “respire os ares do progresso”!

Na área das procriações artificiais, a aplicação do conhecimento científico voltado à manipulação da reprodução humana trouxe a lume inusitadas novas realidades para as quais o aporte jurídico-legal do Direito tem se revelado completamente despreparado. Questões como as mães doadoras e vendedoras de úteros, gravidezes programadas em terceiros por mera conveniência, contribuição genética de indivíduos exteriores ao casal envolvido no procedimento de fertilização *in vitro*, gestação delegada a familiares (irmãs, mães e avós), escolha de características de bebês por catálogos, doação e comércio de embriões, pesquisas em seres humanos embrionários, descarte de embriões humanos, fertilizações após a morte do cônjuge, clonagem, terapia gênica e outros, deslocam o eixo natural de vários institutos jurídicos, gerando uma crise generalizada, que vai desde a determinação do início vital humano, passando pelos conceitos de filiação,

⁴²⁶ Ou como diria Jacques TESTART “Somos preparados para a produtividade cega de necessidades mesquinhas nas quais o desejo se dilui, o sentido se perde, o ser se normaliza”(TESTART, J *O ovo transparente*, p 94).

⁴²⁷ Marilena CHAUI discorda desta idéia que tenta vincular as mudanças científicas à necessária indicação de evolução e progresso dos conhecimentos humanos à medida que a filosofia das ciências compreendeu que “as elaborações científicas e os ideais de cientificidade são diferentes e descontínuos”. A descontinuidade e a diferença temporal entre as teorias científicas são conseqüência das diferentes maneiras de conhecer e construir os objetos científicos, de elaborar os métodos e inventar tecnologias. A expressão *ruptura epistemológica* foi criada por Gaston BACHELARD para esclarecer essa descontinuidade no conhecimento científico (CHAUI, M *Idem*, *ibidem*). No mesmo sentido, Hans JONAS, ao tratar das técnicas de manipulação genética mediante operações microbiológicas, declara que neste campo a biologia molecular não progrediu nas técnicas anteriormente utilizadas, ou seja, abrindo uma nova dimensão ao controle humano para poder fazer melhor certas coisas e mais eficazmente, ou ainda, fazê-las em melhor quantidade ou com menos trabalho, mas, sim, de utilizar

paternidade e maternidade biológica, relações de parentesco e direito sucessório.

A soma de todas essas razões, não obstante, em nada altera ou detém a progressão do ramo biotecnológico, que, com todo um arsenal de convencimento social – de investimento pesado na indústria da propaganda e do marketing –, visa, audaciosamente, a adequação do Direito às novas realidades por ele originadas.⁴²⁸

Na ânsia prepotente de desejo pelo “melhor dos mundos”, defende Jean Louis TOURAINE: “Depois de amanhã, estou seguro disso, o desenvolvimento fetal poderá desenvolver-se *in vitro*, numa espécie de chocadeira artificial particular, desde sua origem até seu termo. [...] Haverá parto sem gravidez. E não há qualquer dúvida de que, quando estiver desenvolvido, este método terá tendência para se generalizar. [...] Nada poderá opor-se eficazmente a esta progressão.”⁴²⁹

Como se essa racionalidade, revestida da melhor das técnicas, fosse suficiente para justificar tamanha incongruência! Nesse sentido, também se poderia afirmar que, por razões de conveniência, verdadeiros berçários deveriam tornar-se disponíveis para que os pais já não tivessem mais de comprometer-se com o cuidado e acompanhamento do desenvolvimento de seus filhos *in útero*, afinal, esta maneira revelar-se-ia por demais desgastante, ultrapassada. A mãe poderia visitar seu filho “em gestação” nas “chocadeiras artificiais”, nas horas que lhe fossem mais convenientes. Mas e quanto às interações emocionais materno-fetais e paternas tão importantes no desenvolvimento do feto durante a gestação? Bem,... seriam simplesmente concepções pertencentes a um passado retrógrado!

É esta a tarefa do cientificismo: transformar-se em lei da sociedade, atribuindo ao Direito a tarefa de adequar-se a ele, ou seja, inverte-se a ordem dos fatores.

A inexistência de normatização acerca de temas como o do início da vida humana e o do destino a ser dado aos embriões excedentes revela-se especialmente conveniente ao ideal cientificista, pois permite à indústria biotecnológica explorar e levar a cabo projetos de pesquisa e experimentação de forma indiscriminada e (aparentemente) “legítima”. E é aqui que se deflagra uma

métodos de abordagem completamente diferentes na busca de resultados previsíveis, mas não garantidos (JONAS, H *Idem*, p 176-177)

⁴²⁸ É Jacques TESTART quem, ironizando de forma inteligente essa crescente tendência à naturalização do artificial, declara que no futuro apenas os ecologistas irão se reproduzir pela maneira tradicional (TESTART, J *Idem*, na orelha do seu livro)

⁴²⁹ TOURAINE, Jean-Louis *Hors de la bulle*, Flammarion, 1985, p 226-228, citado por SÈVE, Lucien *Idem*, p 238

contradição ainda mais bizarra: ao mesmo tempo em que procura fazer prevalecer o ideal do progresso em detrimento do Direito perante a sociedade, o cientificismo precisa validar a importância deste último como mecanismo legitimador de suas ações. E enquanto o Direito não prevê normas de contenção à manipulação de seres humanos, o discurso tecnocientífico apóia-se nesse espaço “ajurídico” para desenvolver-se.

No entanto, a realidade já confirma que a sociedade só está disposta a absorver aquilo que, oriundo do campo científico, se demonstre vantajoso a ela, excluindo, portanto, do seu leque de interesses a assunção de quaisquer possíveis danos e prejuízos dele decorrentes. É assim que hoje já se tem notícia, principalmente nos Estados Unidos, de ações judiciais de reparação civil condenando médicos por conta de danos oriundos do seu procedimento. São os “casos de vida errada” (*wrongful life cases*) ocasionadas por erro médico. Dentre as espécies de ação judicial que compreendem, estão o processo de dano de vida por erro – em que a própria criança processa por ter nascido em circunstâncias prejudiciais – e o processo de dano de nascimento por erro – em que os pais processam porque foram prejudicados pela falha na esterilização e agora precisam criar uma criança normal ou defeituosa.⁴³⁰

Não cabe à ciência do direito adequar-se às contingências do meio científico, pois que se está tratando de áreas completamente distintas: uma é estável no tempo, tendendo a perenizar-se, ao passo que a outra é dinâmica e etérea.

E é aí que repousa o perigo a atual civilização enfrenta: essa tendência à normalização da vida pela ciência, à naturalização do artificial. Até que ponto não se está sendo levado à alienação de identidades individuais enquanto se permanece imerso nesse aparente mundo das “mil-e-uma-maravilhas?”

SEÇÃO II. A RAZÃO INSTRUMENTAL CIENTIFICISTA

Diferentemente dos cientistas, que encaram a ciência pelo prisma do trabalho do conhecimento, o “senso comum cientificista”, que constitui verdadeiro

⁴³⁰ ENGELHARDT, Jr. T. Obra citada, p. 314-315. Para uma revisão destes casos de dano de vida por erro, vide nota de rodapé n.º 38, citada na mesma obra do autor.

perigo, baseia-se na **ideologia** e na **mitologia da ciência**.⁴³¹ A primeira delas equivale à crença de que o progresso da técnica desvelará totalmente a realidade, capacitando, ilimitadamente, sua manipulação pela atividade humana. A segunda crê numa ciência onipotente e dogmática com poderes ilimitados sobre as coisas e a própria humanidade. O ponto comum está em que ambas são guiadas pela lógica de resultados, que reconhece a existência na sociedade daqueles que detêm o conhecimento *versus* os ignorantes dele, onde os primeiros dirigem e comandam e os segundos apenas executam ordens e são dominados.

A razão instrumental cientificista surge quando o homem (sujeito do conhecimento) decide que o seu conhecimento depende do domínio, controle e exploração da natureza e dos seres humanos. É a “natureza atormentada” a que se referia Francis BACON, no início do século XVII, quando divagava acerca do objeto do conhecimento científico.

Uma tal racionalidade implica cotejar tão-somente a melhor estratégia, o uso adequado da tecnologia e a implantação de sistemas voltados às situações dadas para fins estabelecidos,⁴³² assegurando-se, paralelamente, de que a comunidade à qual ela é imposta permaneça alijada de qualquer debate ou reflexão crítica. Para isso, promove-se a alienação dessa sociedade com argumentos de promoção de melhoria, de facilitação da vida e de satisfação de inúmeras novas necessidades (ainda que cada vez mais supérfluas) de consumo. O objetivo é a legitimação, a qualquer custo, do progresso técnico-científico.

Foi assim que, no exercício da razão instrumental cientificista, foi oportuno lançar na sociedade, através do Informe de Warnock, a teoria (com pretensões “científicas”) do pré-embrião, “declarando”, peremptoriamente, que até o 14.º dia após a concepção não se estaria diante de um indivíduo em ato, mas, sim, de um amontoado de células em franca possibilidade de virem a tornar-se um ou mais indivíduos (gêmeos, no caso). Esta falsa premissa foi lançada na Inglaterra – não por acaso – país cujo fomento científico no ramo biotecnológico é reconhecidamente considerado como um dos mais competitivos do mundo. Apesar de referido documento ter sido contestado veementemente por autoridades médicas de renome internacional oriundas dos quatro cantos do planeta, verdade é que atingiu o objetivo primado por seus idealizadores. Se não convenceu a comunidade científica

⁴³¹ CHAUÍ, M. Idem, p. 280-281

⁴³² HABERMAS, Jürgen *Técnica e ciência como ideologia*, p. 46

internacional – e nem poderia, por ser carente de fundamento e rigor científicos –, a verdade é que possibilitou que indústrias de fomento na área ganhassem tempo no investimento e realização de pesquisas com embriões humanos.

Cartadas como essa continuam sendo utilizadas no meio científico. Além de servirem para ocultar o verdadeiro sentido da tecnologia e alienar a sociedade da consciência de seus verdadeiros fins, convencem-na, ainda, de que é ela quem sai verdadeiramente beneficiada deste contexto. É assim que a ciência, antes desinteressada, transforma-se em senso comum cientificista. Sua ideologia serve de instrumento de dominação, de controle e poder social e da natureza, reforçando a conclusão de que tanto o progresso técnico como a neutralidade científica são idéias pertencentes ao campo da ideologia burguesa cientificista.⁴³³

HEIDEGGER é um dos filósofos que critica severamente a evolução da ciência e da técnica na contemporaneidade, questionando seus valores e pressupostos, posto que os mesmos refletem apenas os interesses da sociedade industrial. É ele quem afirma, polemicamente, que *a ciência não pensa*.⁴³⁴ Parafrazeando o filósofo, afirma Danilo Marcondes:

A ciência e sua aplicação técnica seriam incapazes de pensar o ser, de pensá-lo fora da problemática do conhecimento e da consideração instrumental e operacional da realidade típicos do mundo técnico. Na verdade, o desenvolvimento de nosso modelo técnico e industrial é consequência precisamente do “esquecimento do ser” na trajetória da cultura ocidental.⁴³⁵(grifos nossos)

Constitui-se, destarte, a técnica, marcante característica da modernidade enquanto instrumento utilizado para interferir e manipular a natureza, “pro-vocando-a”. Assinala MARCONDES que “[...] o trabalho do camponês não pro-voca a terra cultivável. Quando ele lança a semente à terra, confia a sementeira às forças de crescimento e vela pela sua prosperidade”⁴³⁶. Diferentemente, a essência da técnica moderna “chama a natureza à razão, notifica-a a produzir as suas razões, submete-a à razão para que ela produza” e, sob o seu império “tudo pode tomar o lugar de tudo”, o “ser, hoje, é ser substituído” (o desenvolvimento deste modelo técnico e

⁴³³ CHAUI, M. Idem, p. 284

⁴³⁴ MARCONDES, Danilo. *Inciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. p. 267

⁴³⁵ MARCONDES, Danilo. Idem, ibidem

⁴³⁶ SÈVE, L. Idem, p. 297

industrial deve-se à cultura ocidental)⁴³⁷. A *Gestell*⁴³⁸, que realiza o fim da metafísica, afasta o “destino” de sua meta e transforma “o desvelamento do ser [...] em seu esquecimento”.⁴³⁹

O perigo fundamental reside na assunção pelo homem de um poder capaz de fazê-lo subjugar a natureza à sua vontade fundamentado num suposto “imperativo de progresso”. Por conta deste, o homem auto-atribui-se o poder e, em nome dele, institui a si próprio como o “senhor da terra”. É SÈVE quem adverte quanto ao perigo dessa redução de tudo à razão: “Quanto maior é o desafio à natureza, maior é o desafio ao qual está submetido o próprio homem”.⁴⁴⁰

Assim, a consideração de que a técnica, em sua essência, seria um meio oferecido aos nossos fins é uma ilusão; ao contrário, ela espelha a correspondência humana ao apelo da exploração consumista. O homem torna-se um brinquedo dela, a menos que pretenda renunciar ao próprio progresso, o que dificilmente se apresenta como provável.

A tentativa de viabilização de uma “moratória” no campo destas investigações afigura-se uma quimera. Na “religião do progresso técnico”, uma parada para reflexão, ainda que por um tempo extremamente exíguo, seria “contabilizada” como um “atraso tecnológico irreversível” para as partes envolvidas, considerando os avanços da concorrência. Como, ademais, dificilmente essa possibilidade encontraria o apoio de todas as nações; bastaria à indústria biotecnológica transladar-se para territórios onde a experimentação não fosse proibida.

E enquanto atitudes concretas não são tomadas, a sociedade assiste passiva ao conjunto das decisões que refletem o poder passar para “as mãos cada vez menos numerosas dos médicos: do suposto saber nasce o carisma, da posição estratégica a escolha, da falta de concorrência o mercantilismo”.⁴⁴¹ Não é na “bomba atômica” que reside o verdadeiro perigo, mas na falta de limites, na “pro-vocação” insensata e incoseqüente da natureza que se mantêm, sob estado de latência, os verdadeiros atentados contra a espécie.

⁴³⁷ MARCONDES, D idem, ibidem

⁴³⁸ Termo que Lucien SÈVE considera intraduzível, mas que muito se aproxima, em francês, por *chamada à razão* (SÈVE, L Obra citada p 298).

⁴³⁹ SÈVE, L Idem, p. 299

⁴⁴⁰ SÈVE, L Idem, ibidem

Bertolt BRECHT⁴⁴² bem o soube expressar em sábias palavras:

“Talvez que com o tempo, descubrais tudo aquilo que se pode descobrir, e, contudo, o vosso progresso não será mais do que uma progressão, deixando a humanidade cada vez mais para trás. A distância entre vós e ela pode, um dia, tornar-se tão profunda que o vosso grito de triunfo diante de alguma nova conquista poderia receber como resposta um grito universal de pavor.” (grifos nossos)

É certo que a prova da falsidade desta trágica previsão impõe-se à sociedade contemporânea. É dela a responsabilidade pelas conseqüências que sua alienação der causa em face das gerações vindouras.

Nesse sentido, talvez fosse importante questionar se seria esse o contexto do qual os cientistas de hoje gostariam de tomar parte amanhã, caso se encontrassem, eles próprios, na situação de resultado dessas experimentações!

SEÇÃO III. AS BARRICADAS DO HUMANISMO: INSTRUMENTOS ÉTICOS E JURÍDICOS EM CONSTRUÇÃO

O Humanismo consistiu num movimento filosófico que teve início com a transposição, pela sociedade, do período medieval para o moderno (séc. XVII a meados do séc. XVIII), quando ciência e técnica passaram a atuar conjuntamente com o objetivo de desvelar o mundo ao homem. Surgiu, pois, no momento em que o homem passou a preocupar-se em explicar a natureza segundo suas leis imanes, tentando compreender o universo e seu destino, bem como a sua situação nele. E o livro do mundo, dizia Galileu GALILEI, estaria escrito em caracteres matemáticos.⁴⁴³ Predominava nesse período, que se denominará “primeiro momento”, não só a idéia de que todas as realidades do universo poderiam ser explicadas pela mecânica e pela matemática, como também que a razão humana era capaz de dirigir e governar a vida ética dos indivíduos.

⁴⁴¹ TESTART, Jacques *O ovo transparente*, p 67

⁴⁴² BRECHT, Bertolt, *la Vie de Galilée*, em *Théâtre Complet*, l'Arche 1959, T 3, p. 110, In: SÈVE, Lucien Obra citada, p 229

⁴⁴³ Dizia GALILEI “A filosofia está escrita no grande livro do universo e escrita em linguagem matemática, e suas letras são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, de modo que sem elas não se pode entender uma só palavra”(GALILEI, Galileu Il saggiaiore In *Opere Complete*, v 1, p 232, citado por REALE, Miguel *Filosofia do direito*, p 46)

Não obstante, o desenvolvimento acelerado da técnica e sua crescente especialização e reflexos no domínio humano sobre a natureza implicaram o redirecionamento de premissas básicas da filosofia humanista, de forma que ela passasse a concentrar suas atenções em um novo problema: o **do conhecimento do homem ou do homem como ente que conhece**. Iniciou-se o questionamento acerca dos limites e das possibilidades desse conhecimento, de forma mais particular, do conhecimento científico.⁴⁴⁴

Daí vem a definição que CRETTELA Júnior dá a esse movimento surgido numa “segunda fase” desta mesma filosofia: “Em sentido amplo, humanismo é a preocupação do homem relativamente ao homem, o estudo universal dos valores humanos, a procura profunda e constante do que há de melhor, de mais humano, para um posterior aproveitamento e reafirmação do ser máximo da criação.”⁴⁴⁵

Mas o desenvolvimento biotecnológico jamais conseguiu ser desacelerado. Guiado por interesses de grupos, detentores de poder econômico no mercado, constitui área em crescente ascensão. A questão que se trava é: como lhe impor limites?

A pedra-de-toque do atual momento de ruptura paradigmática está em que a tecnociência passou a conferir ao homem recursos e meios que lhe permitem manipular a natureza da própria espécie, direcionando resultados que poderão culminar em situações cujos efeitos se revelam não só incertos como também catastróficos a serem lançados num breve futuro por vir. Esse avanço ilimitado da ciência e da técnica em detrimento dos seres humanos a elas submetidos, a qualquer custo, precisa ser contido. Para as experiências perpetradas, a Filosofia da Ciência se vê incapaz de oferecer respostas, pondo-se “diante da necessidade de rediscutir o modelo científico estruturado com base na separação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível”.⁴⁴⁶

Pois bem, concorda-se com essa necessidade. No entanto, para que se possa resolver a situação jurídica deflagrada pelo embrião *in vitro*, é necessário que esta análise ocorra à luz de duas outras premissas fundamentais: a do início biológico e a do início jurídico da vida humana.

Viu-se que a biologia, aliada à tecnologia, conseguiu comprovar que, a

⁴⁴⁴ REALE, M. Obra citada, p. 45

⁴⁴⁵ CRETTELA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*, p. 131.

⁴⁴⁶ GEDIEL, J. A. P. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACCHIN, Luiz Edson (Coord.) et al. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 80

partir da concepção, cada individuo humano adquire uma dotação genética própria, única e inconfundível. Essa carga será responsável pela determinação e desenvolvimento de todos os demais aspectos evolutivos – morfológicos, fisiológicos e psicológicos – da sua vida até a sua morte. A partir do nascimento, de forma paralela, reconhece-se o fato de que o homem passa também a receber contribuições do meio social (de sua interação para com ele) e que estas influências são determinantes na projeção do seu caráter, das suas qualidades individuais e na sua capacidade de inter-relacionamento. Considera-se, assim, o espaço determinante da cultura no seu desenvolvimento.

A par disso, tem-se que, no quadro do evolucionismo, a humanidade evolui não só no plano biológico como também no plano cultural.⁴⁴⁷ Por isso é que a filosofia contemporânea reconhece sabiamente que o homem não é algo de permanente e imutável: “ele é, propriamente, um vir-a-ser, um contínuo devir”.⁴⁴⁸

Portanto, não há como atribuir-se maior importância à exterioridade cultural em detrimento da anterioridade biológica, pois que esta fase é necessariamente determinante daquela.

É PERLINGIERI quem sabiamente profetiza:

Na categoria do ‘ser’ não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. [...] Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.⁴⁴⁹ (grifos nossos)

Ao Direito não cabe priorizar o aspecto cultural do inter-relacionamento humano, sem levar em consideração que, antes disso, a pessoa perpassa um

⁴⁴⁷ COMPARATO, F.K. Idem, ibidem

⁴⁴⁸ COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 28 HEIDEGGER considerava uma característica singular do homem o seu estado de constante inacabamento (Idem, p. 29) Para ORTEGA Y GASSET, o homem, no pensamento contemporâneo não é, ontologicamente falando, um ser suficiente, mas radicalmente indigente (ORTEGA Y GASSET Sobre la Razón Histórica Madri. *Revista de Occidente en Alaianza Editorial*, 1983, p. 97; citado por COMPARATO, F.K. Idem, p. 29-30)

⁴⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 155

caminho biológico que lhe é essencial e que necessita de amparo para que ela possa vir, de fato, a tornar-se um agente social, ocupando na sociedade o lugar de protagonista.

As tentativas éticas de contenção do avanço indiscriminado da ciência têm se operado precisamente em nome da tentativa de uma refundação do humanismo clássico (ou da filosofia humanista em seu segundo momento.), diante da constatação dos efeitos avassaladores que o capitalismo pode representar para as gerações vindouras, pois seu espírito “é o egoísmo competitivo e dominador”⁴⁵⁰, que torna possível esquecer o “ser” pelo “ter”. E “neste tipo de civilização, toda vida social, e não apenas as relações econômicas, fundam-se na supremacia absoluta da razão de mercado”.⁴⁵¹

Quando a principal justificativa apontada pela indústria biotecnológica – de promover uma vida mais confortável ao cidadão – já não sobrevive às incertezas que o amanhã pode trazer, evidencia-se a urgência de uma atitude no plano concreto. Precisa-se resgatar o humanismo enquanto movimento que se impõe contra as violações à dignidade da pessoa humana. Casos como os que aconteceram nos Estados Unidos,⁴⁵² de injetar células cancerosas vivas em idosos doentes do Hospital Israelita de Nova Iorque; o dos negros portadores de sífilis que ficaram sem tratamento para que se pudesse averiguar o curso da doença (pesquisa que durou algumas décadas) e o da inoculação do vírus da hepatite em crianças retardadas mentais em um hospital público, também em Nova Iorque, demonstram que a comunidade científica não mede escrúpulos para atingir seus fins.

Precisamos do humanismo combatente da segregação econômica humana – como no caso da notícia veiculada em editorial do *New England Journal of Medicine*⁴⁵³, propondo o disciplinamento de padrões éticos diferenciados entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos sempre que o objeto da pesquisa englobar pessoas humanas das nações subdesenvolvidas – abertamente defendida pelas nações do Primeiro Mundo.

Contra essa aviltante redução dos valores humanos à técnica,

⁴⁵⁰ COMPARATO, F.K. Obra citada, p. 457

⁴⁵¹ COMPARATO, F.K. Idem, ibidem

⁴⁵² MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica, p. 97-131. In BARBOZA, Heloísa Helena (Org.) et al. *Novos temas de biodireito e bioética*, p. 110

⁴⁵³ JORNAL The New England Journal of Medicine, Investigator's Responsibility for Human Subjects in developing Countries 30/03/2000. Citado por MINAHIM, Maria Auxiliadora. Idem, p. 109

denominada “tecnocracia”, vem o apelo à reflexão de Galvão de SOUSA:

Assim se explica a mecanização da vida, acentuada cada vez mais pelo progresso técnico. O que é meio passa a ser fim. O homem em vez de ser sujeito perverte-se em objeto. A racionalização deixa de favorecer o aperfeiçoamento da pessoa humana e torna-se um fator tendente a aniquilar a vida do espírito. **Já nem sequer é o homo faber que constitui o homo sapiens, pois o que fica de tudo isso não é o homem fabricante e sim o homem fabricado.** Fabricado até nas suas opiniões, nos seus gostos e nos sentimentos.⁴⁵⁴ (grifos nossos)

Precisa-se, pois, de normas efetivas de contenção da aplicação indiscriminada da razão instrumental cientificista, as quais deverão conter sanções pesadas para os casos de transgressão.⁴⁵⁵

Em justa medida, o Conselho da Europa – do qual fazem parte a Comunidade Européia e a Comissão Européia, que promulgam e publicam suas diretivas (com quinze nações filiadas) –, fundado em 1949 e que conta hoje com a representação oficial de 45 Estados-membros, reunir-se-á em setembro de 2003, em Assembléia, possivelmente na cidade de Strasbourg, para debater um relatório sobre “pesquisas com células tronco” humanas. O relatório defende, resumidamente, que as pesquisas com células-tronco humanas podem levar à importantes progressos no tratamento de várias doenças atualmente incuráveis. Tendo em vista que hoje em dia existem novas maneiras de obtê-las – que não implicam o necessário sacrifício ou clonagem de embriões humanos –, o documento propõe que sejam promovidas as pesquisas com células-tronco desde que provenientes estas de organismos adultos, pois, assim, estar-se-ia respeitando a vida de todos os seres humanos. De qualquer forma, pondera ainda o relatório, que os aspectos éticos implicados em tais espécies de pesquisa deverão ter sempre prioridade sobre quaisquer outros de origem utilitarista ou financeira.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ SOUSA, José Pedro Galvão de *O Estado tecnocrático*, p. 113

⁴⁵⁵ Nesse sentido é o apelo de Maira Helena DINIZ: “Rogamos a Deus para que ilumine os parlamentares, guiando suas decisões para que fatores técnico-científicos não constituam a ceifã destruidora da raça humana, não deixando periclitara a floração para uma colheita futura sã física e mentalmente, fazendo com que a autonomia científica termine sempre que estiver em jogo o respeito à vida e à dignidade humana, pois há prioridade da pessoa humana sobre qualquer interesse da ciência, que somente terá sentido se estiver a serviço do homem. Por essa razão, a bioética e o biodireito não poderão ficar separados da efetivação dos valores ‘vida’, ‘saúde’ e ‘dignidade humana’, que se sobrepõem ao princípio da liberdade de investigação científica” (In *O estado atual do biodireito*, p. 500)

⁴⁵⁶ A organização desta reunião bem como do texto do relatório que ela adota contou com a representação de 800 milhões de cidadãos europeus e tem por objetivo promover pressão sobre todos os governos europeus, se dá sob a bandeira da legitimidade democrática das pessoas da maior parte da Europa. O relatório, na íntegra, que foi

Dentre os pontos que merecem especial destaque estão além do conceito de concepção de acordo com a teoria da cariogamia (aqui já exposta) como fator determinante do início da vida humana, também a consideração de que, sendo a continuidade ontológica um processo puramente físico e já provado cientificamente, é de ser critério suficiente para convencer que a pessoa e o respeito ao homem são devidos do início ao fim do seu ciclo vital.⁴⁵⁷

Vem em boa hora o conhecimento desse documento, principalmente para demonstrar que uma grande parcela da sociedade optou por não permanecer alheia ou inerte diante dos fatos, muito pelo contrário, está preocupada com os rumos que biociência vem tomando, impondo com firmeza e coerência sua posição a respeito. Demonstra, ademais, que, na comunidade europeia, os cidadãos não permanecem alienados à questão, como ocorre com os países de periféricos, incitando-nos, no mínimo, à promoção de igual defesa no âmbito de nossos territórios.

Cabe ao biodireito normatizar juridicamente limites para a engenharia genética, levando em consideração os estudos realizados pela Embriogênese humana, regulando o aborto do nascituro pré-implantatório, a defesa e manutenção da vida sobre todos os aspectos, proibindo manipulações genéticas e a retirada de células-tronco de embriões (com seu conseqüente sacrifício), a clonagem e tudo o mais que, no âmbito biotecnológico, implique, de qualquer forma, atentados contra a dignidade da espécie humana na Terra.

Cabe à biomedicina adequar-se à moldura dos Direitos do Homem e não a estes adaptarem-se ao contexto biomédico.

preparado pelo parlamentar maltês Michael Ascjak encontra-se disponível no seguinte endereço <http://assemblu.coe.int/Main.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2Fdocuments%2FworkingDocs%2Fdoc03%2FEDOC9816.htm>. Acesso em 23 jun 2003 O relatório oficial atualizado (26/06/2003) fornecido pela Secretaria do Conselho de Europa consta do Anexo deste trabalho

⁴⁵⁷ Itens 31 e 31 do referido relatório

CONCLUSÃO

Tratar o tema da proteção jurídica do conceito humano importa trazer à tona acaloradas discussões no âmbito científico e jurídico mundial.

Incorporado na legislação em um momento em que não se tinha notícia nem domínio sobre o fenômeno reprodutivo tecnologicamente reformulado, o conceito de nascituro passou a figurar nos ordenamentos jurídicos dos Estados, considerando o ser concebido *in útero* e lá se desenvolvendo até o termo do prazo gestacional natural. Partindo, igualmente, desse contexto é que o aborto passou a figurar como fato típico nas legislações penais.

Hoje, a realidade é muito diferente. A concepção humana transpôs os limites naturais e passou ao domínio da ciência. Sob a orientação da biotecnologia é possível promover-se a união dos gametas humanos em laboratório, em um receptáculo de vidro esterilizado submetido condições ideais (promovidas artificialmente) similares às do útero materno. Nessa nova realidade, surge a questão: por que, quando o produto da concepção encontra-se no ventre materno, sua destruição é crime mas, se está *in vitro*, trata-se de “descarte” (expressão que caracteriza a interrupção vital dos embriões envolvidos em processos de procriação artificial)?

Da análise objetiva das fases deflagradas pelo processo de fertilização humana, não há como se conceber outro momento para o início do ciclo vital humano que não o da concepção. A partir dela, cada indivíduo humano adquire uma identidade única, inconfundível, que o diferencia de todos os demais seres da mesma espécie. Ressalva-se aqui o critério da cariogamia, que defende o surgimento de um ser humano, com características e genoma singular, a partir da fusão dos pronúcleos (masculino e feminino) envolvidos no procedimento. Como já foi dito anteriormente, o fato de a natureza humana ser atribuída ao ser humano no momento da concepção não comporta mais disputas metafísicas, pois já é uma

evidência experimental.⁴⁵⁸

Não obstante, essa visão não é compartilhada pelo meio científico de forma unânime. Enquanto isso, escorada pelos vazios legislativo e jurídico provocados pelo dissenso em relação à matéria, opera a tecnociência, manipulando livre e impunemente milhares de embriões humanos pelo mundo afora.

Financiados por interesses de grupos que disputam avidamente as informações e possibilidades que a manipulação genética humana lhes proporciona no âmbito do mercado internacional, indústrias, Estados e estrategistas financeiros e militares precisam garantir que essa questão jamais se torne tema pacífico, porque isso é de “seu” interesse; porque assim ganham tempo na corrida desenfreada pelos lucros e benefícios que a exploração dessas informações representa, ainda que estas aviltem contra a própria espécie humana.

Viu-se, portanto, que a ciência não é neutra, que, com a ascensão do modelo de produção capitalista, a renda passou a concentrar-se exclusivamente no mercado, e nele tudo possui um valor de troca. Nesse âmbito, prioriza-se o indivíduo enquanto potencial ator do comércio jurídico, motivo pelo qual surgiram, juntamente com o capitalismo, as abstrações jurídicas da capacidade de fato e de direito, do direito subjetivo, do sujeito de direito..., todas com uma única e precípua finalidade, a de inserir o homem no contexto do mercado, inculcando-lhe direitos e deveres de ordem patrimonial, que, por sua vez, eram imprescindíveis à legitimação do novo modelo de reprodução do capital que se instaurava. No entanto, nessa particular fase, ciência e técnica não atuavam juntas: a ciência era contemplativa e a técnica ainda engatinhava em sua progressão. A partir do momento em que ambas se vincularam indissolavelmente, tornando o ramo de desenvolvimento das biotecnologias eminentemente preditivo e, conseqüentemente nova fonte de renda no mercado, as categorias clássicas deflagraram-se insuficientes e passaram a merecer obtemperamentos.

Neste trabalho, não se coloca em posição de contrariedade às técnicas de fertilização *in vitro* propriamente ditas. A irresignação manifesta justifica-se pelos meios eleitos para o alcance dessa finalidade, sempre e na medida que importar na produção excedente de vidas humanas, destinadas a permanecer indeterminadamente em bancos de embriões à espera de um destino que lhes é completamente incerto, que vai desde o descarte até sua destinação a projetos de

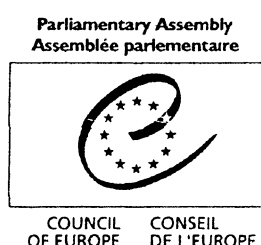
⁴⁵⁸ LEJEUNE, Jérôme Citado às páginas 35 retro

pesquisa científica. Entende-se que a possibilidade da inserção da vida humana embrionária nesse âmbito importa na destituição de todo seu valor, implica coisificá-la.

Defende-se, portanto que, em nome da dignidade humana, a autoridade da vida seja resgatada da esfera materialista que lhe inculca o cientificismo capitalista – a versão econômica do ideal científico onde tudo tem um preço que lhe corresponde –, para que se possa tornar a olhar o ser humano como algo muito superior a isso, como ente ao qual corresponde um valor sem paralelo na natureza, impondo a todos os seus iguais a observância dessa “racionalidade”. Ou, como bem profetizou Maria Auxiliadora MINAHIM: “Talvez, para o homem, diante dos conflitos e temores que lhe dão a existência terrena finita e a ignorância do seu destino futuro, seja, afinal, melhor repassar a gestão dos acontecimentos mais determinantes da trajetória humana para Deus”.⁴⁵⁹

É necessário, portanto, que se retomem os valores humanos fundamentais da pessoa, atualmente adormecidos sob o manto da aparentemente inofensiva “sociedade tecnológica”.

⁴⁵⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica, p 97-131 In BARBOZA, Heloisa Helena (Org.) et al. *Novos temas de biodireito e bioética*, p 104

ANEXO⁴⁶⁰**Parliamentary Assembly
Assemblée parlementaire**

Doc. 9816 rev.
10 June 2003

Human Stem Cell Research**Report**

Committee on Culture, Science and Education

Rapporteur: Mr Michael ASCIAK, Malta, Group of the European People's Party

Summary

The report reviews development in research on human stem cells and examines related scientific and ethical arguments. While confirming the Assembly's previous stands on bioethics issues, the draft resolution encourages research on human stem cells, as it believes that such research can lead to important developments in the treatment of serious diseases.

The aim of stem cell research is the understanding of the mechanisms of proliferation and differentiation of these cells and their control in order to be able to use them in tissue repair. Controversy surrounds the reliability of embryonic stem cells. Some also oppose the use of embryonic stem cells and the techniques of cloning on ethical grounds.

Ethical aspects, however, should be given priority over those of a utilitarian and financial nature.

⁴⁶⁰ Este documento está em pauta para debate na sessão parcial de Setembro de 2003 que ocorrerá na data de 25/09 a 2/10 de 2003, segundo informações obtidas junto à Unidade de Pesquisa e Documentação do Secretariado da Assembléia Parlamentar do Conselho de Europa, por sua responsável a Sr.^a Kathleen Layle, que nos forneceu a cópia oficial deste documento. A informação aera da data para debate nos foi repassada via e-mail em data de 10/07/2003, às 09h48'. Seu endereço para contato

Kathleen LAYLE

Research and Documentation Unit

Secretariat of the Parliamentary Assembly

Tel 33 3 88 41 31 01 Fax 33 3 88 41 27 17

E-mail kathleen.layle@coe.int

I. Draft resolution

1. The Assembly recalls its previous work on bioethics and in particular its Opinions N° 198 (1996) on the draft Convention on Human Rights and Biomedicine and N° 202 (1997) on the draft additional Protocol to the Convention on the Prohibition of Cloning Human Beings.

2. It considers that stem cell research can lead to important developments in the treatment of several diseases that are now incurable or not effectively curable.

3. The technique of human cloning seems to open up new possibilities when combined with stem cells harvested from a human clone, and is therefore very attractive to scientific researchers, even though recent research advances on the growth limitation of embryonic stem cells has been found to render this research route less viable.

4. The availability of human stem cells is not limited to embryonic sources alone but may be derived from adult human sources such as blood, bone marrow and other tissues. New techniques for using the pluripotency of tissues are now available from adult stem cell cultures of different origins.

5. The Assembly also recalls that Article 18 of the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine explicitly states that “Where the law allows research on embryos *in vitro*, it shall ensure adequate protection of the embryo”. The same Article expressly prohibits the creation of human embryos for research purposes.

6. Therefore the Assembly calls on European governments to:

i. promote human stem cell research of adult provenance, as long as it respects the life of human beings;

ii. promote alternative scientific techniques to promote cell pluripotency;

iii. publicly discuss and optimise national regulations as a basis to sign and ratify the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine and its Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings if they have not yet done so;

iv. give priority to the ethical aspects of research over those of a purely utilitarian and financial nature.

II. Explanatory memorandum by Mr Asciak

A. General considerations

1. The use of human stem cells for research purposes has been going on for some time now. It is important to state that there is nothing intrinsically wrong with stem cell research as such. New opportunities in transplanting tissue that is histocompatible and not subject to rejection, is an exciting field, which can lead to substantially reducing much suffering and avoid immuno-suppressive treatment that is currently sustained by patients needing a transplant. In this regard adult stem cell research, which uses pluripotent stem cells (immature cells which are capable of transformation into any specific cells of the body under the right chemical and physical conditions of growth) which are derived from adult human sources of so called haemopoietic tissue (bone marrow, spleen, lymph nodes – tissue which produces blood cells) and blood itself, does not offer any ethical difficulties. Research in this area is developing at a fast pace.

2. The ethical problems with stem cell research are reserved for so-called embryonic stem cell research. There are sources of stem cells that are available from cord blood (collected from a cut umbilical cord just after delivery) which do not present any problems. The problem arises, because stem cells are also available as tissue found in the embryo in the first few days of development. Certain researchers are harvesting stem cells by the destruction of the human embryo. In fact, these cells may only be obtained by the destruction of the embryo itself. Some justify this as a necessary price to pay for research to proceed, others argue that spare embryos left over from ‘in vitro’, fertilization would die anyway, so it would be better to get some positive benefit out of them, before they become worthless. Whichever way one looks at this, two facts are indisputable. The first is, that human life is being used for research purposes and destroyed in the process. The second is, that human beings are being commodified on an increased scale and being rendered an object of financial and economic gain, the demand will increase the supply!

3. The ethical problems associated with the destruction of human embryos, are not the only ones. Some countries had started the procedure of cloning human embryos first, so that iso-immune cells can be obtained which can be used in transplantation. That is an individual’s cells are first cloned by nuclear transfer (transferring the cell nucleus as happens in reproductive cloning), and the resulting embryo is then destroyed to obtain cells that are histocompatible with the cells of the donor, thereby obtaining good tissue for transplantation. Here the ethical and legal problems mentioned in the 1st Protocol on Human Cloning of the Bioethics Convention of the Council of Europe are still inherent. That is, there is a breach of the principles of Liberty, Individuality and Equality mentioned in the European Convention of Human Rights of the same Council of Europe. Reproductive and therapeutic cloning both breach these principles, and the Bioethics Convention considers both in the same light, without even referring to the word cloning, but to the voluntary reproduction of an individual with the same genetic material.

4. Recent scientific evidence shows that there is some difficulty in using stem cells from human therapeutic clones, as there is no limitation in tissue growth in these types of organs for transplantation, obtained from embryonic stem cells. There does not seem to be a problem with organs obtained from adult stem cells. Nonetheless, this may be a temporary technical

setback which may be resolved in the near future and which does not alter the ethical, legal and philosophical safeguards that need to be put in place.

5. Other ethical problems that are encountered in human stem cell research are surely those of patenting and ownership. Do the harvested cells belong to the donors or to the researchers? Should they be patented at all? What about the rights of the sacrificed embryo, which is the human being from which the cells originally emanated? These considerations require profound and deep analysis.

B. The Status of the Human Embryo

*Let storm clouds come: better an hour, and leave to weep and fight,
than all the ages I have ruled the empires of the night.*

*I think that if they gave me leave within the world to stand,
I would be good through all the day I spent in fairyland⁴⁶¹.*

G. K. Chesterton

Issues

6. Objectively speaking, the contention here is clear cut, for if one had to consider the human personality as existing from the moment of conception, then certain positions would become consequential, while if this hypothesis is not acceptable, then obviously, different conclusions become logically evident with the added problem of determining the exact point in time when this actually occurs.

7. Legally, up to this time, the definition of the exact moment when the human embryo assumes personality and dignity because of its being, not its potential to be, has been left to each country's different religious, legal and expedient perspectives, although expediency is not often quoted *per se*, but painted in the livery of some other perceived rights, such as the right to enjoy a good quality of life. In fact, the Oviedo Convention explicitly avoids this issue in attempting to reach a consensual compromise, stressing only certain baseline principles on which the majority have agreed, and leaving this issue to the different countries in the Council of Europe. This is further compounded by the fact, that even on the religious scene, differences abound, and they are rife even between different Christian denominations, and within the same denomination.

8. From the standpoint of international law, the only accepted position is that no medical act may be performed without the patients' freely given and informed consent. There is the same outlook from the ethical standpoint, where the WMA established in Lisbon in 1981, that an abortion could in no way be performed without the mother's consent⁴⁶².

9. Objectively, there are several reasons why one should consider the embryo as a human person from the moment of conception, and no reasons scientifically why one should not⁴⁶³. From the moment of conception, the two haploid gametes, male and female, unite to form a unique diploid set of chromosomes, under which the process of development and growth is initiated under the control of the said aforementioned genes. This process is continuous, with no separate phase, evident from the rest, but occurs as one contiguous growth process, much like the process of growth from after birth, till natural death. This process also occurs independent of the mother, as has been so obviously proven by the processes of *in vitro* fertilization, where once gamete nuclei union occurs in favourable environmental circumstances, then embryo division and growth occurs spontaneously and under the control of the genes in the same embryo⁴⁶⁴. Current scientific knowledge is thus sufficient to lead one to conclude that the human embryo has a distinct ontological personality from its very beginning.

⁴⁶¹ From *By the Babe Unborn*, web-site <http://www.geocities.com/Athens/Troy/7854/babe.txt>

⁴⁶² European Network of Scientific Co-operation on Medicine and Human Rights, *The human rights, ethical and moral dimensions of health care*, Council of Europe Publications, Strasbourg, 1998, pg 145

⁴⁶³ See article by Serra, A., in 'Advances in Medical Genetics Prospectives and Ethical Problems', *Melita Theologica*, Vol XLVIII, 1997, No 1, University of Malta, pg vii

⁴⁶⁴ See article by Lejeune, J., in *The Question of In Vitro Fertilization*, Society for the Protection of Unborn Children Educational Trust, London, 1984

The Concept of Ontological Development

10. Occasionally the position is clouded by declarations by writers such as Norman Ford, an Australian Catholic theologian, who by using the correct philosophical arguments down through from Aristotle and St. Thomas Aquinas to the present day, unfortunately comes to the incorrect conclusion, due to the lack of understanding or knowledge at the time of writing, of certain scientific facts in the fields of genetic and molecular biology, embryology and cell histology. In his book⁴⁶⁵, Ford correctly states, “*a person is a living individual with a truly human nature*”. He then goes on to explain that a born infant, although not able to reason, is already a person because its very nature allows it to develop to the age of reason, without losing its ontological identity.

11. The concept of ontological identity is central to the understanding of personhood, because once ontological continuity is proven in the developing foetus, then the point at which this ontological development commences, is the point of the commencement of personhood. Since the Catholic Church in the Council of Vienna from 1311-1312, ruled out any dualism between the body and the soul in human nature, that is, there is no pre-existence of the soul before the body, both constitute one human being, with the soul being the life-principle of the body. This Council did not however specify at what point of human development, this union of soul with body occurred. The point of commencement of personhood must therefore also be the point of ensoulment of the human body! Ontological continuity can be defined as the development of the body in a coordinated, continuous manner, lending that particular body singular individuality.

12. The concept of the continuum of the human person described by Ford, in fact overcomes the hurdle of several philosophical problems concerned with human personhood. What is a human person? Most of us know the answer to this question by relying on our daily experience and perceptions of meeting other rational human people, who can communicate with us and express their rationality, but we have difficulty in defining it. Does the faculty of conscious reasoning (consciousness)⁴⁶⁶ and the capacity to value one's own existence⁴⁶⁷, which imparts to man his singular position amongst all creatures, have to be constantly present during man's existence, for him to be considered a person? The answer Ford gives, is in the negative. There may be times, such as in early childhood or close to late adulthood, where this function cannot be expressed. Either because the communicative faculties have not yet been developed or have been lost, or because the function itself has not yet developed or has been lost. Therefore, are young children or newborn babies or senile adults any less human than mature and rational individuals, who have developed this rationality and are in a position to express it? The answer is obviously no. Babies and senile adults are fully human. What connects the rational individual to the non-rational stages of his existence is his ontological development or developmental continuum. The individual, who was a baby and then grew into a mature adult and became degenerately senile, is the same human individual passing through different stages of the same personhood. Therefore human personhood must be accepted to be present in a particular individual, through all stages of human development,

⁴⁶⁵ Ford, N M, *When did I begin*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988

⁴⁶⁶ Locke 1690, Ch 27, Book II, pg 188, “We must consider what person stands for, which I think is a thinking intelligent being, that has reason and reflection, and can consider itself the same thinking thing, in different times and places, which it does only by that consciousness which is inseparable from thinking and seems to me essential to it, it being impossible for anyone to perceive without perceiving that he does perceive”

⁴⁶⁷ Harris, J, ‘The Concept of the Person and the Value of Life’, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol 9, No 4, 1999, John Hopkins University Press, Maryland, pg 303

as long as there is proof that the development of the particular individual is deemed to be physically connected and unique to that person.

13. Therefore if the ontological development of the person may be traced down to embryological development, the first basic living cellular component giving rise to the continuous and connected development of the same human person, must be the point where human personhood begins. This philosophical reasoning is correct. In his book however, Ford erroneously concludes, that since in the first fourteen days of development up to implantation, there is no unifying physical and physiological connection between the different cells of the blastula and the morula, the human individual may not be present from the moment of conception. He cites as proof the fact, that the blastocyst layer, with differentiation within the embryo into embryoblastic cells proper, that eventually produce the actual foetus, undergoes separate development from the trophoblastic cells which eventually produce the membranes and placenta.

14. The human person would rather occur actually, from the moment of formation of the primitive streak on the embryonic plate around the fourteenth day after fertilization, around the time of implantation into the walls of the uterus. This is the stage when the third layer of the embryo responsible for the development of the internal human musculature, called the mesodermal layer, is laid down together with the previously formed ectoderm and the endoderm layers. This is the stage, Ford concludes, that the human body plan is complete in its three layers and axis orientation, and therefore this must be the point of commencement of ontological development and therefore as a result of the commencement of personhood, the point of ensoulment. After this stage, there could no longer be the formation of genetically identical twins, and therefore this supports the fact, that that was the moment of ensoulment and 'humanization'. That this statement is simply untrue can be attested by the detailed evaluation of cell histology and the processes of early embryology, which particulars, to be fair, may not have been available to Ford at the time.

Conception as the Earliest Moment of Ontological Continuity

15. I would like to briefly mention some scientific facts that bring down Ford's hypothesis. Recent elementary cell histology⁴⁶⁸ shows without doubt, that cells close to each other, such as those found in the early blastomere surrounded by the *Zona Pellucida*, are not developing in splendid isolation, but continually exchange information which limits or controls each other's growth extent and pattern. On close study of the complex cell plasma membrane, which is a semi-permeable membrane, and already by its very nature allows the passive selective diffusion of water molecules and certain simple fat soluble (hydrophobic or lipophilic) signalling molecules in and out of cells, one can observe several mechanisms by which other molecules or ions, such as mineral ions and simple proteins or lipoproteins (usually hydrophilic or lipophobic), may actively pass into the cell through the membrane. Simple ions such as those of Sodium, Potassium and Calcium are actively transported through cell membranes using an active pump mechanism.

16. Mass transport of larger molecules into the cell occurs in a process called endocytosis, while transport of molecules out of the cell through the cell membrane, is correspondingly called exocytosis. There are several forms how this can take place. The first form is called pinocytosis, whereby relatively large amounts of extracellular fluid and all the molecules in solution in it, are entrapped by invaginations of the cell membrane, transported into the cell,

⁴⁶⁸ Junqueira, L. C., Carneiro, J., Kelley, R. O., *Basic Histology*, Appleton and Lange, Connecticut, 1995, pg 20 - 65

and then released inside the cell matrix. The second mechanism is receptor mediated endocytosis, where receptors on the surface of cell membranes specific for several lipoproteins and proteins, bind to the latter selectively, and are then invaginated into the cell and finally pinch off inside the cell membrane into the cell matrix. It is important to realize that several simple proteins are the constituents of hormones, which control cell function and growth. The third type of endocytosis is called phagocytosis, where the extracellular solid material is literally engulfed by cellular extrusions of the cytoplasm and cell membrane, and brought *in toto*, into the cell matrix.

17. Not all cells may exhibit the three forms of endocytosis at any one time. Through the second mechanism alone, cells can communicate by secreting chemicals such as hormones or other transmitters, that signal to cells some distance away, or they may contain plasma-bound signalling protein molecules, which communicate with other interlocking plasma-bound membrane molecules of neighbour cells in direct physical contact. These signalling molecules, then activate messenger (G-Proteins) molecules, which diffuse throughout the cell matrix and set off enzyme cascades that bring about a particular cellular response and behaviour, thereby regulating important cell functions. Lipid soluble hormones called steroids, are also able to diffuse from extracellular fluid across the cell membrane and cause a cellular response through binding to specific DNA sequences causing transcription⁴⁶⁹ enhancement or delay.

18. Another way that adjacent cells may communicate with each other is through the establishment of small open communicating junctions between them. These gap junctions or connexons, allow the exchange of informational substances directly through them, which then regulate the tissue development in a coordinated manner. It is proven that even where protein synthesis is not yet operational, these connexons may form from the existing protein subunits in the existing cell membrane! Connexons have been demonstrated to form in the human embryo around the fourth day of development when the morula consists of about thirty cells. Together with the formation of gap junctions, one also finds tight junctions, which principally contribute to the anchoring of the cells to one another⁴⁷⁰.

19. As one can easily tell from the above synopsis, the human cell contains a substantial number of mechanisms by which it can communicate with neighbouring cells, and therefore it is difficult to imagine that there is no communication in the embryo, even at the two cell stage, and that cells are not already developing as an ontological unit, as Ford ascertained! It is practically impossible for cells to be so closely bound next to each other within the *Zona Pellucida*, and not be sharing developmental information. There is however another reason that also compromises Ford's hypothesis and that is the activated functioning of the cell genome from the moment of conception.

20. Once fertilization has taken place, and a new set of chromosomes has been formed by the single strands from the mother and the father, the new and unique genome immediately starts to control the growth and development, not only of the particular individual blastomeres, but also of the neighbouring ones. This control of cell growth is carried out by the genetic information encoded within the 23 pairs of chromosomes themselves. Genes called operons⁴⁷¹, decide which characteristics are translated by the RNA (ribonucleic acid

⁴⁶⁹ Transcription is the process whereby the DNA replicates its information onto Messenger RNA molecules, which then travel to Ribosomal RNA in the cytoplasm, so that with the help of Transfer RNA molecules, are able to initiate the process of protein synthesis called Translation

⁴⁷⁰ Larsen, W J, *Human Embryology*, Churchill Livingstone, New York, 1997, pg 19

⁴⁷¹ Lewin, B, *Genes VI*, Oxford University Press, Oxford, 1997, Ch 12 & 38

responsible for the reading and transfer of the DNA code into protein synthesis) into the building block or messenger proteins. Control by these operons may be positive, that is they stimulate protein synthesis, or negative, that is they inhibit it.

21. A regulator gene, codes for a regulator protein that activates or deactivates protein synthesis by binding to a particular site on the gene, thereby deciding which are the segments of DNA expressed in protein synthesis and cell development. These regulator genes, which can be further subdivided as to exact function (coordinate, selector and realizator)⁴⁷², do not only regulate what occurs within their own particular cell. Due to the production of morphogenetic proteins or morphogens⁴⁷³, which are released by the cell into the extracellular spaces, they also regulate the growth and development of neighbouring cells, depending on the relative concentrations of these proteins eliciting a set of unique cellular responses, which are different from one another, according to the different cascading concentrations⁴⁷⁴. Axial orientation as well as embryo segmentation and tissue differentiation is mediated by these genes.

22. Induction⁴⁷⁵ is the process, whereby one cell population influences the development of neighbouring cells. Now it has been proven that inducing signals are either tethered to the cell membrane surface thereby affecting only neighbouring cells, or else can diffuse in the extra cellular matrix by morphogens, and act at a distance. Therefore, the control of cell development can occur by the diffusion of morphogens to other cells in the vicinity, such as in the early stages of embryo development, and also by direct cell-to-cell contact of the cell membranes (this last type of control is exemplified by the development of neural tissue in the embryo). This last type of cell-cell mediated induction has also been shown to be active in the early embryo.

23. At the stage of pre-implantation, it has been shown that a cell-cell adhesion is mediated by cell-surface adhesive protein molecules called cadherins⁴⁷⁶. There are several types of cadherins responsible for cell adhesion at different stages of embryological development and in the adult organism (E, P, N, R, M), but at this particular stage of the morula, the major cell-surface adhesive protein expressed is called E-cadherin. This E-cadherin is responsible for the cells to adhere into a tight mass, and has been proven in vertebrates to influence tissue morphogenesis and cell differentiation. At a later stage, around fourteen days, some ectoderm cells lose their E-cadherin, allowing them to migrate inwards and form the mesoderm. Ectoderm cells also lose E-cadherin during formation of the neural tube, and start producing another cadherin called N-cadherin, which controls nervous tissue development. This process continues unabated, allowing like-cells to develop together, by having the same cadherin and new cells groups to form by the production of different cadherins. The cadherin adhesive proteins, it is important to remember, are produced by protein synthesis mediated by the nuclear DNA in each cell.

24. New evidence also suggests that the differentiation and developmental growth of different cells in the developing embryo, depends to a significant extent, on the interactions with the *Basal Lamina*, which is a non-cellular amorphous matrix made up of

⁴⁷² Serra, A, 'Advances in Medical Genetics Prospectives and Ethical Problems', *Melita Theologica*, Vol XLVIII, University of Malta, 1997, University of Malta, pg xii

⁴⁷³ Lodish, H, Baltimore, D, Berk, A, Zipursky, S L, Matsudaira, P, Darnell, J, *Molecular Cell Biology*, Scientific American Books, New York, 1995, pg 568

⁴⁷⁴ *Ibid*, pg 1160

⁴⁷⁵ *Ibid*, pg 1160

⁴⁷⁶ *Ibid*, pg 1150-1153

mucopolysaccharides (carbohydrates) and collagen protein⁴⁷⁷. This basal lamina underlines all epithelial and endothelial tissues, and separates these from other types of tissue. Now the *Zona Pellucida* surrounding the ovum and early embryo, is very similar in chemical composition, to the basal lamina, and is made up of a combination of protein and polysaccharides (mucoprotein) and elaborated by the ovum and follicular cells of the ovarian follicle. One may be led to conclude, that the *Zona Pellucida*, should contribute in a similar manner, to the ontological development of the blastomeres it encloses, at the early stage of embryonic development, as do the basal *laminae* during the later stages.

25. Therefore it is very clear, that far from Ford's erratic reasoning, the cells next to each other, not only can communicate with one another, but the substances with which they do so, which regulate the ontological development of the foetus, have been identified and lie under the absolute control of the new genome produced at the moment of fertilization. It also seems that factors outside the cells may contribute to this integrated development. A concluding remark in a recent publication⁴⁷⁸, says it all; "*In the intact developing organism, each cell must be listening to its neighbours and hence in all likelihood is detecting multiple signals, often simultaneously, and integrating them*".

26. It follows therefore, that ontological development of the human embryo must start from conception, that the human embryo is a human person from the moment of conception and therefore, for those who believe that a person is endowed with a spiritual soul, the human embryo from the moment of conception must be endowed with such a spiritual soul! Ford's effort to detach ontological continuity from the moment of conception is also proven untrue from the particular development of monozygotic (identical) twins. Ford stated that monozygotic twins proved that there was no ontological development in the just fertilized zygote, as two individuals came to be developed from one fertilized ovum, and if it was possible for one being to give rise to two individual beings, then philosophically, there could be no ontological continuity between the original fertilized zygote and the two new genetically identical embryos. Philosophically, this position could be contested by the argument, that it may not have been that the original zygote gave rise to two new embryos, but that the original zygote continued ontological development at an early stage of which, a new and separate physical separation occurred in the dividing cells, giving rise to a new individual with the same nuclear gene set, but a different independent, ontological development⁴⁷⁹.

27. The scientific proof for this was forthcoming, when monozygotic twins were discovered to be composed of a twin with a karyotype of forty-seven (47) chromosomes and therefore affected by *Down's syndrome*, while the other twin had a karyotype of forty-six (46) chromosomes, and was therefore normal. In these cases, a number of studies showed, that the trisomic twin was the original zygote, while the second normal embryo originated from it⁴⁸⁰!

Inferential Argumentation from Evolutionary Theory

28. Although there is neither the space here nor the scope to expound evolutionary theory and anthropology, it is a proven scientific fact that man is descended from the same cosmic

⁴⁷⁷ Lodish, H, Berk, A, Zipursky, S L, Matsudaira, P, Baltimore, D, Darnell, J, *Molecular Cell Biology*, W H Freeman and Company, New York, 2000, pg 1024

⁴⁷⁸ *Ibid* pg 1050

⁴⁷⁹ An embryo's potential for spontaneous twinning seems to be established at an early stage by factors determining the thickness of the *Zona Pellucida* *Kennedy Institute of Ethics Journal*, June 1999, John Hopkins University Press, Maryland, pg 138

⁴⁸⁰ Serra, A, 'Advances in Medical Genetics Prospectives and Ethical Problems', *Melita Theologica*, Vol XLVIII, University of Malta, pg

dust as the rest of the universe many billions of years ago following the Big Bang. Five billion years ago our galaxy and sun were born. Four billion years ago followed the earth in its mineral form. 180 million years ago, the Earth had a fully developed biosphere. Two million years ago, all the flora and fauna we now know had taken shape. By forty thousand years ago, *Homo Sapiens* was roaming the face of the Earth. There is indisputable evidence that the mineral substances of the Earth had coalesced into the basic amino acids constituting the building blocks of proteins (Miller's experiments) and that the early bacteria and viruses slowly evolved into first the simple then the more compound flora and conscious fauna constituting the higher creatures. Ultimately the appearance of man crowned this evolutionary step by the development of self-conscious man. The genetic material appearing in man is the same substance that makes up all living creatures on Earth. The relational character of reality shows that there is a continuity and kinship between man and the whole of creation. It is right here to give much credit to Teilhard de Chardin who was the first to be acutely aware of this relationship and who first expounded the theory of the evolution of consciousness with its *coup de grâce* being man. It was Teilhard who first put forward the idea of the Immanence of God in such a creation. A God who is ever present within but greater than creation itself. A pantheistic God whose spirit moves and vivifies the whole of creation including man himself. It is in this manner that the consciousness of man and every other creature can be considered as its soul. The Pauline and Johannine scriptural traditions as well as the Hebrew Scriptures bear out references to this view of creation. Every element of creation, physical, mineral and living bears out the abundant goodness and grace of God. As Aquinas writes: *For God brought things into being in order that his goodness might be communicated to creatures and be represented through them. And, because his goodness could not be adequately represented by one creature alone, he produced many and diverse creatures, that what was wanting to one in the representation of divine goodness, might be supplied by another. For goodness, which in God is simple and uniform, in creatures is manifold and divided. Hence, the universe as a whole participates in and represents divine goodness, more perfectly than any single creature alone.*

29. According to this view of creation and the constitution of the universe, the dignity and sanctity of the human being is passed on within the non-dualistic union of spirit (consciousness) and physical body, from generation to generation by the simple physical existence of man himself. According to this model, the moment that man comes into physical existence from the very beginning, at conception, demarcates man's transcendence and therefore his indisputable personhood.

30. For the secular agnostic, the ontological continuity of the purely physical process, a process that is proven scientifically, should be enough to convince of the personhood and respect due to man during the whole life cycle, from beginning to end.

The Definition of Conception

31. It is pertinent to end this section, by referring to another ethical dilemma. The moment of conception may be invariably defined as the moment when the cytoplasmic membrane of the two gametes fuse, at the beginning of the fertilization process. Alternatively, it may also be taken to be the moment, when the haploid genetic material in the male and female pronuclei, comes together on the mitotic spindle, to form a new diploid zygote, with a new genetic constitution, that is at the end of fertilization⁴⁸¹ (17-24 hours). Some argue that the

⁴⁸¹ Turnbull, Sir A., Chamberlain, G., *Obstetrics*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1989, pg 50-51

ontological development of the embryo, can be followed from the point of the nuclear arrangement on the spindle just before the first mitotic division of the zygote, where protein synthesis, under the control of the new genome, can be detected in the two-cell stage in the mouse, and the four-cell stage in the human zygote⁴⁸². After the sperm cell unites with the cytoplasmic membrane of the oocyte, two to three hours must pass, before there is extrusion of the second polar body in the second meiotic division of the oocyte⁴⁸³. Now all the products of meiosis, produce four haploid nuclei, all with different genetic material. Therefore, at the point of gamete fusion, the ootid nucleus is not yet genetically defined⁴⁸⁴. The two pronuclei formed, do not actually fuse, but the nuclear membrane disappears, and the chromosomes arrange themselves on the newly formed spindle in preparation for the first mitotic cleavage division of the new zygote⁴⁸⁵. This is the first time that the maternal and paternal chromosomes come together. Before completion of this phase of mitosis (metaphase), the genetic material in the pronuclei, may be subject to various factors, which may ultimately produce viable zygotes with, triploidy or tetraploidy, or even subject to trisomy or monosomy⁴⁸⁶. That is, the genetic composition of the new zygote can be taken, to not yet be complete before this stage.

32. However, the other argument concluding that the human individual is present from gamete fusion at the beginning of the process of fertilization also bears significant weight, but one must explain ontological continuity down to that level. Several people maintain this to be so⁴⁸⁷, as the two pronuclei are taken to be the two haploid nuclei of the same single cell. Bi-nuclear cells are not a rarity in nature, and some animal species such as Cyclops and several fungal species, spend a very long part of their life, in this haploid bi-nuclear state⁴⁸⁸. Could this phase be represented also in man at the beginning of fertilization, as an evolutionary remnant? If so, this would explain why there is no prophase in a one-cell zygote, but only spindle formation during metaphase leading directly to the combined (2N) genome in the two-cell stage. Several new proteins have also been identified in the one-cell stage although these could be translated from maternal m-RNA⁴⁸⁹. However, there has recently been very strong evidence that the mammalian embryo is transcriptionally active and produces its own m-RNA, even from the one-cell stage, and not from the two-cell stage as previously thought⁴⁹⁰. It is significant that the level of transcription is modest (about one-fifth less) at this stage compared to the two-cell rate. Since it seems that the maternal and especially the paternal pronuclei, can be proven to be transcriptionally active from this stage, this logically leads one to conclude that the ontological development of the human embryo, can in fact be traced down to the level of the one-cell stage and ultimately, gamete fusion! In fact, occasionally, only one pronucleus is produced, and there is now evidence that suggests, that this pronucleus is diploid. In the meantime, until things become clearer, in devising scientific action, one should morally err on the side of caution, and assume the last hypothesis to be so, unless proven otherwise!

⁴⁸² Knobil, E, Neill, J D, *The Physiology of Reproduction - Volume 1*, Raven Press, New York, 1994, pg 279, 337

⁴⁸³ Shaw, R W, Soutter, W P, Stanton, S L, *Gynaecology*, Churchill Livingstone, New York, 1997, pg 244

⁴⁸⁴ Stout, G W, Taylor, D J., Soper, R., *Biology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pg 807.

⁴⁸⁵ O'Rahilly, R, Muller, F, *Human Embryology & Teratology*, Wiley-Liss, Inc, New York, 1996, pg 28-29 See also, Sadler, T W, *Langman's medical embryology*, Williams and Wilkins, Maryland, 1995, pg 29-31

⁴⁸⁶ Edwards, R G, *Conception in the Human Female*, Academic Press, London, 1980, pg 621-635

⁴⁸⁷ Serra, A, *About The Second Polar Body And Blastomere Genetic Analysis For Preimplantation Diagnosis, and Il Processo Della Fertilizzazione 'Lo Zygote'*

⁴⁸⁸ Balinsky, B I, *An Introduction to Embryology*, CBS College Publishing, Philadelphia, 1981, pg 129

⁴⁸⁹ Knobil, E, Neill, J D, *The Physiology of Reproduction - Volume 1*, Raven Press, New York, 1994, pg 279

⁴⁹⁰ *Ibid.*, pg 337 See also *PubMed Services Journal Browser*, National Library of Medicine, at web-site <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/PubMed/>, PMID 10529265, UI 99458740, PMID 8665158, UI 96264841, PMID 9671588, UI 98337834, PMID 3567278, UI 87185682, PMID 1652263, UI 91345899, PMID 7826613, UI 95127200, PMID 8462992, UI 93216305, PMID 94099678, UI 98072336, PMID 10497327, UI 99428615, PMID 7537698, UI 95255522, PMID 9211427, UI 97355232, PMID 10497327, UI 99428615, PMID 1279404, UI 93063005, PMID 7925035, UI 95009561, PMID 8462750, UI 93215945, PMID 9013938, UI 97166045, PMID 7781890, UI 95301089

Moral Perspectives

33. The confusing position of the several Christian churches, tends to compound rather than help the objectivity of politicians trying to reach enlightened conclusions, and seems to confute St. Augustine's advice that "we believe in order to understand, and we understand in order to believe".

The Catholic Church

34. The Catholic Church's position is clear and unambiguous. The human being must be respected and accorded full personality status from the moment of conception. This position has been repeatedly emphasized in respect of the human embryo⁴⁹¹ particularly in scientific research⁴⁹², medical interventions, especially those regarding fertilization procedures⁴⁹³, and also with respect to abortion⁴⁹⁴. The Catholic Church maintains this position even in order to prevent selection on eugenic grounds⁴⁹⁵. It is interesting to understand, that the position the Roman Church has today, has in fact evolved over a period of time. Although this Church, from its very beginning, has always defended the ensouled embryo as a person⁴⁹⁶, in the past, there were some queries as to when this exact moment of ensoulment occurred during foetal growth, queries which even today are sometimes raised, as in the case with Norman Ford. The magisterum of the Church has taken a firm stand on the issue, dispelling any moral doubts⁴⁹⁷, particularly by *Donum Vitae*, which is clear on the issue of personhood and on the issue of foetal experimentation⁴⁹⁸.

35. In *Donum Vitae* and the other documents of the period, from the Second Vatican Council onwards, the Catholic Church was ascertaining that even if there was still some doubt on the issue, without pretending to be an expert in scientific affairs, it was ready to give the

⁴⁹¹ *Donum Vitae*, Part I, No 1, Vatican document, 1987 "The human being must be respected - as a person - from the very first instance of his existence"

⁴⁹² *Instrumentum Laboris*, Vatican document, 1991, Part I "The second fact is the denial, on the part of some sectors of the scientific and cultural world, of the full value of the human being, from the first moment of fertilization"

⁴⁹³ *Evangelium Vitae*, encyclical letter by Pope John Paul II, Vatican document 1995, Ch. IV-101 "When the Church declares that unconditional respect for the right to life of every innocent person - from conception to natural death - is one of the pillars on which every civil society stands, she wants simply to promote a human state"

⁴⁹⁴ John Paul II, addressing members of the *Pontifical Academy for Life* in Rome for their third plenary assembly, February 14, 1997, (VIS) "How can not one recall, that our era is seeing an unheard of and almost unimaginable slaughter of innocent human beings, to which many States have given the guarantee of the law? How many times has the Church raised her voice, unheeded, in defense of these human beings! And how many times unfortunately, has something been presented as a right and sign of civilization, but which is instead an aberrant crime with respect of the most defenseless of human beings"

⁴⁹⁵ Pius XII *Broadcast speeches and messages*, Vol X, 1948-49, pg 98-99.

⁴⁹⁶ O'Mahony P J, *A Question of Life - Its Beginning and Transmission*, Sheed and Ward, London, 1990, pg 108 Also see Pastuszek E, French R B, *Is the Fetus Human?*, Tan Books, Illinois, 1993, Ch 5

⁴⁹⁷ St Thomas Aquinas was clear that there was actual homicide when an ensouled embryo was killed He was equally clear that ensoulment did not take place at conception, - John T Noonan, Jr, 'An Almost Absolute Value in History', in Noonan, J T, Jr, ed, *The Morality of Abortion*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1970 In the *Declaration on Abortion*, the Vatican's Acta Apostolicae Sedis 66, 1974, pg 738, it is stated that it is possible to have a human life without soul The official teaching is that we cannot be absolutely sure when the soul is present or when the human conceptus has personhood - it could well be at the moment of fertilization But whatever about the personhood or soul, the Vatican declaration does believe that there is incipient biological human life and it should always receive the benefit of the doubt Compare this with the remarks of a leading Anglican of the time, J Fleming, who "rejects the contention that there is a distinction between human beings and human persons in the sense that the embryo is first a human being and later a human person A person is someone, he says, who has certain human functional abilities - talking, choosing, awareness and suchlike People, he says, have argued that personhood is achieved He feels that this is a flawed argument If personhood is something achieved, it can be lost What if the individual becomes mentally disabled? Does that individual cease to be a person? Again, nature does not revolve around function, rather function revolves around nature I communicate, he says, because I am a human person I am not a human person simply because I communicate If the person were illiterate or dumb, he remains a person Communication is the result of his personhood He, therefore, suggests that personhood is an endowment, rather than an achievement which is present at fertilization" This discussion on personhood was further complicated by the fact that the Classical Greek concept of personhood prevalent in the West and based on two components, was different to the Semitic concept of personhood, based on three components (Mgr Karm Cassar, University of Malta)

⁴⁹⁸ *Donum Vitae*, Vatican Document, 1987, Part I, No 4 & No 5, "If the embryos are living, whether viable or not, they must be respected just like any other human person experimentation on embryos which is not directly therapeutic is illicit It is immoral to produce human embryos destined to be exploited as disposable 'biological material'"

human embryo the benefit of the doubt, and was convinced that since the genetic and biological beginnings of the human being, began at fertilization, this was sufficient for it to extrapolate the argument to the human person, that is body and soul present at fertilization.

Other Christian Churches

36. The situation in the other churches is rather confounding. The World Council of Churches (WCC) admits, that given the complexity of the argument, it is not to be expected that all the members in one particular church or separate different churches, could in fact arrive at the same moral decision on this issue⁴⁹⁹. In the Lutheran tradition, there are different opinions of when human beings become personalized, and doubts are expressed as to the absolute value of their dignity, bringing in the concept of comparison to the rights of the mother and the rights of the quality of life of the born child itself⁵⁰⁰. The difference of opinion in the different Protestant Christian churches was amplified during a discussion on human cloning, where a Lutheran theologian commented: *Nor do I suppose that I can represent Protestants generally. There is no such body. Indeed, Protestants are specialists in the art of fragmentation. In my own tradition which is Lutheran, we commonly understand ourselves as quite content to be Catholic except that when on certain questions we have been compelled to disagree.* This was corroborated during the same discussion, by another probably Calvinist Protestant theologian who stated: *I cannot say that a conceived egg, a fertilized egg is exactly the same as a born human being. I do not think anybody entirely says that. We do end ectopic pregnancies...*⁵⁰¹. This is actually a false argument, as in ectopic pregnancies, there is an absolute threat to the life of the mother, which would ultimately end the life of the foetus itself, and the intervention here is considered as an indirect form of abortion, as the removal of the embryo is not the primary requisite.

37. In their book “Is the Foetus Human?”, Eric Pastuszek and Robert B. French⁵⁰², give an overview of the main church positions on abortion in North America, and reach certain interesting conclusions regarding position shifts over a ten-year period. In the different Protestant Churches, there is a mixed reaction, but by no means should it be understood that an anti-abortion position is solely a Catholic issue, as evidence suggests that the position of several Protestant denominations is equally manifest. This starting from the time of Roe Vs Wade up to the present day. Also some liberal Protestants shifted from a liberal pro-abortion view, to a moderate or conservative position during the 1980’s. They also stated that there is a recent shift where “major Protestant denominations had modified their pro-choice or pro-abortion position or, in some cases, reversed it”. In addition, as a whole, liberal Protestant churches, while struggling to maintain the right to abortion, also recognize that abortion denies the right to life of another individual. They also go on to state the position of the Eastern Orthodox Church, which maintains that abortion is murder, and the fact that Orthodox Jewish beliefs are the most long-standing beliefs in regard to the sanctity of life in the womb. On the other hand, Conservative Jews, allow abortion for certain economic, physical,

⁴⁹⁹ *Costly Unity*, The World Council of Churches, Switzerland, 1993, pg 8 Although the WCC, does recommend that experimentation on embryos should not be held unless in very definite and controlled conditions See Chapter 3, footnote 43 (6)

⁵⁰⁰ Mortensen V, *Life and Death - Moral Implications of Biotechnology*, WCC Publications, Geneva, 1995, pg 30, 31, 39, 53 “There are diverging interpretations of when humans attain their dignity and how absolute or inviolable it is not even Lutheran theologians define this right (to life) as absolute This means that from a Christian point of view, abortion can only be a last resort, when the mental or physical health of the mother is seriously threatened by the pregnancy, or when it can be predicted that the child, if it were born, would have a short life of severe suffering There are those (among Lutheran theologians) who give their argumentation on bioethical issues a specifically Christian basis, pointing to the fact that the human being is created by God and has infinite value Others choose to put forward their arguments on a more common basis by ascribing human dignity either to personality or to the fact that each individual as a part of humankind is to be understood collectively”

⁵⁰¹ Bioethics journal, *Ethics and Medicine*, Vol 14 1 1998, ‘Religion-Based Perspectives on Cloning of Humans’, Centre for Bioethics and Public Policy, London, pg 17 & 25

⁵⁰² Tan Books and Publishers, Inc, Rockford, Illinois, 1993, pg 58-65

emotional and social considerations. In alluding to the Catholic Church's perennial opposition to abortion, they end the particular chapter, by quoting Mother Theresa of Calcutta:

“The greatest destroyer of peace today is the cry of the innocent, unborn child. For if a mother can murder her own child in her own womb, what is left but for you and me to kill each other?”

38. Another interesting insight into the moral position regarding the personhood of the embryo, is given by Patrick J. O'Mahony in his book, *A Question of Life - Its Beginning and Transmission*⁵⁰³, where he gauges the reaction to the Warnock Committee's suggestion that embryo experimentation (from IVF), in the UK, should be allowed up to the fourteenth day after fertilization, but the embryo which has been used for research should not be transferred to a woman. In the words of Mary Warnock herself⁵⁰⁴, this report struck up a balance between the protection of the human embryo and the need for scientific research particularly for medical purposes, where the embryo could be damaged or destroyed in the process. What was emphasized here was that the embryo was not to be protected in an absolute manner with absolute human rights but only with relative rights. The Jewish reaction to the Warnock Report was mixed⁵⁰⁵, and declared that the issue was complex and undefined, leading to differing opinions. The Board for Social Responsibility of the Church of England supported by a majority the recommendation that research under licence be permitted on embryos up to fourteen days old⁵⁰⁶. The General Synod of the church however disagreed with both the report and the board's suggestion and voted against this by 151 to 128 votes, only to again overturn this decision five months later⁵⁰⁷. The Church of England was definitely divided on the matter reflecting the reality in the British Isles. Cardinal Hume on the other hand, explicitly stated that he could not accept the fourteen-day proposal because a new life came into existence from the moment of conception, starting a process of continuous growth⁵⁰⁸.

39. The Catholic Bishops' Conference of England and Wales, decreed in a statement amongst several points, that the human embryo had to be treated as a human person with the potential of development. They strongly condemned from the moral and factual point of view, the report's allowance of destructive experimentation during the first fourteen days after conception, and that the embryos used for this type of research should be destroyed after the elapse of this period⁵⁰⁹. The Methodist Church was divided in its response, but the majority supported the fact that some research on human in vitro embryos should be permitted under licence⁵¹⁰. The Board for Social Responsibility of the Church of Scotland, contrarily declared, that the human embryo was a human being from the first moment of fertilization, and it had the right to be protected and treated as such. However, it then goes on to make the curious statement, that these very same embryos, should be destroyed if the couples indicate that they have no wish for additional children, if there was no agreement among the couple for their use, or when the marriage relationship ends for any particular reason⁵¹¹. The Baptist Church, refers to the principle of the lesser of two evils, and applies this principle to the life of the embryo, that is it could be allowed to die in circumstances, which would not be acceptable for

⁵⁰³ Sheed and Ward, London, 1990

⁵⁰⁴ *Ibid*, “This was a balance between the very strongly held feelings that people have about protection that the human embryo should be afforded and the desire, that I think all of us share, that the research which is going to help the diminution of genetic diseases should be allowed to go on I don't think there is an absolute all or nothing case here I mean our point was, and the majorities' point, that you afford the embryo certain protection in law but not total and complete protection in law”

⁵⁰⁵ *Ibid*, pg 111

⁵⁰⁶ *Ibid*, pg 113

⁵⁰⁷ *Ibid*, pg 115-116

⁵⁰⁸ *Ibid*, pg 118

⁵⁰⁹ *Ibid*, pg 119-121

⁵¹⁰ *Ibid*, pg 122

⁵¹¹ *Ibid*, pg 124-125

one to accept in the case of an ordinary person, but because it was a “potential person”, one had to allow it to die with a “sense of tragedy”⁵¹²! This author reaches a different conclusion than the previous ones on the moral shift regarding the practice of abortion in the different churches in the West. At the beginning of the century they were all aligned with that of the Catholic Church, whilst today in the Church of England and other Churches, the official response towards abortion legislation has become more liberalized⁵¹³.

Other Religions

40. This section has proven without doubt how difficult it is to deal with this issue in any globally (or even regionally for that matter) coherent manner. The main Christian religions differ amongst themselves substantially on the status of the human embryo, even contradicting them over a different period. As mentioned before, the Jewish (Orthodox) position considers abortion as a fundamental absurdity. It is a prohibited act and its refusal morally justified. Muslims only consider the embryo as becoming human on the hundredth day of gestation and therefore deliberate termination of pregnancy may be morally acceptable in certain situations, such as where a foetus exhibits an anomaly. On the other hand, the *Buddhist* position declares, that the embryo is sacred, and that it possesses all the potentiality of a human being, abortion corresponding to the termination of life at whatever stage it is carried out, a position very close to that of the Catholic Church⁵¹⁴.

41. How difficult it may appear then, to have a consensus on such a subject at a political level, where politicians’ opinions are not only formed by expediency, but also by the different religious traditions and background⁵¹⁵? These very same differences are in fact reflected very often at the level of political discussion and decision-making. They assume not only an importance due to the effect of the resultant legislation on society, but also due to the fact that as representatives, not delegates, of society, parliamentarians also have a duty to exhibit moral leadership as part and parcel of the political leadership they wield.

⁵¹² *Ibid*, pg 126

⁵¹³ *Ibid*, pg 128

⁵¹⁴ European Network of Scientific Co-operation on Medicine and Human Rights, *The human rights, ethical and moral dimensions of health care*, Council of Europe Publications, Strasbourg, 1998, pg 86, 97, 146 & 207

⁵¹⁵ Observe the reaction to *Mr Enoch Powell's* private members’ bill entitled *The Unborn Children Protection Bill*, which was designed to prohibit creation of embryos for purposes of experimentation in the UK. This had substantial support in the house, but was made to fail by delaying tactics from the left (*Michael Foot* and others). The passage of this bill led to a fracas in the House, where even the Speaker’s chair was broken, due to the intensity of the passions aroused.

C. The Cloning of Human Beings

*It keeps repeating itself,
In this world so fine and honest,
The parson alarms the populace,
The genius is executed*⁵¹⁶.
Albert Einstein

Issues

42. One of the most recent advances in biotechnology announced itself to the dumbstruck world, in the form of a sheep called Dolly. The science of cloning, whereby a creature is reproduced, which is genetically equivalent to another creature, may be applied to micro organisms, plants and animals. I will not dwell on the effects cloning has on these living materials, except to say that in lower life forms, self-cloning, is one of the possible ways of asexual reproduction. In higher animals, through evolution, this form has given way to sexual reproduction, because of the greater genetic variation that it produces! Therefore, it is relevant to point out that natural selection has favoured the development of sexual reproduction over and above that of asexual reproduction. Humans, being considered as animals biologically (*Homo Sapiens sapiens*), may consequently be cloned, and it is pertinent to extrapolate, that once a higher animal life form such as a sheep, can be cloned, then the technology is also available for cloning man, that is human cells.

43. There are three situations that have to be distinguished in the cloning of human and animal cells. First, the cloning of mature somatic cells, which may be used for the repair of specific developed and mature body tissue, such as cloning a liver or pancreas. There is no ethical problem with this type of therapeutic cloning. Second, the cloning of embryos to produce human stem cells, which still being immature and pluripotent, may be used therapeutically, but can also be abused to produce human clones. This case needs special attention and is being dealt with, in a new protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine under a protocol on embryo protection. Third, the cloning of human beings by transferring the nucleus of a normal mature cell into the enucleated reproductive cell (ovum) for a female of the species, then inserted into a female uterus, producing a human being genetically equal to the cell source. This is called nuclear transfer. It is this third situation that will take up the concerns of this chapter⁵¹⁷. It would be wise to reveal at this stage of affairs, that it is possible to precisely duplicate the genetic materials in the cell-nucleus, resulting in the identical physical phenotype, however even cloned human cells will not be exactly the same as the source, because of the inability to equally reproduce the DNA in the cytoplasmic mitochondria⁵¹⁸!

European Legal and Ethical Positions

44. The announcement of Dolly's birth brought about a swift series of legal proclamations banning the cloning of human beings. Much work had already been done in Europe, which had led to a scientific and political consensus as to the illegality and immorality of human cloning. This work had been carried out for several years, both in the Council of Europe and in the European Parliament. It would be relevant to go through the main proclamations on the

⁵¹⁶ "*Es wiederholt sich immer wieder, In dieser Welt so fein und bieder, Der Pfaff den Poebel alarmiert, Der Genius wird executiert*"

⁵¹⁷ See report on the prohibition of cloning human beings Doc 7895 & 7906 by the Parliamentary Assembly, Council of Europe Publications, Strasbourg

⁵¹⁸ Cormack, D H, *Essential Histology*, J B Lippincott Company, Philadelphia, 1993, pg 58

issue. Since the cloning of human beings, is a matter that directly concerns human rights, it is mostly dealt with in the Council of Europe, but its absolute importance has not prevented it from being discussed and prohibited, even in discussions and recommendations of the EP.

45. In the Council of Europe, one finds Recommendations 934 (1982), 1046 (1986) and 1100 (1989), which effectively express a sanction on human cloning. The Council's Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine also contains articles (1 & 13) that implicitly prohibit human cloning. However, the clearest prohibition against cloning has been the addition of the first protocol to this same Convention, which deals with the explicit banning of human cloning, and was opened for signature, potentially only by the signatories of the Oviedo Convention, on 12 January, 1998. In Article 1, the protocol clearly states that: *Any intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being, whether living or dead, is prohibited.*

46. Similar recommendations have been issued by the *European Union*. In June 1997, the *European Council* put forward a declaration banning the cloning of human beings, and suggested that the Council and Commission keep this as one of the priority policies when considering community policy⁵¹⁹. In fact, the EU had already established that no funds would be allocated to human cloning research when adopting the specific research programme in the fields of biotechnology and biomedicine⁵²⁰. On the 28 May 1997, the Group of Advisors on the Ethical Implications of Biotechnology to the European Commission (GAEIB) also put forward recommendations concerning the ethical procedural policy in the cloning of animals and also strictly prohibiting human cloning⁵²¹. They also asked that no funds for human cloning research be available under the fifth research programme. The European Parliament also approved a Resolution on Cloning on the 12 March 1997, where it expressly called for human cloning to *continue to be prohibited and for an explicit worldwide ban on the cloning of human beings*⁵²². It is important to point out, that this was not the first initiative by the EP against human cloning, and several debates in the Parliament had highlighted this problem, pointing out due considerations. One can refer to the Resolutions of the 16 March 1989 on the ethical and legal problems of genetic engineering⁵²³ and artificial insemination 'in vivo' and 'in vitro'⁵²⁴, and 28 October 1993 on the cloning of human embryos⁵²⁵. In addition, in adopting legislation on the legal protection of biotechnological inventions in 1998 (Directive 98/44/EC), the legislation specifically excludes processes for the cloning of human beings from patentability (Article 6.2a), as it is considered offending to public morals.

47. On the international level, the issue of human cloning is being pursued by certain organizations. The World Medical Association, at the 49th assembly held in Hamburg in November 1997, adopted a resolution calling on doctors and other scientists engaged in research, to voluntarily abstain from participating in the cloning of human beings, until legal and ethical controls have been put into place. The UNESCO declaration for the protection of the human genome⁵²⁶, although not mentioning human cloning by name, implicitly forbids its utilization for any reason, as it directly opposes the hollowed and uncompromisable concepts of individual human dignity. Article 2a states that: *The genome of each individual represents*

⁵¹⁹ *Europe*, Documents No 2041/42, 20 June 1997, Agence Europe, Brussels

⁵²⁰ Council Decisions of 15 December 1994, 94/912/EC and 94/913/EC

⁵²¹ *Opinions of the Group of Advisors on the Ethical Implications of Biotechnology of the European Commission*, European Commission Secretariat-General SEC/9658/97, OOPEC, Luxembourg, pg 130-136

⁵²² *OJ C* 115, 14 4 97, OOPEC, Luxembourg, pg 92-94

⁵²³ *OJ C* 96, 17 4 1989, OOPEC, Luxembourg, pg 165

⁵²⁴ *OJ C* 96, 17 4 1989, OOPEC, Luxembourg, pg 171

⁵²⁵ *OJ C* 315, 22 11 1993, OOPEC, Luxembourg, pg 224

⁵²⁶ On the 9 December 1998, the *United Nations General Assembly* endorsed without a vote, the UNESCO declaration termed, the *Universal Declaration On The Human Genome And Human Rights*, adopted in 1997

his or her specific genetic identity, while Article 10 declares that: *No scientific research or its applications in the fields of biology and genetics should be allowed to prevail over the respect for human dignity and human rights*. Other articles such as 5b and 6, also similarly preclude human cloning⁵²⁷. There is presently a debate proceeding at the UN, which aims to produce an international convention to prohibit reproductive, if not therapeutic cloning.

Moral positions

48. One would expect that in the religious field, one would find as tight a position on human cloning as one does in the political field. This in fact does not turn out to be so! In the Protestant theological debates, positions vary from the outright prohibition, to the allowing of human cloning under certain circumstances, although most theologians are against it *per se*. There is no such thing as a common Protestant position. Quoting from an article by C. Ben Mitchell Ph.D., the writer clearly gives several moral reasons for stating, *“Cloning human embryos is wrong”*⁵²⁸. Several Protestant Churches such as the United Methodist Church¹⁵, share this view. On the other hand other Protestant theologians are not always so categorical about absolutely banning human cloning⁵²⁹, such as the declaration by Dr. Nancy Duff of Princeton University that: *I would not rule cloning out of bounds apart from its consequences, and say that it is wrong in and of itself...if someone could show to me that it really would enhance the well-being of future lives...I cannot say that a conceived egg, a fertilized egg is exactly the same as a born human being. I do not think anybody entirely says that.*

49. Once again the moral and legal status of the human embryo is overshadowing this issue. Gerald P. McKinney, a Calvinist theologian, states that little attention has been paid to the ethical implication of human cloning⁵³⁰. He declares that it is likely that given the circumstances surrounding the procedure, most ethicists would resist it. However there is no categorical denial of the procedure as wrong in itself. In addition, strangely enough, the ecumenical declaration by the WCC in Moscow in 1989, did not list human cloning among the eleven recommendations it issued, as proposals of a practical nature to its member churches⁵³¹.

50. The position within the Catholic Church is much clearer and categorical, not only amongst individual theologians but also in the official teachings. The Congregation for the Doctrine of the Faith in its paper Instruction on Respect for Human Life in its Origin and the Dignity of Procreation, (Donum Vitae), issued in 1987, clearly delineates that: *...attempts or hypothesis for obtaining a human being without any connection with sexuality through “twin fusion”, cloning or parthenogenesis are to be considered contrary to the moral law since they are in opposition to the dignity both of human procreation and of the conjugal union*⁵³².

51. Also further on, the importance of sexual reproduction in human procreation is underlined, where one finds that: *Every human being is always to be accepted as a gift and blessing of God. However, from the moral point of view a truly responsible procreation vis-à-vis the unborn child must be the fruit of marriage*⁵³³.

⁵²⁷ In the USA, *President Clinton* called for the prohibition of public monies for the use of research in human cloning. A proposal to Congress for a cloning prohibition act in the United States, was also presented

⁵²⁸ *Ethics and Medicine*, Vol 14 1 1998, article entitled ‘A Protestant Perspective on Cloning’, Centre for Bioethics and Public Policy, London, pg 26-29

⁵²⁹ *Ibid*, article entitled ‘Religion-Based Perspectives on Cloning of Humans’, pg 8-25

⁵³⁰ Robert Nelson, J., *On the New Frontiers of Genetics and Religion*, Wm B Eerdmans Publishing Co, Michigan, USA, 1994, pg 162

⁵³¹ *Ibid*, pg 172-174

⁵³² Part I, section 6

⁵³³ Part II, section A1

52. Joseph Cardinal Ratzinger, in an interview to the Italian daily *La Repubblica* and reported by the Catholic Herald of the 14 March 1997, clearly condemned human cloning and said that it *is a dangerous possibility which should not be underestimated because you do not play with human life*. On the 24 June 1997, the Pontifical Academy for Life instituted by John Paul II, published a text called Reflections on Cloning. In the text one finds that: *On the level of human rights, eventual human cloning would represent a violation of two fundamental principles on which human rights are based: the principle of parity among human beings and the principle of non-discrimination* and also further down the line, that it *...is part of the project of eugenics*. Several other Catholic theologians also speak clearly against human cloning, such as Lisa Cahill of Boston College⁵³⁴, Rev. Dr. Albert Moraczewski representing the US National Conference of Catholic Bishops⁵³⁵. Eberhard Schockenhoff also clearly, not only condemns human cloning, but also highlights the difference between man-induced artificial cloning and that occurring naturally in the conception of twins or other multiple pregnancies, such as the *contemporaneousness of their existence* and the fact that their hereditary information was determined by two alien individuals⁵³⁶.

53. The confusing situation amongst different religions, is made worse when one considers that many Jewish and Islamic scholars believe that human cloning is not only permissible, but might have a moral obligation if its aim is to rectify the problems of infertile couples⁵³⁷.

⁵³⁴ 'Religion-Based Perspectives on Cloning of Humans', article in *Ethics and Medicine* 14 1, 1998, Centre for Bioethics and Public Policy, London, pg 8 *et seq*

⁵³⁵ *Ibid*, pg 10 *et seq* Of particular note is the quotation 'it is entirely unsuitable for human procreation even under exceptional circumstances'

⁵³⁶ 'First Sheep, then Human Beings? Theological and Ethical Reflections on the Use of Gene technology', article in *Concilium* 1998/2, SCM Press, London, 1998, pg 85 *et seq* See also articles by Maurice Emnyan, in *The Times* of April 11, 1997, Allied Malta Newspapers, Malta, pg 9, and 'A Christian Outlook' in *The Sunday Times*, of March 15, 1998, Allied Malta Newspapers, Malta, pg 10

⁵³⁷ *Houston Chronicle*, Saturday, March 15, 1997, Houston, Texas, pg 8A

D. The Patenting of Human Beings

The Destiny of man has slipped from the hands of politicians into the hands of scientists, who know not what they do, but pass responsibility for results on to those whose sense of proportion and knowledge are inadequate to the situations created by science.
Desmond McCarthy

Issues

54. Ever since genes started to be read, and their industrial and medical applications realized, individuals and industries started to think about the patent protection of the genetic and technical information at their disposal and the protection of new forms of life made possible by the process of transgenesis. New life forms such as microorganisms and new plant varieties have been registered for quite some time now, although new plant varieties are protected under their own specific legislation and not usually under general patenting laws. Patenting is of course, sought after, in order to protect the amount of research capital, that a particular individual or company would have invested, in a particular project. The lack of laws protecting intellectual property, would not induce commercial entities to invest substantial quantities of money in research, or would drive them away to other countries, which in fact had this legal protection on their statute books.

55. In this regard, the European Union, until recently, lagged behind the USA and Japan, who evidently attracted much of the available investment for this simple reason. The main ethical issues which arise from the patenting question, include the fact whether or not, life-forms may be patented whether they be plants or animals, whether their genes may be patented, whether human genes in general, may be patented, and finally, whether human gene sequences of indeterminate function, called 'c-DNA', may also be patented. There is also the issue of sharing the financial spin-offs fairly with all nations and groups involved, and of providing accessibility to everyone as regards knowledge and information. The present set up of issuing patents, is generally seen by developing countries, to be upsetting the balance of development against the interests of the poor countries of the world and further upsetting the North-South imbalance in favour of the North. In my opinion, this last ethical problem is the most pressing and palpable problem.

56. The EU has now addressed many (but not all) of the ethical problems associated with this issue by adopting Directive 98/44/EC of the European Parliament and Council. The main provisions of this directive have been accepted by the European Patent Office (EPO) set up under the European Patent Convention of 1973. More however needs to be done. For a detailed perspective on this issue, please refer to the document AS/Cult/Science (2003) 04.

Reporting committee: Committee on Culture, Science and Education

Reference to committee: Doc. 9581 and Reference No 2767 of 18.11.2002

Draft recommendation adopted by the committee on 5 May 2003 with 6 votes against and 2 abstentions

Members of the committee: MM. *de Puig* (Chairman), Baroness *Hooper*, MM. *Prisacaru*, *Smorawinski* (Vice-Chair), *Apostoli*, *Asciak*, *Banks*, *Barbieri*, *Berceanu* (Alternate: *Baciu*), *Braga*, *Buzatu*, Mrs *Castro* (Alternate: Mr *Varela i Serra*), MM. *Chaklein*, *Colombier*, Mrs *Cryer*, MM. *Cubreacov*, *Dalgaard*, Mrs *Damanaki*, Mrs *Delvaux-Stehres*, Mr *Devinsky*, Mrs *Domingues*, Mr *Eversdijk*, Mrs *Eymer*, Mrs *Fehr*, Mrs *Fernández-Capel*, MM. *Gadzinowski*, *Galchenko*, *Galoyan*, *Gentil*, Mrs *Glovacki-Bernardi*, MM. *Goris*, *Gündüz I.*, *Gündüz S.*, Mrs *Hadžiahmetović* MM. *Haraldsson*, *Hegyi*, *Howlin*, *Huseynov R.*, *Iannuzzi* (Alternate: *Gaburro*), Mrs *Isohookana-Asunmaa* (Alternate: Mr *Tiuri*), MM. *Jakic*, *Jarab*, *Jurgens*, Mrs *Katseli*, Mrs *Klaar*, Mrs *Labucka*, MM. *Legendre*, *Lengagne*, *Letzgus*, *Libicki*, *Livaneli*, Mrs *Lucyga*, MM. *Lydeka*, *Malgieri*, *Marxer*, Mrs *Melandri*, MM. *Melnikov*, *Mestan*, *Mezihorak*, Mrs *Milotinova*, Mrs *Muttonen*, Mr *O'Hara*, Mrs *Ohlsson*, MM. *Podeschii*, *Rakhansky*, *Rockenbauer*, *Rybak*, Mrs *Samoilovska-Cvetanova*, MM. *Schellens*, *Schneider*, *Shybko*, *Sizopoulos*, Mrs *Skarbovik*, MM. *Sudarenko* (Alternate: *Korobeynikov*), *Tusek* (Alternate: *Grissemann*), *Vakilov*, Mrs *Westerlund Panke*, Mr. *Wodarg*, N., N., N..., N ...

N.B. The names of those present at the meeting are printed in italics

Head of secretariat: Mr Grayson

Secretaries to the committee: Mr Ary, Mrs Theophilova-Permaul

BIBLIOGRAFIA

ABC – Australia News. *Human embryo bill passed by House of Reps.* Disponível em: http://www.abc.net.au/news/australia/2002/09/item2002092517228_1.htm. Acesso em: 26 set. 2002.

ABRAMOWICH, Víctor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales. **Revista Crítica de Derecho Social**, Buenos Aires: Editores del Puerto, n. 1, s.r.l., 1997.

ALCÂNTARA, Lúcio. Justificação do Projeto de Lei n.º 90/99. Senado Federal. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/senador/requiao/pls9099.htm>. Acesso em: 15 abr. 2003.

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

_____. Direitos do nascituro no sistema jurídico brasileiro. **Separata da Revista “O Direito”**, Lisboa: ano 129, v. I-II, 1997.

ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 7. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

ANDORNO, Roberto (Org.); et al. *El derecho frente a la procreación artificial*. El derecho Argentino ante los riesgos de coisificación de la persona en la fecundación in vitro. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.

ANDREWS, Lori, B. Bebês sob medida. Você gostaria de selecionar os traços genéticos de seu filho como escolhe um carro? **Seleções – Reader’s Digest**. Rio de Janeiro: Globo-Cochrane – Vinhedo associada à RR Donnelley & Sons Company, p. 33-36, set. 2001.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; TELÖKEN, Cláudio (Coord.). *Fertilidade e Infertilidade humana*. Rio de Janeiro: Medsi, 1997.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERLINGER, Giovani; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: UnB, 1996.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/oea/oea.html>. Acesso em: 8 abr. 2003.

BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTTELLA, J. *Esterilidad e infertilidad humanas*. 2. ed. Barcelona: Editorial Científico-Médica, 1971.

BRANDÃO, Denival *et alli*. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

BRASIL. Código Civil. Lei. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. 53.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.358, de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização de técnicas de reprodução assistida. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 16.053, 19 nov. 1992.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CARLIN, Volnei Ivo (Org. e co-autor). *Ética e bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1999.

CARLSON, Bruce M. *Embriologia humana e biologia do desenvolvimento*. Trad. de Ithamar Vugnam. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996.

CARTA MÉDICA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.geocities.com/Heartland/Forest/5876/vozdamedicina.htm>. Acesso em: 11 abr. 2003.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El derecho e la bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO DA EUROPA. *Parliamentary Assembly*. Committee on Culture, Science and Education. Group of the European People's Party. Disponível em: <http://assemblu.coe.int/Main.asp?link=http%3A%2F%2Fassemblu.coe.int%2Fdocuments%2FworkingDocs%2Fdoc03%2FEDOC9816.htm>. Acesso em: 23 jun. 2003.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução n.º 196 de 10 de outubro de 1996. Regulamenta as pesquisas envolvendo seres humanos. Presidente: Adib D. Jatene. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria geral do direito civil*. Lisboa: AAFD. 1994. v. 1.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Luiz Edson Facchin Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira da; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.) et al. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DELGADO, Mário. O novo Código Civil e a fertilização artificial. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-fev2002/artigos-anteriores.html>. Acesso em: 10 mar. 2003.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito de família*. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.1.2002), v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. 2. ed. rev. e atual. *Curso moderno de direito civil: Parte geral*. São Paulo: Nelpa Edições, 1996.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia*. Trad. de Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

ENGELHARDT Jr., Hugo Tristram. [The foundations of bioethics]. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRIOLOGY. The moral status of the pre-implantation embryo. *Human Reproduction*, v. 16, n. 5, 2001, p. 1046-1048, 2001.

FACCHIN, Luiz Edson (Coord.); RAMOS, Carmen Lucia Silveira et. al. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Nova Fronteira, 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1.

FUKUYAMA, Francis. O fim da natureza humana e não humana. Disponível em: <http://www.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u6893.shtml>. Acesso em: 04 jan. 2003.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). *A bioética no século XXI*. Brasília: UnB, 2000.

GOLDIM, José Roberto. Alteridade. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/alterid.htm>. Acesso em: 14 abr. 2003.

_____. Imperativo categórico. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/impercat.htm>. Acesso em: 14 abr. 2003.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira (Org.) et al. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINBAUM, R. Para biólogo francês busca pelo novo transpõe ética. In: Folha de São Paulo/Folha Brasil. Disponível em: <http://www.uol.com.br/fsp/brasil/fc2801200143.htm>. Acesso: 28 jan. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001.

JARDÉ, Auguste. *A Grécia antiga e a vida grega*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1977.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: la práctica del principio de responsabilidad*. Trad. de Carlos Fonseca Gil. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997.

_____. *El principio de responsabilidad*. Trad. de Javier Maria Fernández Retenaga. Barcelona: Empresa Editorial Herder, 1995.

JUNGES, José Roque. *Bioética – perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, [sd] (a obra original foi escrita em 1785).

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Ciências Jurídicas*, ano I, n. 1, p. 31-52, 1997.

_____. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Biodireito – ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEMOS, Fabiana. A seqüência da vida. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 20 fev. 2001, p. 19.

LIMA, Celso Piedemonte. *Genética humana*. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1984.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos à Wittgenstein*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

MARIOTTI, Alexandre. Justificação e limites do poder do Estado. Área doutrinária: Teoria do Estado. **Revista UniSíntese** (Direito em CD-ROM), 2. ed., 2000.

MAZEAUD ET MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. Tome Premier. Paris: Montchrestien, 1955.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.

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

MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

MESTIERI, João. Embrião. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 32, p.43, ago.,1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia básica*. Trad. de Ithamar Vugman e Mira de Casrilevitz Engelhardt. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

_____. *Embriologia clínica*. Trad. de Fernando Simão Vugman. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.

OLIVEIRA, Fátima. *Engenharia genética: o sétimo dia da criação*. São Paulo: Moderna, 1995.

_____. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, n. 532, p. 11-23, fev. 1980.

PENTEADO, Jacques de Camargo et al (Org.). *A vida dos direitos humanos. Bioética médica e bioética jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PROJETO DE LEI n. 6960/2002 (Ricardo Fiúza). Disponível em www.valoronline.com.br/pdf/projetofiuza.pdf. Consulta em: 18 mai. 2003.

PUECHE, José Enrique Bustos. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Dykinson, 1997.

QUEIROZ, Juliana Fernandes. Embriões Humanos no limbo do esquecimento. *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte: Del Rey, ano 5, n. 10, p.22-23, jan./fev./mar. 2003.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis. 2000.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena (Org.) et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

RAYMUNDO, Márcia Mocellin. Seminários sobre a obra de Hans Jonas: reflexões filosóficas sobre a experimentação com seres humanos. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/jonasIIhtm>. Acesso em: 16 jan. 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2000.

REQUIÃO, Roberto. Substitutivo ao projeto de lei n. 90/99. *Boletim virtual informativo*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/requiao/Pare9099.htm>. Acesso em: 15 abr. 2003.

SADLER, T.W. *A Embriologia médica de Langman*. Trad. de Fernando Simão Vugman e Ithamar Vugman. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SEGATTO, Cristiane. As receitas do livro da vida: O Projeto Genoma encontra menos genes humanos do que imaginava e abre a corrida pelo estudo de problemas relacionados a doenças. *Revista Época*, Rio de Janeiro: Globo, p. 96-98, fev. 2001.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. rev. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SERNA, Pedro. Dignidad de la persona: um estúdio jurisprudencial. *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Universidad de Navarra/Facultad de Derecho: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, p.139-196, 1999.

SERRA, Ângelo. Chi o Che cosa è l'embrione umano? I dati della scienza. *Bioética ed educazione* (Org. Maria Luisa Di Pietro e Elio Sgreccia). Milano: Editrice la Scuola, 1997.

SÈVE, Lucién. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: Fundamentos e ética biomédica*. Trad. de Orlando Soares Moreira). São Paulo: Loyola, 1996, v. 1.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Os direitos humanos do embrião: análise bioética das técnicas de procriação assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 768, p. 76-91, 1999.

_____. *Introdução ao biodireito: investigações político jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

_____; LAPA, Fernanda Brandão (Org.). *Bioética e direitos humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TESTART, Jacques. *O ovo transparente*. Trad. de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Edusp, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – Teoria geral*. Ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, pp. 106-134,

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro – Introdução e parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.