

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

CAROLINE LEITE DE CAMARGO

**DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO E OS LIMITES ÉTICO-
LEGAIS**

MARÍLIA
2013

CAROLINE LEITE DE CAMARGO

**DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO E OS LIMITES ÉTICO-
LEGAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito – área de concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior.

MARÍLIA
2013

CAMARGO, Caroline Leite de.

Da pesquisa com células-tronco e os limites ético-legais/
Caroline Leite de Camargo; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão
Júnior. Marília, SP [s.n.], 2013.
165 f.

Dissertação de mestrado,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

1 Biodireito. 2 Manipulação genética. 3 Pesquisas com células-
tronco. 4 Dignidade humana. 5 Clonagem. 6 Eugenia.

CDD: 340.1



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal – Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Caroline Leite de Camargo

Título: "Da pesquisa com células-tronco e os limites ético-legais".

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

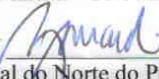
Aos vinte e oito dias do mês de agosto de dois mil e treze, com início às 11h30min, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior - orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Drª. Iara Rodrigues de Toledo (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr. Renato Bernardi (docente da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná/Jacarezinho-PR), arguiu a candidata, tendo a examinada sido APROVADA, com nota 10,0 (10). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:


PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR (Orientador) 
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROFª. DRª. IARA RODRIGUES DE TOLEDO 
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. RENATO BERNARDI 
(IES: UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná/Jacarezinho-PR)

MESTRANDA: CAROLINE LEITE DE CAMARGO 

Marília, 28 de agosto de 2013.


Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior
Vice-Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM



Aos meus pais e minha irmã, pedras fundamentais da minha existência.

A todos que acreditam, lutam pela justiça e a preservação do ser humano, em especial aos meus mestres que mesmo diante das trevas me fizeram acreditar e lutar por um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me concedido a oportunidade de dedicar minha vida profissional ao estudo e a compreensão das ciências sociais aplicadas.

Aos meus pais Oscar e Maria Lúcia, pais dedicados, que sempre acreditaram em mim, desde a minha concepção.

A minha irmã Ana Carine pela ajuda e paciência de sempre, principalmente na compreensão dos termos das ciências médicas.

A tia Fátima Maria, médica dedicada, exemplo de profissional, por todo o auxílio.

Aos meus avós maternos José Alexandre (*in memoriam*) e Laura.

Aos amigos Michel Flumian e Ancilla Galera, professores dedicados, amigos raros, por todo o apoio e torcida, dicas, leituras, críticas e sugestões, desde as primeiras linhas deste trabalho.

Aos também amigos Eduardo e Fernanda Sousa, Renata Flumian, Cláudio Lopes, João Barretto, Silas, Marcelo Veimar, Lúcio Marcos.

Aos meus ex-alunos da UFMS, campus de Três Lagoas, que nesses dois anos e meio de convivência me fizeram entender que ser professora é muito mais do que uma profissão.

Aos amigos e colegas de trabalho na UFMS, curso de Direito, por todo auxílio.

A todos os professores da graduação, ensino médio e ensino básico que de alguma forma contribuíram para que um dia eu pudesse alcançar meus objetivos e ser o que sou.

Aos amigos e colegas de mestrado, em especial André, Beth, Carla, Cássia, Caio, Denise, Giovani, José Vicente, José Carlinhos, Renato, Rilker, Salmeirão, Tiago e Valdir.

Às amigas Leninha e Taciana por nos ajudarem nessa árdua caminhada.

Aos professores do curso de Mestrado em Direito – UNIVEM, em especial ao professor Lafayette Pozzoli.

Ao professor Renato Bernardi, pelas primeiras orientações após a escolha do tema.

Ao meu orientador, professor Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior por todo o tempo, dedicação e auxílio durante a caminhada realizada rumo ao título de mestre em direito.

A minha co-orientadora Iara Rodrigues de Toledo pela compreensão, auxílio e carinho.

Enfim, gostaria de deixar muito obrigada a todos que de alguma forma acreditaram em mim (e aos que não acreditaram também, pois todas as derrotas não deixam de ser um

aprendizado), desde os primeiros anos de graduação e mesmo diante dos momentos mais difíceis não me deixaram desistir: essa vitória é NOSSA!

“O homem que pensa traz consigo uma inquietação capaz de transformar-se em perversão moral; algo que o homem que não pensa ignora totalmente”.

KANT, 2010, p. 35.

CAMARGO, Caroline Leite de. Da pesquisa com células-tronco e os limites ético-legais. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

Os últimos séculos foram marcados pela constante evolução científica e tecnológica. No final do século XX, com a clonagem do primeiro mamífero e o Projeto Genoma Humano, o mundo se deparou com possibilidades nunca imaginadas. Contudo, é preciso muita responsabilidade dos que possuem em suas mãos possibilidades de mudar para sempre a história da humanidade, podendo, inclusive, extinguir a raça humana. Manipular genes no intuito de evitar, amenizar ou curar doenças (muitas vezes ainda no ventre materno) é uma das novidades trazidas pelo avanço científico nas áreas da medicina, biologia, engenharia genética, entre outros. Uma grande discussão que ocorre atualmente gira em torno das pesquisas com células-tronco, dividindo as comunidades nacionais e internacionais de médicos, juristas, filósofos etc. Muitos acreditam que o aprimoramento de tais pesquisas será a salvação para milhares de pessoas que padecem de algum mal, bem como poderiam proporcionar técnicas para o prolongamento da expectativa de vida. Entretanto, para a obtenção de células-tronco, deve ocorrer manipulação com células adultas ou embrionárias. Até que ponto a ciência pode sacrificar seres humanos ou embriões para o desenvolvimento de pesquisas, uma vez que é difícil ter certeza sobre o resultado a médio e a longo prazo? É lícito sacrificar embriões para a obtenção de células-tronco? Onde fica o papel do Estado em garantir que sua população tenha seus direitos fundamentais respeitados? A liberdade de pesquisa é válida quando se sacrifica a qualidade de vida de alguns em prol da coletividade? Diante dessas e de outras inúmeras questões e no intuito de evitar uma catástrofe, surge o biodireito: um ramo do direito que objetiva à proteção da vida, em todas as suas formas. Assim, a presente pesquisa visa, através do método dedutivo-indutivo, analisar bibliografia acerca da licitude ou não de pesquisas com células-tronco, sejam embrionárias ou adultas, bem como a possível responsabilidade do ente estatal e dos pesquisadores acerca de seu desenvolvimento, além da licitude da limitação do exercício profissional na área em questão, tendo em vista a importância da proteção da vida e da dignidade humana, acima de evoluções e aprimoramentos científicos.

Palavras-chave: Biodireito. Manipulação genética. Pesquisas com células-tronco. Dignidade humana. Clonagem. Eugenia.

CAMARGO, Caroline Leite de. Of stem cell research and the ethical and legal boundaries. 165 f. Dissertation (Master in Law) - Centro Universitário de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

The last few centuries were marked by constant scientific and technological developments. At the end of the twentieth century, with the cloning of the first mammal and the Human Genome Project, the world was faced with unimagined possibilities. However, it takes a lot of responsibility they hold in their hands possibilities forever change the history of mankind, and may even extinguish the human race. Manipulate genes in order to prevent, mitigate or cure disease (often still in the womb) is one of the novelties brought by scientific advances in the fields of medicine, biology, genetic engineering, among others. A great discussion is happening now revolves around the research with stem cells, dividing the international and national communities of doctors, lawyers, philosophers etc. Many believe that the improvement of such research is the lifeline for thousands of people who suffer from any harm and might provide techniques for prolonging life expectancy. However, to obtain stem cells, must occur with manipulation embryonic or adult cells. The extent to which science can sacrifice humans or embryos for research development, since it is difficult to be certain about the outcome in the medium and long term? Is it lawful to sacrifice embryos for obtaining stem cells? Where is the role of the state to ensure that its people have their basic rights respected? Freedom of research is valid when it sacrifices the quality of life for some in favor of the community? Given these and many other issues and in order to avoid a catastrophe arises bio law: a branch of law which aims to protect life in all its forms. Thus, this research aims, through the inductive-deductive method, analyze literature on the legality or otherwise of research with stem cells, whether embryonic or adult, as well as the possible responsibility of the state entity and researchers about their development as well the lawfulness of the limitation of professional practice in the area in question, in view of the importance of the protection of life and human dignity, above developments and scientific improvement.

Keywords: Biolaw. Genetic manipulation. Stem cell research. Humandignity. Cloning. Eugenia.

ABREVIATURAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade.
BCTG: Banco de Células e Tecidos Germinativos.
CFM: Conselho Federal de Medicina.
CNS: Conselho Nacional de Saúde.
CRMRJ: Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro.
CTNbio: Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
DGPI: Diagnóstico Genético Pré-implantacional.
FIV: Fertilização *in vitro*.
FIVETE: Fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões.
GIFT: transferência de gametas intratubária
MPF: Ministério Público Federal
OGM: Organismos Geneticamente Modificados.
OMS: Organização Mundial de Saúde.
ONU: Organização das Nações Unidas.
PL: Projeto de Lei.
PGD: Diagnóstico Genético Pré-implantação
RA: Reprodução Assistida.
SBRA: Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida.
STF: Supremo Tribunal Federal.
TGCG: Terapia Genética de Células Germinativas.
ZIFT: Transferência Intertubária de zigotos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 DIGNIDADE HUMANA, BIODIREITO E BIOÉTICA: A CIÊNCIA E A PROTEÇÃO DA VIDA EM CONFLITO	16
1.1 Dignidade humana: a evolução de seus conceitos e significados.....	16
1.1.1 Dignidade humana no século XX e XXI.....	18
1.1.2 Direitos humanos, direitos fundamentais e o biodireito.....	20
1.2 Bioética e biodireito.....	25
1.2.1 Bioética: conceito	25
1.2.2 Biodireito.....	33
1.2.3 Evolução da ciência ao longo dos anos	34
1.3 Proteção ao ser humano contra pesquisas científicas no direito comparado.....	37
1.4 Projeto genoma.....	39
1.5 Reprodução humana assistida.....	40
1.6 Formas de reprodução humana assistida	47
1.6.1 Fertilização assistida em números	52
CAPÍTULO 2 DIREITOS DE PERSONALIDADE E A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO.....	54
2.1 Pesquisa científica e a proteção à vida	54
2.2 Manipulações genéticas.....	58
2.2.1 Clonagem.....	61
2.2.2 Eugenia	64
2.3 O biodireito e a proteção da vida em todas as suas formas	65
2.3.1 Principais teorias sobre o início da vida	66
2.3.2 Direito de personalidade do nascituro e do embrião?.....	70
2.4 Fim da vida: aborto e eutanásia	79
2.4.1 Aborto: interrupção de um ser em desenvolvimento.....	80
2.4.2 Eutanásia: abreviar o fim da vida é dignamente aceitável?.....	86
CAPÍTULO 3 LIBERDADE DE PESQUISA, A PROTEÇÃO À VIDA, DIGNIDADE HUMANA E AS PESQUISAS COM CÉLULAS- TRONCO	93
3.1 Direito de liberdades e as novas possibilidades para se indenizar	93
3.2 Vida injusta.....	98

3.3 Nascimento injusto	101
3.4 Erro na ausência de contracepção.....	114
3.5 Intervenção estatal na liberdade de exercício profissional	117
3.5.1 Responsabilidade dos profissionais da saúde e o direito de liberdade	120
3.6 Dever de preservação da vida.....	124
3.7 Células-tronco embrionárias e adultas.....	135
CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	153

INTRODUÇÃO

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

KANT, 2011, p. 65

Os avanços científicos têm apontado para a necessidade da criação de novas leis que possam melhor regulamentar as pesquisas com células-tronco desenvolvidas no Brasil, uma vez que a ADI 3.510/08 constatou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05, afirmando a possibilidade de pesquisas com embriões humanos para a obtenção de tais células embrionárias, apontadas pelos cientistas como mais eficientes na obtenção da cura de muitos males.

Biodireito, bioética e os mais elementares princípios do direito se unem no intuito de tentar proteger a dignidade humana e a vida em todas as suas formas. Vida esta ameaçada por experiências e estudos ilimitados, ou mesmo não acompanhados da forma como se deveria por instituições governamentais, podendo causar danos a toda a coletividade.

Alguns temas (como, por exemplo, o referente à permissão pela lei brasileira em se pesquisar células-tronco adultas e embrionárias) têm sido bastante debatidos, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal na citada ADI.

O presente trabalho trará alguns apontamentos acerca da lei 11.105/05 além de outras e a ADI 3.510/08, bem como acerca do início da personalidade jurídica do embrião e a possibilidade ou não de estarem havendo violações de direitos com a utilização de material humano para fins científicos, principalmente quanto ao direito à vida e à dignidade humana, preceitos maiores do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foram utilizados materiais bibliográficos nacionais e internacionais e, através do método dedutivo-indutivo, será apresentada uma conclusão preliminar, ressaltando que o presente trabalho é objeto de pesquisa tratado em dissertação de mestrado a ser defendida no ano de 2013.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, foram utilizadas diversas referências bibliográficas, dentre elas leis, Projetos de Lei e Projetos de Emenda Constitucional que

tramitam atualmente no Congresso Nacional no intuito de diminuir as dúvidas acerca do tema.

Doutrinas nacionais e internacionais, além de julgados dos Tribunais Brasileiros e estrangeiros também foram fontes de análise, comparação e pesquisa e, embora o Brasil ainda tenha um longo caminho a percorrer, o que se percebeu foi que o país é rico em fontes mediatas do direito, uma vez que a bibliografia utilizada é bastante extensa.

Diante do exposto, será apresentada na presente obra uma análise sobre os limites ético-legais acerca do desenvolvimento de pesquisas científicas que envolvem partes, membros ou tecidos humanos.

No capítulo primeiro, foi apresentada a relação existente entre os direitos humanos, os direitos fundamentais, a bioética e o biodireito, bem como a evolução dos conceitos até a positivação, na Carta Constitucional de 1988, do princípio maior de todo o ordenamento jurídico pátrio: a dignidade humana.

Através da dignidade humana, se busca a concretização dos direitos mínimos de todo ser humano, dentre eles, a proibição de ser tratado como mero objeto. Entretanto, conforme se verá ainda no primeiro capítulo, nem sempre o mundo puniu violações de direitos, sendo que, ao longo da história humana, são muitos os relatos de experiências científicas que trouxeram sérios danos às pessoas que a elas foram submetidas, na maioria dos casos, sem o seu conhecimento ou consentimento. Apenas após a II Guerra Mundial que a primeira lei internacional sobre o tema foi criada, qual seja o Código de Nuremberg, que trouxe três dos quatro princípios ainda hoje em vigor quanto à bioética – a autonomia, beneficência e justiça.

Com o passar dos anos e a evolução das diversas áreas da ciência, mais especificamente na década de 70, a manipulação de gametas humanos começou a ser realidade e foi possível o nascimento do primeiro bebê de proveta. A partir de então, problemas de fertilidade começaram a ser resolvidos através de um tubo de ensaio.

Enquanto alguns problemas se resolviam, muitos outros surgiam (e surgem diariamente) vinculados a temas trazidos com as novas tecnologias como, por exemplo, relacionados à filiação e a relações de parentesco oriundas de reprodução assistida.

No capítulo segundo, se tratou acerca dos direitos de personalidade, bem como se analisou se o embrião e o nascituro possuem direitos antes mesmo de serem implantados no útero materno ou, caso já o estejam, de nascer com vida.

Manipulações genéticas como a clonagem e a eugenia foram tratadas, bem como as brechas legislativas existentes no Brasil sobre o tema.

Interferências no início e no fim da vida também encontraram destaque no presente capítulo, principalmente pelo fato de que com a possibilidade de serem realizadas pesquisas com células-tronco embrionárias pode-se estar ferindo direitos fundamentais do embrião, além de questões referentes à probabilidade do próprio indivíduo ter arbítrio sobre sua vida, podendo ou não decidir sobre o seu fim.

No terceiro e último capítulo foram analisados os direitos de liberdade, com ênfase no direito de liberdade de pesquisa confrontando-o, enquanto direito fundamental (livre exercício profissional), com outro dispositivo (também Constitucional) que possibilita que o ente público limite e fiscalize o desenvolvimento de atividades que possam colocar em risco os direitos difusos e coletivos.

São analisadas ainda no presente capítulo questões relacionadas ao direito de não nascer – teoria francesa oriunda de um julgado da Corte de Cassação da década de 90 que reconheceu o direito de um jovem (Nicolas Perruche) de ser indenizado por ter nascido portando uma série de doenças, uma vez que, em virtude de um diagnóstico errado, sua genitora não teve a chance de optar por continuar ou interromper a gestação. Tal fato traz à tona a discussão acerca dos limites da liberdade de cada pessoa.

Questões analisadas em Tribunais alienígenas apontam ainda o direito de serem indenizados por uma vida injusta ou casos nos quais os pais utilizam métodos contraceptivos e mesmo assim acabam gerando filhos devido à falha na contracepção, oriunda da culpa de terceiros, ressaltando que, aqui, a criança nasce saudável, mas seus genitores não a idealizaram.

Outro fato considerado no presente capítulo é a responsabilidade dos profissionais da saúde em virtude da ocorrência de danos ao embrião ou nascituro, capazes de influenciar em sua qualidade de vida.

Ao término do capítulo, foram analisados os casos em que a lei, a doutrina e a jurisprudência aceitam o desenvolvimento de pesquisas com células-tronco, bem como até onde os pesquisadores, os donos do material genético e outros envolvidos podem ser responsabilizados ou limitados de exercer os direitos de liberdade.

Com o presente trabalho, se almejou apresentar a importância do aprimoramento científico para toda a humanidade, desde que seja realizado de forma responsável e devidamente fiscalizado pelos órgãos públicos e privados, além da

importância da aprovação de leis que possam tornar mais claras as possibilidades e as proibições que envolvam a utilização de material humano entre outros.

Chegou-se à conclusão de que o nascituro é aquele ser que já está implantado no útero materno e possui todos os requisitos para que nasça com vida e adquira personalidade, sendo que a lei brasileira (uma vez que protege a vida e pune o aborto) resguarda os direitos também daqueles que ainda não nasceram, mas estão em vias de nascer. As pesquisas com células-tronco sejam adultas ou embrionárias, devem continuar no país, desde que não firam direitos adquiridos, a dignidade e a vida humana, podendo ser realizadas apenas com material humano, isto é, os embriões excedentes ou inviáveis.

Portanto, embora a evolução científica possa encantar muitas pessoas, o ser humano está acima de qualquer experiência, devendo ser analisada toda e qualquer possibilidade de sucesso ou não, sendo dever do Estado e de toda a coletividade zelar para que a vida e a dignidade humana prevaleçam.

CAPÍTULO 1

DIGNIDADE HUMANA, BIODIREITO E BIOÉTICA: A CIÊNCIA E A PROTEÇÃO DA VIDA EM CONFLITO

(...) dentro de uma sociedade complexa, uma cultura só consegue se afirmar perante as outras convencendo suas novas gerações, que também podem dizer "não", das vantagens de sua semântica que viabiliza o mundo e de sua força orientada para a ação.

(HABERMAS, 2010, p. 05)

1.1 Dignidade humana: a evolução de seus conceitos e significados

Com a evolução da religião para crenças monoteístas e o surgimento da filosofia na Grécia Antiga, a necessidade de se explicar a pessoa humana foi um dos primeiros passos rumo a uma doutrina universal de direitos inerentes ao ser humano. A dignidade humana não era para todos, uma vez que nessa época o conceito de dignidade se relacionava com o status social ocupado pelo indivíduo, o que começou a mudar a partir de Cícero, em Roma. Aristóteles, na Grécia, acreditava que o sêmen humano possuía alma em potencial, assim sendo, todo ser, desde as suas primeiras células, deveria ser respeitado.

O cristianismo, em especial com Paulo de Tarso, possuía o entendimento que todos os homens são filhos de Deus, iguais e que deveriam ter sua dignidade respeitada. São Tomás de Aquino trouxe em seu pensamento o significado de pessoa, que era aquele que possuía corpo e espírito (BITENCOURT NETO, 2010, p. 63-64).

O precursor do discurso acerca da dignidade humana foi Giovanni Pico della Mirandola, datado de 1457, em “A dignidade do homem”. Segundo Bitencourt Neto (2010, p. 24-25), a obra é de importância singular, porque aponta as raízes fundamentais que fizeram possível o desenvolvimento da ideia contemporânea de dignidade da pessoa humana.

Durante o Renascimento, surgem os ideais do humanismo e o direito natural, este último desenvolvido no século XVII por Hugo Grótius. A natureza, segundo os jusnaturalistas, deriva de Deus, entretanto, existe ainda uma natureza humana, inerente a

todos os homens que possuem direitos pelo simples fato de serem humanos (PEREIRA, 2012, p. 68).

Immanuel Kant (2011, p. 58-59), no século XVIII, trouxe sua contribuição quanto ao conceito de dignidade humana ao afirmar que o ser humano tem dignidade e não preço. Todo ser humano é único, assim não devem ser explorados pela escravidão, trabalhos forçados entre outros,

os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

A Ministra Cármen Lúcia (ADI 3.510, 2008, p. 353), ao se referir à possibilidade de haver no país pesquisas com células-tronco embrionárias, comentando Kant, aponta que objetos têm preço e seres humanos possuem dignidade, e não podem ser medidos, muito menos serem os significados invertidos.

Assim, a dignidade humana é algo inerente a todo e a cada ser humano, não podendo ser restringida ou alienada, cabendo ao ente público e a cada cidadão respeitá-la e efetivá-la.

É de extrema importância que se reconheça a dignidade como direito coletivo e que a omissão de sua efetivação seja considerada violação a direitos, devendo ser punida, conforme Pozzoli (2011, p. 225) “(...) o ser humano não pode ser objeto de exploração pelo próprio ser humano, deve seguir-se pelo seu próprio arbítrio, não se confrontando com coisas que têm preço”.

Quando se fala em dignidade humana,

A relevância do princípio da dignidade humana pode ser apontada com o fato de ser possível afirmar tratar-se do maior dos direitos e não do direito à vida. O entendimento majoritário ainda é no sentido da superioridade do direito à vida, sob o fundamento de que não há dignidade sem vida. Mas, quando se constata ser perfeitamente defensável a dignidade do morto, pode-se falar em dignidade mesmo quando não há mais vida (FIGUEIREDO, 2010, p. 21).

A dignidade humana, juntamente com outros direitos elencados em documentos internacionais e nacionais, é elemento essencial para que haja respeito para com os indivíduos e limitação do poder do Estado.

Nos dizeres de Rodotá (2010, p. 123) “a associação entre a intimidade e dignidade é cada vez mais estreita, até o ponto que nos obriga a concluir que não pode haver dignidade sem intimidade¹” (tradução livre da autora).

Ainda existem muitas discussões quanto à efetividade da dignidade humana principalmente quando esta entra em conflito com algumas culturas e crenças, entretanto, Häberle (2009, p. 79) acredita que nesses casos, os direitos de personalidade humana devem prevalecer, dentre eles o direito à vida, a liberdade, a integridade física, entre outros.

Ressalte-se que a dignidade humana está em constante modificação, tendo em vista seu caráter de ser inerente a todo ser humano, cuja evolução se dá todos os dias, modificando e aprimorando seus conceitos a todo o momento.

1.1.1 Dignidade humana no século XX e XXI

No decorrer do século XX, vieram duas Grandes Guerras. A segunda delas aniquilou os ditames kantianos de pessoa e não coisificação do ser humano, principalmente no que diz respeito à dignidade humana, assim, “as pessoas eram transformadas em coisas e usadas como meio de tomada e manutenção do poder” (DIAS, 2012, p. 89).

As Guerras trouxeram pavor, medo e injustiças. Partindo do pressuposto de que para que haja paz, deve haver justiça, “paz sem justiça é opressão, espoliação e violação da dignidade. A dignidade sem justiça promove guerras pelo que é devido por direito e pela liberdade. Somente a justiça permite o reino da paz e da dignidade” (KOLM, 2000, p. 592).

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, após o final da II Grande Guerra e a criação da Organização das Nações Unidas, houve o retorno da proteção da dignidade humana e dos direitos humanos em instância internacional, embora – ainda nos dias de hoje – a dignidade humana ainda seja algo inalcançado e não efetivado em muitos locais.

¹ Texto original: “La asociación entre intimidad u dignidad es cada vez más estrecha, hasta el punto que nos obliga a concluir que no puede haber dignidad sin intimidad”.

Novais (2009, p. 72) afirma que os direitos humanos fizeram com que as violações contra a vida fossem consideradas, inclusive, crimes contra toda a humanidade.

Nos dizeres de Bitencourt Neto (2010, p. 66),

Pode-se hoje dizer que a dignidade da pessoa humana, ideia-força do mundo contemporâneo, é uma qualidade inata de cada ser humano, cuja obrigação de respeito se pode qualificar como uma das mais relevantes conquistas históricas, independentemente de instituição formal pelo Direito, que reconhece pelo equivalente princípio fundamental.

A dignidade humana advém da evolução humana e continua evoluindo. Com sua positivação no texto constitucional, se completa e se altera a cada nova interpretação e aplicação.

Nem sempre o Estado esteve à frente de programas sociais, políticas públicas, fiscalização, entre outros, nos quais fosse possível preocupação com os indivíduos.

Nos dizeres de Herrera (2012, p. 95-96) “com as consequências da guerra e os investimentos públicos e sociais para reconstrução da Europa, sobretudo da Alemanha, remodelou-se o modo de se ver o papel do Estado frente à sociedade”.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu em 1975 ser dever do Estadoem assistir os necessitados, principalmente daqueles que estejam incapacitados de promover o próprio sustento de forma que haja condições mínimas de subsistência e de vida com dignidade, assim, tal decisão foi pioneira quanto à existência de um mínimo necessário, condecorando o princípio da dignidade humana. Tal fato ocorreu em Portugal em 1976 e no Brasil em 1988, com a nova Constituição (BITENCOURT NETO, 2010, p. 55-57).

Nos dizeres de Häberle (2009, p. 101),

A dignidade humana constitui a “base” do Estado constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os Poderes Constituintes, “de mãos dadas” com a jurisprudência e a ciência, e mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso, também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direito do cidadão à democracia.

A dignidade humana está vinculada aos direitos fundamentais, uma vez que a efetivação de tais direitos evitará a degradação do ser humano: a dignidade humana é inerente a todo e a cada ser humano, deve ser reconhecida e não atribuída, Ricci (2012, p. 01) acredita que “a primeira e mais imediata exigência da dignidade humana é o respeito à vida, levando a se reconhecer o direito à vida, entendido como princípio fundamental e anterior aos demais: significa nascer, viver e morrer com dignidade”.

Assim,

(...) há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e integram mutuamente, guardando, além disso, relação direta com o que se poderá designar de dimensão prestacional (ou positiva) da dignidade (SARLET, 2008, p. 28).

Nos dizeres de Herrera (2012, p. 99), com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade humana foi elevada a primado internacional e trunfo das constituições.

Finalizando:

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção (SARLET, 2009, p. 32).

Ressalte-se que apenas após a II Guerra Mundial a dignidade humana foi inserida em textos constitucionais de diversos países de todo o planeta, sendo, portanto, algo recente na história humana.

1.1.2Direitos humanos, direitos fundamentais e o biodireito

Os direitos humanos têm fundamentação e idealização antigas. Desde tempos remotos, direitos mínimos são motivo de lutas. Entretanto, foi apenas no século XX que

ocorreu a internacionalização e real aplicação de tais direitos, principalmente após o final da II Grande Guerra e a criação da Organização das Nações Unidas e de diversos documentos internacionais visando à manutenção da paz e o respeito a todos os povos do globo.

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1965, a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) visa à efetivação de direitos humanos através de normas internas de cada membro.

Destarte, “não há dúvidas de que existem inúmeros bons argumentos a favor da tese segundo a qual os diferentes direitos fundamentais surgiram como reações a ameaças concretas” (ALEXY, 2008, p. 371).

Conforme Novais (2009, p. 69), os direitos humanos e os direitos fundamentais se confundem em muitos casos, porém assim diferem: os direitos fundamentais são centrados no ser humano, garantidos pelo direito Constitucional, podendo variar no tempo e no sistema jurídico-político no qual se analisa, sendo parte do direito interno de cada país; já os direitos humanos podem ser traduzidos como a internacionalização dos direitos essenciais ao ser humano, consagrados após a II Guerra Mundial e os horrores vivenciados.

A população pobre é sempre associada aos problemas enfrentados em nível mundial e regional, como doenças, escravidão, trabalho infantil, dentre muitos outros. Para Bobbio (2006, p. 43) “(...) o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Assim, nos dizeres de Flores (2009, p. 75),

Partindo da ideia de que a luta pela dignidade deve ter um caráter global – e reconhecendo alguma virtualidade “pedagógica” à teoria das gerações de direitos -, nos deparamos com a necessidade de complementá-la com outra centrada na análise das gerações de problemas e de lutas.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais se traduzem em constantes necessidades e reivindicações.

Ressalte-se, ainda, que,

a constitucionalização dos direitos humanos não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante

o Poder Judiciário para a concretização da democracia (MORAES, 2006, p. 03).

Os direitos fundamentais possuem diversas definições, todas se encaminhando para assegurar ao ser humano um mínimo de dignidade na sua sobrevivência e na de sua família. Não é recente a luta para a positivação e o reconhecimento desses direitos, que “(...) compreendem verdadeiros anseios das sociedades já que, pelas circunstâncias temporais, reivindicaram seu poder perante o Estado” (VENDRAME *et al*, 2011, p. 02).

Os direitos humanos são a positivação nos textos internacionais de direitos básicos a sobrevivência de cada ser humano, enquanto os direitos fundamentais correspondem à constitucionalização e à inserção dos direitos humanos em cada um dos textos normativos espalhados pelo mundo afora, entretanto,

os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2006, p. 02).

Para Canotilho (1998, p. 1124) que ao lecionar acerca dos citados direitos diz que “(...) fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária”.

Lima Neto (2009, p. 03) aponta que direitos fundamentais são conjunto de normas, princípios e outros deveres inerentes à soberania popular que são responsáveis por garantir uma convivência pacífica, digna, livre e igualitária.

Complementando:

em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica 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” guardaria relação com os documentos de direito internacional (SARLET, 2007, p. 36).

O intérprete deverá ponderar e tentar harmonizar os direitos fundamentais conflitantes, visto que não há hierarquia entre eles, busca-se, acima de tudo, evitar o sacrifício total de um direito fundamental sobre outro.

Para Loureiro (2009, p. 05), o século XXI terá como um dos seus maiores desafios alcançar o equilíbrio entre bioética e direito, ou melhor, bioética e justiça.

O direito humano, após mais de 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem ainda muitas necessidades, dentre elas, a concretização de direitos, superando questões culturais, econômicas e políticas em todo o planeta para a real aplicação da dignidade humana (FLORES, 2009, p. 71).

Resumindo, a atualidade dos direitos fundamentais se mescla com a evolução normativa nacional, universal, diversos são os fatores que irão contribuir para que sejam de fato eficazes, alguns deles: a situação econômica de cada Estado, suas políticas públicas e ações sociais e culturais. Foram concretizados inúmeros passos em direção a uma maior eficácia de tudo o que se falou até então, porém, ainda são longos e árduos os caminhos em direção a normas mais eficazes e aplicáveis. Não se trata apenas de lutas de governos, todos devem contribuir para um bem que também será da coletividade.

A evolução da ciência traz ainda mais dificuldades para a efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, entretanto, deve-se ter em mente que a dignidade humana e a vida devem estar sempre em patamares superiores de respeito e preocupação de todos os países, ressaltando-se que “a questão a respeito dos limites que o princípio da dignidade humana estabelece em relação a intervenções nos genes humanos é tão antiga quanto a tecnologia que possibilita tais intervenções” (NEUMANN, 2009, p. 227).

Globalização, avanços científicos, capitalismo e liberais desmedidos anunciam ainda tempos longos, rumo à concretização da dignidade humana, sendo o biodireito uma das formas recentes encontradas para tentar limitar violações de direitos.

De acordo com Jonas (2010, p. 15), é necessário que haja ordem para que seja possível existir de forma a não violar os direitos básicos de todo ser humano, assim,

A ordem é bem mais bem-sucedida do que o caos. O que não tem lei, não é regular, e não obedece às leis da conservação, poderia muito bem ter existido sob várias formas, mas, como algo momentaneamente fugaz, desaparece mais cedo ou mais tarde, ao passo que o regular sobrevive, permanecendo por fim quase que exclusivamente. O transitório dá lugar ao duradouro exatamente por causa de sua transitoriedade (de novo a “tautologia”) e depois quase não encontra mais lugar para si mesmo na expansão e solidificação daquilo que é duradouro.

O Biodireito surgiu diante da necessidade de se impor limites ao desenvolvimento científico, principalmente a partir do século XX, uma vez que as inúmeras possibilidades podem, inclusive, causar danos irreversíveis para a espécie humana e todas as formas de vida do planeta.

Aponta a Ministra Carmen Lúcia (ADI 3.510, 2008, p. 362),

Bioética e biodireito têm o seu fundamento na Constituição. É a constitucionalização do direito à vida e a ênfase no princípio matricial e substantivo da dignidade humana que asseguram o fundamento da intangibilidade, da sacralidade, da inviolabilidade e da responsabilidade da vida do ser humano. É este fundamento que haverá de ser considerado pelas normas, doutrinas, decisões jurisprudenciais e práticas de qualquer natureza (incluídas as biomédicas particulares) que atinem à vida humana.

Os direitos humanos, os direitos fundamentais e o biodireito possuem afinidade íntima, uma vez que o direito de liberdade pode ser relacionado à obrigação de consentimento prévio esclarecido, no que concerne à igualdade, à articulação entre a qualidade da pesquisa e as obrigações de cuidado, bem como ao dever de proteção daqueles mais vulneráveis. Com relação à fraternidade, podemos relacionar o princípio da responsabilidade (SILVA, 2003, p. 27).

Existem poucas leis nacionais que visam à proteção do patrimônio genético humano e há diversas interpretações acerca das leis existentes. Muitos doutrinadores têm tratado do assunto envolvendo embriões *in vivo* ou mesmo *in vitro* com o mesmo nível de proteção a ser despendido pelo direito, entretanto, conforme se mostrará existem diferenças entre tais elementos, que ao serem confundidos pelo direito ou pela jurisprudência podem acarretar sérias consequências.

O presente estudo terá por base a Lei 11.105/05, mais especificamente o seu artigo 5º, que trata da destinação de embriões excedentes ou inviáveis, bem como a ADI 3.510/08 que tratou da constitucionalidade do tema e da relação com os direitos humanos e com os direitos internacionais, uma vez que é extremamente importante que se proteja a vida humana em todas as suas formas, desde que haja ao menos possibilidade de ser vida.

Nos dizeres de Diniz(2010, p. 19), “com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça”, tendo em vista as necessidades fundamentais de toda pessoa humana, assim, a bioética e o biodireito estão sempre juntos com os

direitos humanos, qualquer ato que atente contra a dignidade humana deve ser repudiado, sendo que intervenções científicas sobre a pessoa humana devem respeitar as recomendações éticas.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais são conquistas da humanidade e de cada cidadão e não podem ser esquecidos seja qual for a situação. Muitos foram os anos de luta, muitas vidas sacrificadas em nome de ideais que hoje fazem parte do nosso cotidiano.

Jamais poderão ser aceitas violações de direitos como algo corriqueiro ou mesmo algo normal seja quais forem os direitos violados (de qualquer ser humano já nascido ou mesmo em desenvolvimento para que um dia venha a nascer).

O biodireito, os direitos fundamentais e os direitos humanos se unem na atualidade para tentar fazer com que os seres humanos e todas as espécies vivas do planeta possam perdurar e evoluir de forma saudável, possibilitando que as futuras gerações existam com a mesma qualidade de vida. Para tanto, mesmo que uma pesquisa possa trazer muitos benefícios para a humanidade, deve estar pautada no princípio da precaução, nos princípios bioéticos e nos preceitos constitucionais e infraconstitucionais já positivados.

O direito brasileiro, doutrinas e julgados nacionais e internacionais serão utilizados a fim de que seja traçado um caminho a ser seguido durante o desenvolvimento de pesquisas envolvendo material humano, mais especificamente as células-tronco.

É imprescindível que haja aprimoramento científico, entretanto, sem que se esqueça da proteção do ser humano, cabendo a sociedade e a cada ente estatal impor limites saudáveis para o desenvolvimento de pesquisas, principalmente quando envolverem seres humanos, material humano e o meio que os cerca.

1.2 Bioética e biodireito

1.2.1 Bioética: conceito

Com o aprimoramento científico, estudos relacionados à bioética e ao biodireito se fizeram necessários, uma vez que as mais fantasiosas experiências de ficção estão se tornando realidade.

Embora desde o Juramento de Hipócrates, na Grécia, já fosse exigida a ética no atendimento com o paciente, durante o século XX o que se visualizou foi uma

constante violação de direitos, principalmente em alguns países durante a II Guerra Mundial, conforme já dito.

Para muitos pesquisadores, a bioética surgiu na década de 70. Leite (2008, p. 46) aponta que a expressão foi utilizada pela primeira vez pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, em publicação intitulada “Bioética, a ciência da sobrevivência”, de 1970. No ano seguinte, o mesmo médico publica “Bioética: ponte para o futuro”, obra que consagrou a interdisciplinaridade da bioética.

V.R.Potter acreditava que a ciência e a tecnologia estavam destruindo as condições de existência de vida, assim, seria necessário uma nova abordagem ética dos problemas relacionados à vida; dá-se então o surgimento da bioética, na intenção de não separar a ciência da tecnologia, como intuito de que pudessem se desenvolver juntas (DALL’AGNOL, 2012, p. 11).

Seguindo o pensamento de Potter, vários foram os estudiosos do tema, destacando-se Hans Jonas, que elaborou o princípio da responsabilidade, tendo por ideia o fato de que devemos sobreviver e, para isso, devemos considerar as consequências futuras do desenvolvimento científico. Seu lema é: “Age de tal modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência da genuína vida humana”. (DALL’AGNOL 2012, p. 13).

Entretanto, há quem discorde, como Rocha (2004, p. 80), que afirma que a bioética não pode ser considerada como da década de 70, porque desde os jesuítas, no século XVII e os utilitaristas, como Jeremy Bentham já se afirmavam alguns dos ditames hoje reconhecidos como parte da bioética.

Com relação aos significados da palavra bioética, segundo Dall’Agnol (2005, p. 07), “se for levada em conta a origem da palavra, “bio-ética”, ela significa, simplesmente, a ética da vida”.

De acordo com Diniz (2010, p. 12), “a bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível”.

Para o CRMRJ (2006, p. 09), a bioética trata de estudos interdisciplinares entre biologia, medicina e filosofia (dessa, especialmente as disciplinas da ética, da moral e da metafísica).

A preocupação com a ética durante as práticas médicas se intensificaram após as experiências realizadas em campos de concentração por médicos nazistas², sendo que data da época o primeiro Código (Código de Nuremberg - 1947) que limitou a intervenção no corpo humano em nome da ciência, tendo em vista que as pesquisas não podem ser mais importantes que a manutenção da vida e da dignidade humana.

Segundo Morgato (2011, p. 47),

logo após os julgamentos dos crimes praticados sob o regime nazista e o vazio ético que dominava a pesquisa científica após a Segunda Guerra Mundial, a Humanidade instituiu, visando proteger direitos, princípios universais, como a liberdade e a dignidade, bem como o bem-estar da pessoa humana, uma vez ter esta pleno direito sobre seu corpo e sua mente, as primeiras normas reguladoras da pesquisa com seres humanos.

Um exemplo de intervenções médicas desmedidas e sem limites ocorreu na Alemanha em 1930, onde 100 crianças foram utilizadas sem o consentimento de seus responsáveis para se testar a vacina BCG. Mais de 70 crianças morreram, colocando na história o “desastre de Lübeck” (CRMRJ, 2006, p 11).

Leite (2008, p. 47) aponta alguns casos ocorridos nos Estados Unidos, berço da bioética, acerca de experiências que utilizaram seres humanos. Em 1963, o Hospital Israelita de doenças crônicas injetou células cancerosas vivas em idosos; outro caso que impressionou inclusive entidades governamentais foi o ocorrido no Hospital de Willowbrook onde foi “injetada” hepatite viral em crianças portadoras da Síndrome de Down, entre os anos de 1950-70. Tais fatos são apenas alguns dos inúmeros já registrados ao redor do planeta. O Governo norte-americano, através de seu Congresso Nacional instituiu a “Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Biomédica e Comportamental”, onde o principal objetivo seria identificar princípios éticos (respeito pelas pessoas, beneficência e justiça) que deveriam reger pesquisas. O resultado de tal medida deu origem ao Relatório Belmont (*BelmontReport*), publicado em 1978.

O Relatório Belmont foi muito além do que apenas proteger os seres humanos, tornando-se uma declaração principiológica acerca da bioética, apontando os três princípios básicos: autonomia, beneficência e justiça. No ano seguinte, Tom

²De acordo com Galvão, (2004, p. 108) “O médico-chefe em Auschwitz era o tristemente célebre Dr. Joseph Mengele, que inoculou o vírus do tifo em vários presos do campo de concentração, bem como retirou olhos, órgãos internos, além de usar esqueletos de crianças para suas experiências”.

Beauchampe James Childress propuseram através da obra “Princípios da bioética médica” um quarto princípio: o da não maleficência (SILVA, 2003, p. 155-156).

Em 1964, a 18ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, aprovou a Declaração de Helsinki, que visa orientar profissionais da área médica quanto ao desenvolvimento de pesquisas científicas que envolvessem seres humanos. Após sua aprovação, tal Declaração foi revista em 1975; 1983; 1989; 1996 e 2000.

Embora haja discussão acerca do início dos estudos com a bioética, ela é dividida em três fases. A primeira data de meados dos anos 60 até 1977, momentos em que cientistas e médicos começam a se preocupar com os rumos da humanidade, formam-se os primeiros Comitês de bioética. O segundo momento data de 1978 a 1997, período em que se publica o Relatório Belmont, realiza-se a primeira fertilização *in vitro*, a engenharia genética se desenvolve em vários cantos do planeta etc., a terceira e última fase data de 1998, até os dias atuais, com a clonagem, genoma humano entre outros (MALUF, 2010, p. 09-10).

Pode ainda se dividir a bioética em dois ramos, conforme aponta Diniz (2010, p. 11), a saber, macrobioética, que cuida de questões ecológicas e a preservação da vida humana; e microbioética, que cuida das relações entre médico e paciente, e destes com as instituições de saúde. Assim sendo, a bioética é a união de reflexões filosóficas e morais relacionadas à vida em geral e com as práticas médicas em particular.

Já Borges (2012, p. 149) divide a bioética de forma diferente, a saber:

É comum identificar quatro campos na bioética: a bioética de fronteira, a bioética cotidiana, a bioética deontológica e a bioética ecológica. A bioética de fronteira cuida das situações-limite do ser humano, como o nascimento e a morte. A bioética cotidiana visa a humanizar o dia a dia das atividades da prática da Medicina. A bioética deontológica volta-se para os códigos éticos de deveres profissionais. A bioética ecológica cuida da intervenção humana na natureza e demais seres vivos.

Assim sendo, a bioética, possui o compromisso de propiciar equilíbrio entre os seres humanos e o meio em que vivem, preservando todas as formas de vida do planeta, “A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta” (Dantas, 2008, p. 93).

Existem Resoluções dos Conselhos Federais e Regionais de medicina que orientam o desenvolvimento de pesquisas científicas, principalmente aquelas que

envolvam seres humanos, entretanto, ainda são ínfimas as disposições legais que apontem limites e possíveis penalidades para os excessos nessa área.

De acordo com o CRM RJ (2006, p 27),

A Resolução nº 196/96 estabelece que todo o projeto de pesquisa que envolva direta ou indiretamente seres humanos deve ter seus aspectos éticos apreciados por um Comitê de Ética em Pesquisa e que toda instituição onde essas pesquisas são realizadas deve constituir um Comitê, seja um hospital, uma instituição de ensino e pesquisa etc.

Assim, inclusive as pesquisas com células-tronco devem ser aprovadas pelos organismos citados antes de iniciar seu desenvolvimento.

A ciência precisa encontrar um equilíbrio que possa propiciar a continuidade da evolução científica sem causar danos à vida humana, em todas as suas formas. A possibilidade de criar seres humanos e manipular genes pode trazer a cura de muitas doenças como também pode dar origem a aberrações, males incuráveis capazes de exterminar em horas ou dias toda a raça humana.

Atualmente, a bioética se baseia em alguns princípios norteadores, que serão estudados adiante.

1.2.1.1 Princípios da bioética

Em 1974, foi criada nos Estados Unidos, pelo Congresso, uma comissão cujo objetivo era identificar os princípios morais básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos, uma vez que medidas precisavam ser tomadas após o caso Tuskegee, no qual pacientes negros com sífilis eram mantidos e observados, sem tratamento, no intuito de analisar a evolução natural da doença (DALL'AGNOL, 2012, p. 11).

Os quatro princípios basilares da bioética são apresentados abaixo.

1.2.1.1.1 Princípio da autonomia

Por tal princípio, entende-se de suma importância que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente ou seu representante (valores morais, crenças religiosas etc.) estando presente no Código de Ética Médica (arts. 24 e 31) que tal medida "(...) corresponde à exata capacidade de governo próprio conferido ao homem, mediante o

qual, ele, desde que capaz, pode tomar suas próprias decisões relativas ao método de tratamento a ser utilizado pelo profissional médico” (SILVA, 2008, p. 68).

Esse princípio se define como *autos* (eu, próprio) e *nomos* (regra, governo ou lei), assim, tal preceito foi inicialmente utilizado para designar autogestão das cidades-estados, por tal princípio, quando elencado no rol dos princípios da bioética significa o poder de criar leis para si mesmo (PEREIRA, 2012, p. 104).

Para Barboza (2012, p. 59),

Considera-se autônomo o indivíduo que tem capacidade para: compreender as informações relevantes sobre sua situação; compreender as possíveis consequências de cada uma de suas decisões; comunicar de forma clara e reiterada a sua decisão.

De acordo com o Relatório Belmont, tal princípio visa o tratamento das pessoas como agentes autônomos e a proteção das pessoas com autonomia diminuída (MORGATO, 2011, p. 62).

Autonomia quer dizer autoimposição de leis, entretanto, quando se analisa diante da bioética, tal preceito significará capacidade para deliberar. Tal princípio foi formulado por Immanuel Kant, tendo em vista que entendia “(...) que os seres racionais possuem valores em si mesmos e que respeitá-los significa tratá-los como fins e não como meios; uma pessoa não pode ser manipulada ao bel-prazer dos outros” (DALL’AGNOL, 2012, p.16).

De acordo com Guerri (2013, p. 06), para a Corte Italiana, durante a sentença nº20984 de 27 de novembro de 2012, o consentimento informado é fator imprescindível para a legalidade do tratamento médico, salvo nos casos autorizados em lei³.

No Brasil, o Código Penal autoriza intervenção médica sem a autorização do paciente em caso de perigo iminente de vida no artigo 146, §3º, I.

³Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento Del trattamento sanitario.

Senza Il consenso informato l'intervento medico è -AL di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge

obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità- sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse

del paziente"

Para que possa haver experiências científicas em seres humanos é necessário que o paciente esteja ciente de todos os malefícios e possíveis benefícios, sendo que a instituição que desenvolve a pesquisa se responsabiliza por quaisquer malefícios que extrapolem o previsto, deve haver finalidade terapêutica (não podem ser realizadas em pessoas sadias ou no próprio cientista) e não pode ocorrer qualquer forma de onerosidade, ressalte-se ainda que para a experimentação em seres humanos, a pesquisa já deve ter sido realizada em animais (DINIZ, 2010, p. 444-8).

Ao aplicar tal princípio, tem-se que, por exemplo, uma gestante pode optar se quer ou não interromper a gravidez, ou se um indivíduo quer ou não continuar a viver. É através de tal princípio, também que, o profissional da saúde deve respeitar a opinião do paciente, caso este esteja dentro de suas capacidades, caso não esteja, a família deve ser consultada, a menos que exista eminente perigo de vida, assim, os profissionais da saúde não podem tratar o paciente como se ele nada possa decidir acerca de sua saúde, bem como é proibida a atuação médica em manipulações ou experimentos; o profissional deve agir sempre em benefício de seu paciente (DALL'AGNOL, 2012, p. 16-18).

Ressaltando que no Brasil liberdades referentes ao direito de abortar ou não abortar são taxativos.

1.2.1.1.2 Princípio da beneficência

Tal princípio visa ao atendimento por parte do profissional da saúde de forma que traga o menor dano possível ao indivíduo, “beneficência vem de *bonumfacere* que, no original, significa fazer o bem. É o critério mais antigo da ética médica, tendo suas raízes na medicina” (PEREIRA, 2012, p. 106).

Assim, “o princípio da beneficência encontra a sua substância na máxima de que todo e qualquer tratamento médico deverá ser realizado para o bem dos doentes, conforme os instrumentos à disposição do profissional da saúde” (SILVA, 2008, p. 70).

Através da beneficência visa-se propiciar o bem-estar do paciente, conforme previsto no artigo 2º do Código de Ética Médica, entendendo-se que deve o médico respeitar a vontade do paciente (MORGATO, 2011, p. 65-6).

Nos dizeres de Loureiro (2009, p. 12), a beneficência seria a finalidade da medicina, qual seja promover o bem, evitando o mal do paciente.

Tal princípio foi idealizado a partir da ética utilitarista de John Stuart Mill, para ele, as ações são corretas se maximizarem a felicidade, assim, os benefícios e os prejuízos devem ser contrabalanceados. A beneficência geral é dirigida a todas as pessoas, indistinta e imparcialmente e a específica para pessoas determinadas, como no caso de familiares ou relação médicos e pacientes (DALL'AGNOL, 2005, p. 21-3).

Com a beneficência se almeja buscar melhorias para os indivíduos que necessitam, não apenas na área médica.

1.2.1.1.3 Princípio da justiça

Segundo tal princípio, é mister que exista imparcialidade no que concerne à distribuição dos riscos e benefícios da prática médica, tendo em vista que os iguais devem ser tratados de forma igual. (DINIZ, 2010, p. 15).

Nos dizeres de Morgato, (2011, p. 67), “o princípio da justiça, no contexto da bioética, aponta para a obrigação de garantir uma distribuição dos bens e dos serviços de saúde de forma justa, equânime”.

É através do princípio da justiça que se pretende tratar as pessoas de forma igual e os desiguais de forma desigual, conforme os ditames da justiça formal, assim é o preceito fundamental da bioética e base de qualquer relacionamento humano (DALL'AGNOL, 2005, p. 24).

O dever de ser justo não cabe apenas aos profissionais do direito como também a toda a sociedade.

1.2.1.1.4 Princípio da não-maleficência

Uma vez que o profissional da saúde não puder fazer o bem ao seu paciente, não deve prejudica-lo. Assim, entende-se que causa dano quem causa algum mal para si ou a outro, seja física, psíquica ou moralmente (DALL'AGNOL, 2005, p. 19).

Nos dizeres de Loureiro (2009, p. 13), “o médico deve comprometer-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos ao paciente”.

Tendo suas origens no Juramento de Hipócrates, é um desdobramento do princípio da beneficência, tendo em vista a obrigação do profissional na saúde de não causar dano intencional ao paciente. Ressalte-se que o médico não poderá obrigar o paciente a se submeter a algum tratamento de saúde, mesmo que haja certeza da cura,

uma vez que deve respeitar o livre arbítrio, salvo em casos de risco para a saúde pública (PEREIRA, 2012, p. 109-111).

Qualquer profissional, assim como o médico devem atuar de forma a não trazer ainda mais males para os indivíduos.

1.2.2 Biodireito

Uma das funções do direito apontada por muitos de seus estudiosos é disciplinar a convivência social, assim sendo, com a evolução da sociedade, o direito deve se aprimorar, de forma que possa atender os mais ímpares anseios.

De acordo com Mascarin (2006, p. 24), “a bioética introduziu o termo *BIO* na esfera das ciências sociais, dentre elas a do Direito, surgindo assim o Biodireito. O Biodireito é resultante da bioética com o Direito”.

Comenta Rodotá (2010, p. 33) que através da história se constata que não há nada que o direito não queira tocar, disciplinar, tendo em vista que ninguém pode ser considerado estranho ao direito.

Assim, observando as necessidades sociais e visando à regulamentação dos avanços da ciência, surge o biodireito, novo ramo do direito que tem por objetivo a proteção da vida diante dos mais diversos questionamentos e experiências que o presente e o futuro começam a trazer. Nos dizeres de Silva (2003, p. 31),

inspirado pela nova concepção de positivismo, ou seja, pelo constitucionalismo dos direitos humanos, pode-se dizer que o biodireito é a compreensão do fenômeno jurídico enquanto conhecimento prático visceralmente empenhado na promoção da vida humana.

Para Morgato (2011, p. 29), biodireito é um novo ramo do Direito, que contém alguns dos valores adotados pela bioética e os direitos fundamentais relacionados à proteção da vida, da dignidade, da liberdade, entre outros. “Assim, representa a passagem do discurso bioético para o jurídico, que é responsável por adequar as experiências biotecnológicas com respeito ao ser humano”.

Diz Ivan de Oliveira Silva (2008, p. 75), não se deve confundir o biodireito com a bioética, já que ela, em sentido estreito, visa a refletir sobre o comportamento dos profissionais da saúde com seus pacientes, enquanto que o primeiro a regular as práticas advindas de pesquisas e novas descobertas relacionando a vida em todas as suas facetas.

Para Maluf (2010, p. 16),

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre bioética e o direito. É ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana.

O biodireito possui algumas ramificações que são: biodireito humano e biodireito ecológico. No primeiro caso, o objetivo é regulamentar situações de ordem bioética envolvendo o ser humano, especialmente no que tange à manipulação de seu corpo, de partes deste ou de sua vida, já o biodireito ecológico visa considerar o subsistema normativo que regulamenta a manipulação de outros seres, com exceção do ser humano (BORGES, 2012, p. 150-151).

A proteção da vida pelo direito, conforme apontou Dworkin em seu livro “Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”, começam a partir do momento em que o embrião possui condições para se desenvolver e vai aumentando de acordo com a evolução desse ser, que posteriormente, ao nascer com vida, irá adquirir personalidade jurídica.

1.2.3 Evolução da ciência ao longo dos anos

1.2.3.1 Biotecnologia

O termo surgiu no século XX (Bio = vida; tecno = uso prático da ciência; logia = conhecimento), entretanto, suas técnicas são bastante antigas, a exemplo a fabricação de vinho, pão, entre outros, a descoberta das células, em 1665 por Robert Hooke desencadeou diversas outras descobertas na área. Nos anos 70 do século passado, as pesquisas com DNA tiveram grande destaque, sendo possível a criação de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) (MALUF, 2010, p. 24-25).

Para Fonseca (2009, p. 22), o século XX foi marcado por grandes possibilidades na área da biotecnologia, o século XXI promete ser o “século tecnológico”, tendo em vista que é no presente século que acontecerá a aplicação nos mais diversos setores das novas tecnologias.

De acordo com Loureiro (2009, p. 17) é através da bioética que se coloca limite na biotecnologia e na experimentação científica em seres humanos.

A biotecnologia traz a aplicação tecnológica pela qual se utiliza sistemas biológicos e organismos vivos ou seus derivados para citar ou alterar produtos ou processos em usos específicos (GALVÃO, 2004, p. 63).

Com a biotecnologia, se promove modificações na biodiversidade através da engenharia genética sendo que o Brasil é um dos países com altos índices de espécies vivas podendo acarretar ainda mais prejuízos caso a tecnologia seja utilizada de forma desmedida (FIORILLO; DIAFÉRIA, 1999, p. 53-54).

Ressalte-se que OGMs não podem ser patenteados, uma vez que são seres vivos, mas sim os métodos usados para sua obtenção são protegidos por lei (Lei 9.279/96), sendo que os requisitos para a obtenção de patente são a novidade, a inventividade, a industriabilidade, (MALUF, 2010, p. 30-31).

Rocha (2004, p. 21) destaca acerca das pesquisas com partes do corpo humano, principalmente embriões que:

O Comitê Nacional de Ética francês definiu, em 1994, que, em suas duas primeiras semanas de existência, o embrião seria uma “pessoa humana em potencial”. A referência assim feita tem gerado mais e mais discussões. Se é potencial, pessoa humana o embrião ainda não é. E, não sendo pessoa, estaria sujeito não apenas a pesquisas, mas a manipulações que, se descuidadas ou não cuidadas, poderia conduzir ao aterrorizante fantasma da eugenia com a seleção de embriões segundo suas perfeitas condições, segundo critérios que aproximam o ser humano de um produto sem vícios, como outro qualquer.

A possibilidade de se desenvolverem embriões fora do útero materno começou a ser pesquisado na década de 60 na Inglaterra, com R.G. Edwards. O DNA foi descoberto em 1953, pelos cientistas Watson e Crick, a partir de então houve incrível desenvolvimento, principalmente com pesquisas relacionadas à vida, morte, sexualidade, reprodução humana entre outras (MORGATO, 2011, p. 41-42).

No ano de 1995 a decodificação do DNA teve início (uma bactéria, no caso), em 2001 foi criado o primeiro embrião clonado a partir de uma célula primária, em 2002, a empresa *Clonaid* anunciou que havia produzido o primeiro clone humano. No ano de 2004 foram descobertas as células-tronco (AHMAD, 2010, p. 58).

Nos dizeres de Habermas (2010, p. 18),

a decodificação do genoma humano promete intervenções que lançam, de modo surpreendente, uma luz sobre uma condição natural de nossa autocompreensão normativa, condição essa até agora não tematizada, mas que, nesse momento, revela-se essencial.

As possibilidades trazidas pelas evoluções das ciências não devem ser utilizadas sem limites, cabendo a todos, sociedade e Estado buscar a proteção da vida, pois “os riscos a que a humanidade estaria sujeita talvez fossem mais graves que os eventuais efeitos danosos de uma pesquisa ou experimentação. O tempo atual é o da ética da responsabilidade e do compromisso solidário” (ROCHA, 2004, p.139).

As atrocidades realizadas com seres humanos em nome de uma ciência desumana não devem se repetir, a dignidade humana deve estar acima de qualquer ato.

Para Gauer (2008, p. 362),

Em que pese a existência dessas normas, os avanços da biotecnologia continuam aceleradamente promovendo a continuação desse descompasso entre a busca de certo controle e o desenvolvimento do conhecimento; daí resulta a preocupação com o destino das inovações científicas, hoje muito mais complexas do que foram no passado.

Não se tem certeza alguma acerca dos danos que uma pesquisa pode ter na vida de certo indivíduo, assim, é de extrema relevância que todos os possíveis danos ou benefícios sejam apresentados de forma clara, e o paciente, caso queira assumi-los opte por si só participar ou não de pesquisas que envolvam o seu corpo e a sua vida.

Para Brauner (2008, p. 175), com os novos conhecimentos em áreas como a genética e a tecnologia médica, há grandes discussões em âmbito internacional acerca da proteção à vida, diante das possibilidades de se utilizar as novas biotecnologias em organismos vivos, incluindo o ser humano, repercutindo nacional e internacionalmente, inclusive com reflexos para as mais diversas áreas como economia, política entre outras. Assim sendo, é de real importância que haja regulamentação acerca das formas de intervenção da ciência sobre a vida, incluindo preceitos acerca da responsabilidade e sanção pelo descumprimento de tais regras no intuito de melhor se distribuir e aplicar os benéficos oriundos da ciência.

As manipulações genéticas, sendo danosas a toda à coletividade, devem ser tratadas também sob a égide dos princípios do direito ambiental, tendo em vista se tratar de direitos difusos e coletivos, uma vez que, se deve evitar o dano e caso já tenha sido causado, deve ser ressarcido.

A clonagem humana, por exemplo, está proibida em diversos países, entre eles Alemanha, Espanha, França, Reino Unido, entre outros. No Brasil, a clonagem humana

é proibida através da lei 11.105/2005, em seu artigo 26, cominando pena de 2 a 5 anos de reclusão e multa (SOUZA, 2008, p. 270).

É proibida constitucionalmente a comercialização de tecidos e órgãos humanos, sendo que a Lei 9.434/97, que trata dos transplantes de órgãos e tecidos trata como crime, com pena de 3 a 8 anos de reclusão tais práticas no artigo 15.

Através da biossegurança que se devem impor medidas que visem à precaução, o controle, a diminuição ou a eliminação dos riscos à saúde humana e ao meio ambiente em decorrência do desenvolvimento de novas tecnologias (SILVA, 2003, p. 44).

De acordo com Luchesi (2011, p. 132), o princípio da precaução adveio na década de 70 no intuito que se tomassem medidas que viessem a evitar o dano tendo em vista a responsabilidade com o futuro, devendo tal princípio ser aplicado quando é constatado um dano em potencial significativo ou irreversível, embora não haja certeza dos efeitos, a Lei 11.105/05 tentou impor alguns desses limites, conforme se verá mais à frente.

Previsto no artigo 225 da Constituição Federal, o princípio da precaução não visa impedir que ocorressem pesquisas científicas, mas prevenir a ocorrência de danos irreversíveis para o meio.

Além do princípio citado, há ainda o princípio da prevenção e embora possa haver semelhança entre os dois dispositivos, neste último já se conhece o dano que será causado com determinada prática, no primeiro, não se sabe, o que há é incerteza científica (MASCARIN, 2006, p. 59).

Quando se está diante de questões que envolvam o patrimônio genético dos seres vivos, prevenir desastres é a melhor forma de preservar a vida no planeta.

1.3 Proteção ao ser humano contra pesquisas científicas no direito comparado

Diante do cenário do Pós-Guerra, com o mundo chocado com os milhares de mortos em decorrência de experiências cruéis e desumanas, e muito embora experiências com seres humanos tenham ocorrido em diversos países e não apenas na Alemanha, foi com o Pós-Guerra e com o julgamento dos responsáveis que foi possível elaborar um documento que apontasse preceitos mínimos de respeito aos seres humanos que deveriam ser tomados pelos profissionais da saúde, assim, veio o Código de Nuremberg, primeiro documento internacional que visava à proteção do ser humano contra abusos propiciados em nome da ciência.

Após tal documento, advieram muitos outros, principalmente em decorrência da evolução científica ocorrida na segunda metade do século XX, tais como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (Unesco-97); onde impôs-se que o genoma humano não deve ser patenteado, ao menos em seu estado natural (SILVA, 2003, p. 37), tendo em vista a proteção à espécie humana e a preservação da própria vida no planeta.

Veio ainda a Declaração Internacional sobre dados Genéticos Humanos (Unesco-2003); a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (Unesco-2005); a Declaração das Nações Unidas sobre Clonagem Humana (ONU-2005); entre muitas outras.

Na França, a aplicação da prática eugênica tendo por objetivo a organização e seleção das pessoas é punida com pena de 20 anos de reclusão, no Brasil, a Lei 11.105/05 proíbe penalmente a engenharia genética germinal praticada com material humano, zigoto humano ou embrião humano, a pena varia de 1 à 4 anos de reclusão e multa (SOUZA, 2008, p. 269).

Na Alemanha, cada procedimento de fertilização poderá fertilizar apenas três óvulos, sendo que todos os embriões devem ser implantados, não gerando, assim, embriões excedentes.

Ressalte-se que em 2007, na Espanha, veio a Lei n. 32 que proibiu a geração de embriões exclusivamente para pesquisa, assim como na Suíça, no Canadá, e na Alemanha, a pesquisa pode ser desenvolvida com embriões advindos de outros países, desde que excedentários ou inviáveis.

As pesquisas com células-tronco embrionárias ainda não foram regulamentadas pela ONU, sendo que apenas há a Declaração proibindo a clonagem humana de 2005, que tem sido rejeitada por diversos países por proibir a clonagem terapêutica, no que cabe a União Europeia, desde 2006 os países-membros são livres para permitir ou proibir as pesquisas com células-tronco.

A França, por exemplo, permitiu a pesquisa a partir da publicação do decreto regulamentar de 7/2/2006 até o ano de 2011, Grã-Bretanha, Bélgica e Suécia autorizam pesquisas com células-tronco embrionárias, sendo que na Grã-Bretanha é regularizada desde 1990, com a edição do "Human Fertilisation and Embryology Act" - HFE (§ 11(1)c e Anexo 2, §3), permitindo ainda a clonagem terapêutica e a criação de embriões para fins de pesquisa (ADI 3.510, 2008, p. 257-259 – Min. Menezes Direito).

1.4 Projeto genoma

O Projeto Genoma foi lançado nos Estados Unidos em 1989, sendo que diversos outros países ao redor do planeta também realizam pesquisas na área, tais como Inglaterra, França, Rússia, Brasil entre outros e em 1997 foi aprovada a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, com o objetivo de evitar a degradação do ser humano em decorrência de tais práticas, uma vez que, conforme aponta Diniz (2008, p. 03) “o Projeto Genoma visa o conhecimento de todo o código genético humano e de suas alterações, que são as causas de 4 mil moléstias hereditárias”.

O Projeto Genoma envolve muitas questões ético-jurídicas como o respeito à dignidade humana, assim, embora acredite no sucesso da pesquisa, proíbe a clonagem humana e quaisquer violações de direitos dos seres humanos, visa a proteção a intimidade e autodeterminação, assim, os testes genéticos devem ser voluntários e devidamente esclarecidos, após serem testados em animais e desde que haja evidência de que haverá alguma melhora no estado de saúde do paciente.

Cabe ao Estado ter controle dos mapas genéticos realizados, tendo em vista que o genoma humano é de propriedade da humanidade, não podendo haver onerosidade nem patenteamento (art. 10, I e IX, da Lei 9.279/96).

As técnicas advindas do estudo do genoma humano tornam possíveis, por exemplo, através do pré-natal, diagnosticar e tratar doenças hereditárias com o feto ainda no útero, tal intervenção é facultativa aos pais, entretanto é preciso muito cuidado ao intervir em organismos vivos, uma vez que, através de tal técnica pode haver mutações genéticas transmissíveis às futuras gerações. A terapia genética de células germinativas (TGCG) é realizada na fase pré-implantatória, quando o zigoto apresenta algumas células, ou antes, da fertilização (espermatozoide ou óvulo), de forma a corrigir anomalia, mudando o genoma. No Brasil é permitida a terapia gênica apenas para corrigir defeitos físicos graves (DINIZ, 2008, p. 10-11).

Com os conhecimentos acerca do genoma humano é possível a realização de manipulações genéticas que podem evitar ou tratar doenças antes mesmo de seu início.

Recentemente, no dia 13 de junho do presente ano de 2013 a Suprema Corte Americana⁴ decidiu por unanimidade que o DNA humano não poderá ser patenteado, com tal medida cientistas de todo o planeta podem desenvolver pesquisas nessa área sem terem que se preocupar com ações judiciais.

As pesquisas com genoma humano podem trazer muitas possibilidades, entretanto, conforme já dito, quando o assunto é o patrimônio genético humano ou de qualquer outra espécie viva é necessário muito cuidado e responsabilidade.

1.5 Reprodução humana assistida

A procriação sempre foi importante na sociedade humana, sendo que “na Grécia e em Roma a procriação tinha como principal objetivo perpetuar o culto aos mortos. A mulher que não podia procriar recebia repúdio do marido” (FERRAZ, 2010, p. 39).

O Código de Hamurabi previa a intervenção de terceiro no lar conjugal na esterilidade de um dos cônjuges. Já o Código de Manu previa que, na esterilidade do marido, sua esposa poderia ser fecundada pelo seu irmão a fim de garantir a continuidade da família (MALUF, 2010, p. 153).

Até o século XV não se admitia a esterilidade masculina. Foi apenas em 1677 que se cogitou a esterilidade causada pela ausência de espermatozoides. Tanto a esterilidade masculina como feminina eram motivo de discriminação, sinônimo de mal incomensurável (FERRAZ, 2010, p. 40-41).

Durante o século XVIII, Spallanzani realizou congelamentos de sêmen. Em 1886 foi proposto o primeiro banco de sêmen congelado por Mategazza. Três anos mais tarde, Dicknson realizou nos Estados Unidos a primeira inseminação artificial com sêmen de doador. Em 1953 tornou-se público as inseminações artificiais. Em 1959, Chang conseguiu a fecundação *in vitro* de mamíferos, no caso, coelhos, no ano de 1971, tornou-se pública a fecundação *in vitro* de material humano, mas foi apenas em 25 de julho de 1978 que nasce a primeira bebê de proveta, em Londres (BOLZAN, 1998, p. 33-7).

⁴ Disponível em:
<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/29429/com+decisao+unanime+suprema+corte+dos+eua+proibe+que+dna+humano+seja+patenteado.shtml>.

No Brasil, o primeiro bebê de proveta veio no ano de 1984, uma menina, nascida em 07 de outubro.

Atualmente, conforme explica Maluf (2010, p. 157) a fecundação pode ser natural ou artificial – e vem do latim *fecundatio*, que significa fecundar, a inseminação (*inseminare*) é a colocação do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher, já a concepção é momento posterior à fecundação, representando o produto derivado da mistura do material genético dos pais.

Ainda não existem muitas leis ou mesmo Resoluções do CFM sobre o tema, em alguns países o assunto tem maior ou menor regulamentação, a França é um exemplo de país que já tem demonstrado preocupação com questões relativas a reprodução humana assistida, sendo que há leis limitando as situações em que o médico pode realizar o procedimento (LOUREIRO, 2009, p. 21).

As Resoluções do CFM começaram a ser editadas sobre o tema em 1992, entretanto, muitos excessos são cometidos justamente pela ausência de normas, uma delas foi o escândalo do médico Roger Abdelmassih, condenado a mais de 250 anos de prisão por estuprar pacientes, além de outros crimes relacionados com a profissão. O citado médico utilizava óvulos de pacientes mais novas para realizar a fecundação uma vez que as chances de sucesso eram maiores, o que fez com que nascessem diversas crianças que não eram filhos biológicos das pessoas que as idealizaram, embora tivessem se submetido aos procedimentos de coleta de material (MONTEIRO, 2013-c, p. 01).

O PL 1184/03, que já foi aprovado no Senado e atualmente tramita na Câmara tem o condão de limitar e tornar crime alguns dos abusos cometidos por profissionais da saúde com relação a má utilização de material humano.

Tramita ainda no Congresso o PL 1.135/03 que possui maiores semelhanças com a já em vigor Resolução do CFM 2.013/13.

Além dos PLs citados, há ainda sobre o tema os PL 2.061/03 (reprodução assistida), PL 3.977/12 (recolhimento e preservação de gametas de pessoas que irão se submeter a tratamentos de câncer para futura utilização), PL 4.555/04 (criação de bancos públicos de cordão umbilical), entre outros.

Monteiro (2013-a, p. 01) aponta que no país ainda é muito caro recorrer a uma clínica de reprodução assistida, que varia de R\$ 10 a 15 mil reais por tentativa. As clínicas do SUS que oferecem o procedimento ainda são poucas, embora a OMS aponte que entre 8 a 15% das pessoas em idade fértil apresentem algum tipo de problema para

ter filhos, só no Brasil, cerca de 300 mil casais sofrem em decorrência de problemas de infertilidade.

Alguns projetos em trâmite no Congresso Nacional visam tornar obrigatório o financiamento pelo SUS de procedimentos relacionados à reprodução assistida (PL 1184/03 e PL 5730/09), uma das questões debatidas é justamente a falta de recursos do Sistema Único de Saúde para arcar com os tratamentos.

Ressalte-se que julgados tem reconhecido como obrigação do Estado o acesso aos mecanismos de reprodução assistida, um exemplo ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, processo Nº 70047263785, 2012/Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. reprodução humana – fertilização *in vitro*. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO – ART. 196, CF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. POR MAIORIA, AGRAVO PROVIDO.

De acordo com Negrão *et al* (2007, p. 435) quanto ao art. 1.597 do Código Civil: 1ª. Enunciado do CEJ: “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”.

Inseminação artificial Intrauterina (IIU) é a mais simples e consiste na introdução do espermatozoide na genitália feminina com o auxílio de um cateter. Fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE) ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões, a fertilização ocorre em um ambiente com cerca de 5% de CO₂ e temperatura de 37° e depois de até 48 horas, com cerca de 4 a 8 células é transferido para a cavidade uterina. A gravidez múltipla é comum, bem como o aborto espontâneo. Na transferência intratubária de gameta ocorre transferência de espermatozoides e oócitos, que são aproximados, dando origem a fertilização natural (*in vivo*). E, finalmente, na transferência intratubária de zigoto, que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta para depois transferir ao útero, (MALUF, 2010, p. 157-158).

De acordo com o Ministro Menezes Direito (ADI 3.510, 2008, p. 240),

A chamada fertilização *in vitro* (FIV) é hoje, juntamente com a inseminação artificial, a principal terapia para a infertilidade de casais em virtude de fatores mecânicos, endometriose, subfertilidade masculina e outras causas não detectadas. Em síntese, pode-se dizer

que ambas envolvem a substituição da relação sexual. Enquanto a inseminação artificial se limita a reproduzir, em condições otimizadas, porém no próprio corpo da mulher, a ejaculação, a fertilização *in vitro* envolve a substituição de toda a biomecânica relativa à fecundação (ejaculação, migração dos espermatozoides, determinação natural do espermatozoide fecundador e penetração do espermatozoide no óvulo) por uma manipulação físico-química dos gametas em cultura.

Ainda não há lei regulamentando a forma como deve ser realizada a reprodução humana assistida no Brasil, apenas a Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, publicado no D.O.U. de 09 de maio de 2013, seção I, p. 119, que se baseia nos preceitos da bioética para solucionar o problema de infertilidade.

As técnicas de R.A. devem ser utilizadas quando houver problema de infertilidade e outros tratamentos não tenham surtido efeito e desde que não traga danos aos descendentes.

Um ciclo menstrual comum gera em torno de 5 a 10 óvulos, o que com a estimulação hormonal pode chegar a 15 (ADI 3.510, 2008, p. 241 – voto do Ministro Menezes Direito), assim sendo, uma vez que pela Resolução do CFM no máximo 4 embriões podem ser implantados no útero, por certo cada procedimento gera muitos embriões excedentes, “estes embriões excedentes podem ser divididos em três grupos: embriões de boa qualidade, de média qualidade e embriões inviáveis para fins de reprodução”. Os embriões inviáveis são descartados (lixo biológico), enquanto que os demais são armazenados para o caso da primeira tentativa não der certo ou o genitor tenha intenção de ter outros filhos.

Para a Ministra Ellen Gracie, em seu voto na ADI 3.510 (2008, p. 215), a posterior discussão acerca da utilização de embriões excedentes deveria ter sido precedida de questionamentos sobre o fato de se aceitar que a reprodução artificial ocasionará embriões excedentes, inviáveis ou não. A ausência de legislações que possam regulamentar tais práticas acaba por trazer questionamentos como a ADI em questão.

Nos dizeres de Maluf (2010, p. 156), “(...) A reprodução assistida consiste na orientação e assistência para a prática reprodutiva quando os métodos tradicionais não estão atingindo o resultado desejado”.

Infertilidade não se confunde com esterilidade. O primeiro aponta um problema temporário, que pode ser revertido, já no segundo caso, significa a incapacidade permanente e irreversível. Para que ocorra a fertilização *in vitro* são colhidos óvulos da mulher, que serão fertilizados numa placa Petri e assim que se

transformarem em zigoto, ao iniciarem a divisão celular, voltam ao útero, seja da doadora ou de uma receptora. Além da fertilização *in vitro* há ainda a técnica GIFT, que ocorre nas trompas, ou seja, no interior do corpo da mulher, existe ainda a reprodução humana assistida com os zigotos (Zift), onde os espermatozoides são colocados em contato com os óvulos, fora do corpo da mulher, ocorrendo fecundação e formando o zigoto, com tal técnica é possível diminuir gestações múltiplas (FERRAZ, 2010, p. 42-48).

Ressalte-se que o princípio de número I - 4 da Resolução 2.013/13 do CFM diz que as tais técnicas não devem ser utilizadas para a escolha do sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, salvo em casos que tenham o intuito de se evitar doenças hereditárias.

De acordo com o Ministro Menezes Direito (ADI 3.510, 2008, p. 243-244),

Em paralelo às próprias técnicas de reprodução assistida, um outro serviço é oferecido rotineiramente pelas clínicas do ramo; o diagnóstico genético pré-implantação. A PGD (da sigla em inglês para ReimplantationGeneticDiagnosis) é uma técnica que permite extrair uma única ou duas células de um embrião gerado *in vitro* de modo a submetê-la a um teste genético que é capaz de identificar algumas anomalias, todas cromossômicas e normalmente relacionadas com a formação dos gametas, isso sem a destruição do embrião.

O objetivo da técnica citada é identificar ainda nas primeiras células alguns problemas cromossômicos, como é o caso de algumas síndromes, como a Síndrome de Down, Síndrome de Patau, entre outras, bastante comuns. Se for encontrado algum problema nos embriões, serão descartados. Tal técnica pode ser o início de uma eugenia, motivo pelo qual juristas, como Maria Helena Diniz condenam a prática.

A citada Resolução do CFM, em seu princípio I - 5 proíbe a criação de embriões sem a finalidade reprodutiva, no intuito de se evitar a coisificação do ser humano e das partes de seu corpo. Após um embrião ser implantado com sucesso no útero materno, não mais poderá ser retirado, sob pena de responsabilização do profissional da saúde e dos genitores.

O princípio I - 6 da Resolução em análise aponta que:

O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões;

d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

Conta Alves (2013, p. 01) que no Brasil duas avós com 51 anos já deram a luz a netos, nos quais uma delas gerou gêmeos, assim, o citado autor acredita que muitos projetos parentais poderão ser frustrados com tal Resolução.

Quando há a impossibilidade de se produzir óvulos ou espermatozoides, há a possibilidade do interessado em um projeto parental em conseguir o material através de doadores anônimos em clínicas de reprodução assistida. Tal procedimento ainda é bastante discutido, uma vez que gera parentescos civis e afetivos e nem sempre biológicos,

O desenvolvimento das modernas técnicas de **reprodução assistida** ensejou a desbiologização da parentalidade, impondo o reconhecimento de **outros vínculos** de parentesco. Assim, parentesco civil é o que resulta de qualquer outra origem que não seja a biológica. Não há como deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação heteróloga (CC 1.597 V) gera parentesco civil (DIAS, 2009, p. 315).

Assim, “na realização do procedimento reprodutivo medicamente assistido, havendo doação de sêmen, é a vontade, ou o projeto parental, ou o consentimento, que determinará a paternidade” (BORGES, 2002, p. 315). A responsabilidade do doador de material genético visando projeto parental de terceiro termina após a doação, sendo que direitos oriundos de filiação⁵ jamais poderão ser levantados.

No Brasil, de acordo com a Resolução 2.013/13 do CFM, o fornecimento de material, seja sêmen, óvulos ou sangue jamais poderão ser de forma onerosa.

Conforme dito, a única norma no direito pátrio que trata sobre a reprodução assistida é a Resolução 2.013/13, do Conselho Federal de Medicina. A Resolução 33/06 da ANVISA disciplina as condições de funcionamento das clínicas, a não observância dos preceitos podem gerar punições administrativas aos profissionais da saúde, mas não responderão penalmente, uma vez que não há previsão nos institutos penais. Tais Resoluções impõem alguns preceitos éticos aos médicos e às famílias que irão se submeter ao tratamento, como por exemplo, o limite de quatro embriões a cada

⁵ Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, onde uma é nascida da outra, adotada, vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção heteróloga, podendo a filiação ser biológica ou não biológica (LÔBO, 2009, p. 195).

procedimento, no intuito de evitar gravidez múltipla que possa representar risco de vida à mulher, entre outros (FERRAZ, 2010, p. 58-60).

Entretanto, o controle ainda é difícil, no ano de 2008 a ANVISA baixou a Resolução nº 29, com o intuito de regularizar a fiscalização do material armazenado nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG).

As poucas sanções que existem dizem respeito a procedimentos administrativos, no âmbito profissional das áreas médicas, não há ainda procedimentos eficazes de prevenção e fiscalização com o intuito de se evitar a origem de pesquisas que atentem contra a dignidade humana e coloque em risco a própria humanidade.

Os embriões, ou seja, os óvulos já fecundados, que não são utilizados no procedimento são denominados excedentários, e de acordo com a Lei 11.105/05, em seu artigo 5º, desde que com autorização dos pais, após estarem congelados por 3 anos ou mais podem ser destinados a pesquisas científicas, desde que sem ônus.

Ainda são diversas as discussões acerca da possibilidade ou não da destinação de tais embriões para o desenvolvimento de pesquisas com células-tronco, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha pacificado acerca da constitucionalidade de tal dispositivo legal na ADI 3.510/08, conforme ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA. PESQUISAS COM CÉLULASTRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

Embora tenha havido a elaboração de tal dispositivo, o que se visualiza é a necessidade de complementação através de outros dispositivos normativos, uma vez que são inúmeras as situações oriundas de práticas reprodutivas que podem gerar dúvidas entre os envolvidos, principalmente no que cabem às formas de reprodução humana assistida.

1.6 Formas de reprodução humana assistida

Existem duas formas de ocorrência da reprodução assistida, que pode ser homóloga ou heteróloga, a primeira ocorre com a utilização de material genético de ambos os cônjuges, sem a interferência de um terceiro, como ocorre nesta última.

Tanto a inseminação artificial homóloga quanto a heteróloga ocorrem quando o casal não possui condições para procriar, seja devido a problemas de esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez de espermatozoides, obstrução do colo do útero, doença hereditária entre outros (LOUREIRO, 2009, p. 100).

Cabe ao ente estatal garantir acesso, inclusive às formas de reprodução assistida àqueles que não possuem meios para tanto, em virtude do direito fundamental à saúde e a liberdade de procriação e formação familiar, foi assim decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 990.10.459954-7 - Comarca de Ribeirão Preto, julgado em 11 de janeiro de 2011:

AÇÃO ORDINÁRIA - Fornecimento de medicamentos pela rede de saúde pública - Reprodução assistida - Garantia de direito à saúde pública - Antes de estar sujeitos a normas e procedimentos do Ministério da Saúde, os entes federativos estão sujeitos à CF (art. 196 e 198, § 1º, da CF) - Inteligência dos artigos 5º e 196, da CF - O livre exercício da sexualidade e da reprodução humanas estão contemplados dentre os direitos civis e políticos que a Constituição Federal reconheceu à cidadania - Por isso não há que serem prestigiadas interpretações restritivas - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido⁶.

No citado caso, a autora não obteve êxito em primeira instância, entretanto, no Tribunal de Justiça, que reconheceu o direito ao acesso ao tratamento de inseminação artificial a fim de obter prole, custeado pelo ente estatal como forma de manutenção do direito à vida e o direito à saúde, ressaltando o artigo 196 da Constituição Federal que garante ser a saúde um direito de todos e obrigação do Estado, seja em âmbito municipal, estadual ou federal.

Assim, uma vez que o SUS prevê a solidariedade dos entes estatais no fornecimento do direito à saúde, cabe a todos e a cada um também garantir acesso às

⁶ Inteiro teor disponível em:
http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/TJSP/IT/_4599546320108260000_SP_1296246530916.pdf, acessado dia 29.03.2013.

técnicas de reprodução assistida para aqueles que possuem algum tipo de problema para procriar.

A inseminação artificial homóloga apresenta muitos problemas com relação à parentalidade, uma vez que o Código Civil, em seu artigo 1.597, III prevê serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido. O CFM aponta na Resolução 2.013/13, II - 1 que ambos os cônjuges devem concordar expressamente com a inseminação. No caso de ocorrer morte de um dos cônjuges durante o processo de inseminação, o sobrevivente, desde que autorizado pelo falecido expressamente, pode continuar o projeto parental.

Impasses acerca do destino do material genético em caso de divórcio, morte de um dos cônjuges entre outros devem estar expressos e arquivados nas respectivas clínicas antes de iniciar o processo, conforme ressalta Hironaka (2008, p. 319) que aponta ser totalmente possível a inseminação *post mortem*, entretanto, é necessário que haja autorização do marido em vida.

Esse é o entendimento também de Lôbo (2009, p. 201), que aponta que a inseminação homóloga somente poderá utilizar sêmen do marido se este for vivo ou no caso de já haver falecido, se tiver deixado autorização expressa para tanto.

Ressalte-se que deve haver um limite temporal para que o filho oriundo de inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* possa suceder, que conforme Dias (2009, p. 334), terá direito a suceder se for deixado pelo varão, expressamente, autorização para a fertilização ou nascer em até dois anos do falecimento. Para a mesma autora, sendo a reprodução homóloga, a autorização para a continuidade do procedimento é dispensável.

A maior parte das legislações europeias veda a inseminação após a morte do cônjuge, uma vez que a criança já é gerada órfã, assim, visa evitar que a mãe tente amenizar sua dor pela perda do companheiro fazendo nascer uma criança fadada a ter a missão de preencher tal vazio (LEITE, 2012, p. 196-199).

Quando o casal, porém, se utiliza da reprodução heteróloga, algumas dúvidas podem surgir, tendo em vista a ausência de lei a respeito, a doutrina aponta que em tal procedimento, a paternidade é absoluta, mesmo após a morte do marido, desde que previamente autorizado, assim sendo, desde que o cônjuge tenha concordado com o procedimento em vida, a paternidade de filho oriundo do procedimento não poderá ser questionada, uma vez que a paternidade se dará através do afeto e não de forma biológica, ressalte-se que em caso de reprodução heteróloga, o indivíduo possui o

direito de conhecer suas origens genéticas, o que, por certo, não acarretará direito à filiação (DIAS, 2009, p. 330).

No que cabe à reprodução heteróloga, Gozzo (2006, p. 223) acredita que,

Apesar da lacuna legal, tudo indica que o consentimento do marido deverá ser prestado *previamente*, a fim de que se saiba, de antemão, que ele concorda em ser pai do filho havido por sua mulher. No fundo, essa situação assemelha-se muito à adoção do filho de um dos cônjuges pelo outro, conforme previsão legal do parágrafo único do art. 1626 da lei civil.

Embora a autora em questão pareça ter dúvidas acerca da filiação em caso de reprodução heteróloga, o Código Civil Brasileiro é claro quanto a essa questão:

Art. 1.597. 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 de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha **prévia** autorização do marido (grifo nosso).

Diniz (2010, p. 572-584) acredita que a reprodução assistida heteróloga deveria ser proibida, uma vez que tais atitudes podem ocasionar uma série de problemas, sendo que o indivíduo gerado por meios heterólogos tem o direito de saber a história de saúde dos seus parentes consanguíneos a fim de prevenir doenças e evitar o incesto, embora não gere direito à filiação ou outros direitos, pessoas advindas de inseminações também possuem direito de personalidade, sendo a paternidade daquele que anuiu a inseminação heteróloga considerada absoluta e não relativa.

Já Azevedo (2003, p. 65-66), acredita que a destruição dos embriões excedentes significa um atentado contra a vida já que considera que se trata de seres humanos em desenvolvimento, assim recomenda que tanto na reprodução homóloga quanto heteróloga apenas um embrião seja criado por vez a fim de evitar excedentes.

A reprodução heteróloga, desde que autorizada pelo parceiro, não pode ser questionada, entretanto, nos outros casos é totalmente possível ações que tenham por intuito a negativa de uma paternidade já reconhecida e a dissolução de vínculos, como julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal abaixo:

Processo: EIC 87599420088070003 DF 0008759-94.2008.807.0003
Relator(a): NATANAEL CAETANO
Julgamento: 28/02/2011
Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível
Publicação: 16/03/2011, DJ-e Pág. 28.

Ementa
EMBARGOS INFRINGENTES. CONTESTAÇÃO DE PATERNIDADE. ERRO SUBSTANCIAL. REVOGAÇÃO DO ATO DE RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO. POSSIBILIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. AUSÊNCIA DE RECIPROCIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. HAVENDO PROVAS DE QUE O PAI, AO RECONHECER VOLUNTARIAMENTE O FILHO, NÃO TINHA CONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE NÃO SER O SEU GENITOR BIOLÓGICO, É ADMISSÍVEL A CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE. O SIMPLES FATO DE HAVER RELAÇÃO DE AFETO ENTRE PAI E FILHO NÃO BIOLÓGICOS NÃO SIGNIFICA A EXISTÊNCIA DE RECIPROCIDADE DE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA, REQUISITO ESSENCIAL PARA A MANUTENÇÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. CASO CONTRÁRIO, APENAS SERIA POSSÍVEL A DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE ENTRE AQUELES QUE NÃO MAIS MANTIVESSEM LAÇOS DE AFINIDADE⁷.

Para algumas doutrinas, como Dias (2009, p. 337), no caso da reprodução heteróloga, o Conselho Federal de Medicina (Resolução 2.013/13) permite a cessão temporária de útero, desde que seja parente consanguíneo de um dos parceiros até quarto grau e sem fins lucrativos.

O Projeto de Lei 1184/03 prevê alguns dispositivos já presentes na Resolução do CFM 2.013/13, entretanto diverge na maioria dos pontos, salvo algumas exceções, como por exemplo, a respeito da escolha do sexo do futuro bebê, a lei prevê a possibilidade apenas em caso de doença genética, conforme já previsto pelo CFM. Quanto à identidade dos doadores, o PL prevê que a identidade do doador seja conhecida pela pessoa nascida dos gametas doados, os registros que deveriam ser mantidos nas clínicas por tempo indeterminado deverão ser armazenados por apenas cinquenta anos, outra inovação trazida é obrigatoriedade da transferência de todos os embriões produzidos para o útero da mãe, mesmo os inviáveis ou com algum tipo de anomalia.

No que cabe à cessão temporária de útero, permitida em casos específicos pelo CFM, o PL também proíbe em todos os casos.

De acordo com Monteiro (2013-b, p. 01),

⁷ Inteiro teor: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18430241/eic-eic-87599420088070003-df-0008759-9420088070003-tjdf>, acessado dia 30.03.2013.

tanto a resolução do Conselho Federal de Medicina quanto o projeto em tramitação na Câmara, estabelecem regras de caráter ético a serem seguidas pelas clínicas brasileiras de reprodução assistida. A intenção é impedir excessos por parte dos médicos e resguardar os direitos dos pacientes.

Outra questão que tem sido bastante debatida é o fato de que a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) defende a onerosidade da doação de óvulos, uma vez que é um procedimento que necessita de esforço físico e emocional da doadora.

Outro Projeto de Lei (1135/03) também condena em seu artigo 5º a seleção de sexo do futuro bebê, salvo em casos de doenças relacionadas a esta questão:

O PL 1135/03 prevê ainda que o número de embriões transferidos para o útero materno não poderá exceder a 3 (art. 6º), sendo vedada qualquer interferência que tenha o intuito de retirar embriões já implantados, salvo em caso de risco de vida da gestante (art. 7º).

Quanto à gestação por substituição, ou cessão temporária de útero, o PL 1.135/03 aponta para a possibilidade, nos seguintes termos:

Art. 16. As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

§ 1º As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização ética do Conselho Regional de Medicina.

§ 2º A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Silva (2008, p. 81-85), entende que a cessão temporária de útero seria inviável uma vez que falta um dos requisitos do artigo 104 do Código Civil, qual seja o objeto lícito, embora o Conselho Federal de Medicina acredite que não haja problema ético acerca da postura do médico que se valha da cessão temporária de útero para possibilitar que os seus clientes realizem o sonho da paternidade.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda precisa se adequar com novas legislações que possam prever situações de reprodução heteróloga, como por exemplo, quando se utiliza da cessão temporária de útero e ocorre a negativa da hospedeira em entregar a criança aos pais afetivos, quem teria o direito de paternidade sobre essa

criança? E se o material genético doado para fins reprodutivos em outros casais por doador anônimo der origem a uma criança com algum problema genético, pode haver pedido de indenização? Quem deveria indenizar o doador ou a clínica? Quais os direitos ocasionados por uma fertilização *post mortem*?

Como se pode perceber são inúmeros os questionamentos e infundáveis as possibilidades que podem ocasionar relações jurídicas. A elaboração e melhor aprimoramento de leis que regulamentem as práticas de inseminação artificial no país precisam ocorrer bem como a melhor preparação de juristas.

As legislações não devem ser elaboradas de forma que impeçam tais práticas, tendo em vista que a evolução e o aprimoramento científico devem ocorrer para que se possibilite, inclusive, a manutenção da própria vida humana, sem colocá-la em risco.

O direito tem a difícil missão de tentar colocar um ponto em comum entre a ciência e a proteção da vida.

A proteção ao patrimônio genético humano, bem como o acesso de todas as pessoas às mais inovadoras tecnologias é um dos grandes desafios do século XXI entre a multidisciplinariedade de profissões, países, crenças existentes em todo o planeta assim também a proteção cada dia maior de todas as pessoas contra excessos.

1.6.1 Fertilização assistida em números

Nos Estados Unidos, uma inseminação artificial chega a custar US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares), aonde cerca de US\$ 10.000,00 é o valor pago à mãe de aluguel, US\$ 6.000,00 para o advogado cuidar do processo e US\$ 4.000,00 para o médico, entretanto, menos de 18% das tentativas são bem sucedidas. A Espanha foi o primeiro país a editar leis sobre inseminação artificial, fecundação *in vitro* entre outros, ainda em 1988. No Brasil, o primeiro banco de sêmen instalou-se no país no ano de 1993, na rede hospitalar Albert Einstein (AZEVEDO, 2003, p. 58-62).

A lei brasileira 9.263/96 aponta ser de obrigação do serviço público de saúde ofertar serviços de reprodução assistida, entretanto ainda são poucos os hospitais que oferecem, sendo que o pioneiro foi um hospital em Ribeirão Preto. A maioria dos procedimentos é realizada em clínicas particulares com altos preços, sendo inacessíveis para boa parte da população. Dados divulgados pela Revista Veja em 2001 aponta que o número de nascimentos advindos da proveta já passavam de 300.000, sendo que cerca de 7.000 estavam no país, existiam cerca de 20.000 embriões congelados e cerca de 200

foram adotados, ressalte-se que segundo a reportagem 99% das mulheres estéreis já podem ser mães. Depois da Lei 11.935/09, os planos de saúde passaram a ser obrigados a arcar com tratamentos para a prevenção ou concepção de gravidez (FERRAZ, 2010, p. 32-35).

Nos Estados Unidos, a venda e a comercialização de óvulos e espermatozoides são permitidas quando considerados partes do corpo humano renováveis. No que concerne à gravidez de substituição (popularmente conhecida como barriga de aluguel), é permitida apenas nos estados de Arkansas e Nevada, desde que haja algum vínculo genético da criança com um dos integrantes do casal. Em Portugal foi aprovada lei que entrou em vigor em 2007 que regulamenta a reprodução assistida, inclusive prevendo penalidades. Veda a maternidade por substituição e a inseminação *post mortem*, mesmo que o companheiro tenha deixado autorização expressa. Assim como a lei americana, a identidade do doador anônimo somente será revelada por meios judiciais desde que o motivo seja relevante (FERRAZ, 2010, p.65- 70).

Na Itália, a inseminação heteróloga é proibida. No Brasil, de acordo com o artigo 1.597 do Código Civil, a paternidade de filho havido de inseminação heteróloga será do marido, desde que este tenha consentido para tal, ressaltando que em tais casos a paternidade é absoluta (FERRAZ, 2010, p. 105).

Já a clonagem humana, esta proibida em diversos países, entre eles Alemanha, Espanha, França, Reino Unido, entre outros. No Brasil, a clonagem humana é proibida através da lei 11.105/2005, em seu artigo 26, cominando pena de 2 a 5 anos de reclusão e multa (SOUZA, 2008, p. 270).

No Brasil a cessão temporária de útero não é permitida pela lei, apenas uma Resolução do CFM (2.013/13), onde se prevê a gratuidade e relação de parentesco com os parceiros, entretanto, após o nascimento, mesmo que o material genético seja de outra pessoa, pode haver problemas para se registrar a criança. O PL 1.184/03 veda em qualquer circunstância a gestação por substituição em seu artigo 3º.

CAPÍTULO 2

DIREITOS DE PERSONALIDADE E A PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO

(...) é certo que a piedade é um sentimento natural, moderando em cada indivíduo a atividade do amor de si mesmo, contribui para a conservação mútua de toda a espécie. É ela que nos leva, sem reflexão, a socorrer aqueles que vemos sofrer; é ela que, no estado de natureza, ocupa o lugar das leis, dos costumes e da virtude, com a vantagem de que ninguém é tentado a desobedecer à sua doce voz.

ROUSSEAU, 2011, p. 72.

2.1 Pesquisa científica e a proteção à vida

Desde o século XVIII o lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, ecoam como um dos maiores pedidos dos revolucionários, que buscavam a diminuição dos poderes do rei e maior respeito a todos os cidadãos, que deveriam ter os mesmos direitos e serem considerados iguais entre si.

As manipulações genéticas, uma vez que podem trazer danos a toda a coletividade, deve ser tratada sob os princípios do direito ambiental, tendo em vista se tratar de direitos difusos e coletivos, uma vez que, se deve evitar o dano e caso já tenha sido causado, deve ser ressarcido.

No que cabe a pesquisas científicas, o pesquisador tem a liberdade de desenvolver o seu projeto, desde que devidamente autorizado pelos órgãos competentes e a pesquisa não venha a trazer danos aos seres humanos.

Ressalte-se que o Código Civil brasileiro, em seu artigo 15 aponta que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Os testes devem ser realizados em plantas e animais antes de serem aplicados em seres humanos, sendo que estes últimos devem estar cientes das possíveis melhoras ou pioras em seu estado de saúde, conforme prevê os princípios da bioética estudados no presente trabalho.

Nenhuma pesquisa poderá ser desenvolvida se ferir a dignidade humana, cabendo aos órgãos estatais fiscalizar toda e qualquer atividade que envolva seres humanos.

Vale ressaltar que não sendo possível o consentimento livre e esclarecido de algum paciente, o Comitê de Ética e Pesquisa deverá se pronunciar favorável a fim que ocorra algum tipo de experimento científico (LOUREIRO, 2009, p. 141).

Nos dizeres de Habermas (2002, p. 119),

Ninguém pode ser livre à custa da liberdade de um outro. Pelo fato de as pessoas só se poderem individuar pela via da socialização, a liberdade de um indivíduo une-se à de todos os outros, e não apenas de maneira negativa, por meio de limitações mútuas.

E respeitando os ditames constitucionais, onde se prevê os direitos de liberdades e as garantias fundamentais e sociais, as pesquisas, principalmente com material humano tem diversas formas de limitação, assim aponta Ramiro *et al* (2012, p. 53) ao afirmar que a própria ideia de direito é limitadora da ideia de liberdade, tendo em vista a necessidade de manutenção do pacto originário.

Há quem defenda que as liberdades sobre o próprio corpo e sobre a própria vida são essenciais para a manutenção da própria espécie, portanto, assim Habermas afirma que “do ponto de vista liberal, as novas técnicas de reprodução, tanto quanto a substituição de órgãos ou a morte medicamente assistida, apresentam-se como um aumento da autonomia pessoal” (HABERMAS, 2010, p. 38).

Alguns doutrinadores mais radicais quanto a experimentações e pesquisas com material humano, como Maria Helena Diniz aponta que a experimentação genética, deve ser algo evitado, uma vez que o uso desmedido de tais técnicas pode levar ao fim da humanidade, seja pela destruição do genoma humano⁸ ou pela criação de vírus pandêmicos, sendo que tais pesquisas devem ser consideradas violações à integridade física do ser humano e do embrião (DINIZ, 2010, p. 464).

⁸ A engenharia genética cuida da transferência de certas informações genéticas para células de um organismo. O conjunto de informações contidas nos cromossomos das células denomina-se genoma e é no DNA (ácido desoxirribonucleico) onde se encontra a identificação de cada ser humano. O principal objetivo de estudos com o genoma humano é o conhecimento acerca de milhares de doenças hereditárias, a prevenção de doenças hereditárias se denomina de terapia gênica ou geneterapia, o genoma humano totalmente mapeado, cerca de 100.000 genes, trará à medicina importantes informações acerca do funcionamento do corpo humano, o que possibilitará criação de novos e mais eficazes medicamentos e tratamentos. Já a biotecnologia possibilita a criação de organismos geneticamente modificados e transgênicos (Diniz, 2010, p. 460-2).

Aponta Figueiredo (2010, p. 21-24) que aquele que já foi concebido não é apenas um amontoado de células uma vez que está se desenvolvendo para alcançar a vida extrauterina, assim, o nascituro merece respeito, devendo ser condenadas práticas ou experiências que envolvam nascituros. Embora o nascituro não possua personalidade civil, para a autora já há vida e precisa receber proteção.

Já as pesquisas que não envolvem a utilização de embriões para a obtenção de células-tronco, as denominadas células somáticas, são mais aceitas pelos doutrinadores, inclusive Maria Helena Diniz.

De acordo com Tranquilim (2008, p. 211), através da terapia gênica ocorre a transferência de material genético com o objetivo de se alcançar a cura ou a prevenção de doenças que sejam causadas por problemas genéticos, assim, a transferência genética pode ser entre células reprodutivas (germinativas) ou adultas (somáticas).

Aponta Morgato (2011, p. 105) que,

Ao contrário da terapia genética em células germinais humanas, a terapia genética realizada em células somáticas não implica a alteração definitiva do genoma do paciente, visto que consiste no tratamento das células responsáveis por determinadas patologias, por meio da introdução no organismo doente de células sadias (chamadas células-tronco). Assim, após a terapia, as células inaptas, por falhas na herança ou na informação genética, a cumprir sua função própria, passarão a fazê-lo.

As terapias gênicas são um dos objetos de estudo da engenharia genética, sendo que o objeto de estudo da terapia gênica são comumente conhecidos como células-tronco, que são aquelas células que possuem capacidade de se dividir ilimitadamente, sejam células-tronco adultas ou embrionárias. Estas primeiras podem ser obtidas através da medula óssea, do sangue, fígado, cordão umbilical, placenta, entre outros. Ainda é muito discutida a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas, um dos principais motivos é o fato da origem da vida e o início de sua tutela jurídica ainda não terem encontrado consenso. No Brasil, a Lei 11.105/05 regulamentou a utilização dos embriões excedentes em pesquisas e terapias gênicas.

De acordo com Catão (2004, p. 112-118), o direito protege o nascituro, assim sendo, aquele ser que está no útero desde a concepção tem a proteção do direito. Ressalte-se que antes do nascimento não há personalidade. Quando a vida termina, cessando a personalidade, o direito ainda deve proteger o cadáver e as partes separadas do corpo, de forma a proteger a memória do falecido, ressalte-se que para os positivistas

os direitos de personalidade só existirão se estiverem devidamente positivados em instrumentos normativos, já para os jusnaturalistas, os direitos de personalidade são inerentes do ser humano a partir do nascimento com vida.

A PEC 571/02, em tramitação no Congresso Nacional (apensado à PEC 62/2003 e PEC 408/2005) prevê a inclusão de mais um inciso no artigo 5º da Constituição Federal, qual seja o LXXVIII com a seguinte redação:

LXXVIII - a vida do nascituro se inicia com a concepção sendo inviolável e digna de todo respeito e serão punidas, severamente, as práticas que resultem em sua morte, sofrimento, ou mutilação, na forma da lei, devendo ser procuradas formas alternativas de pesquisa e desenvolvimento científico que não prejudiquem o embrião ou feto.

Lembrando que cabe ao Poder Público (225, §1º da Constituição Federal) fiscalizar as entidades que se destinam a pesquisas e à manipulação genética.

Entre os argumentos quando o assunto são pesquisas com a terapia genética tais técnicas poderão, inclusive, trazer a procriação segura e uma melhora na qualidade de vida de todos; a denominada terapia de células somáticas tem sido uma alternativa com bons resultados, uma vez que viabiliza formas positivas no tratamento de diversos tipos de doenças, (TRANQUILIM, 2008, p. 212-3).

Ressalte-se que, conforme preceitua Axel Gosseries (2013, p. 04), a atual geração possui um contrato de empréstimo com as futuras gerações, dependendo das atitudes de hoje para que possam ter a chance de chegarem a existir.

A produção artificial de embriões para a obtenção de células-tronco e a sua posterior destruição é condenada por muitos estudiosos, uma vez que o embrião passa a ser considerado um objeto, violando a dignidade da espécie humana, Böckenförde (2008, p. 74-5) aponta que é relevante tais pesquisas a fim de que se possa desenvolver, a partir de células-tronco plurifuncionais, a cura para diversos males, principalmente oriundos de nervos, fígado, coração entre outros mas é preciso cuidado.

Ainda são muitas as discussões que pairam sobre o tema, Petterle (2008, p. 259) aponta que,

à guisa de uma indefinição, o direito à identidade genética é um direito de personalidade que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental “identidade genética”, uma das manifestações essenciais da personalidade humana, ao lado do já consagrado viés do direito à privacidade e do direito à intimidade.

Qualquer tipo de pesquisa envolvendo seres humanos seja de forma direta ou indireta, que vise à prevenção ou ao tratamento de doenças deve ser regida pela Resolução CNS n. 196/96 e pelos princípios da bioética.

Outro fator que deve ser observado no desenvolvimento de pesquisas que utilizem material humano é o fato de que não deve haver qualquer tipo de ônus, salvo algum tipo de despesas oriundas da participação na pesquisa, tendo em vista que nenhum tipo de material humano pode ser objeto de relações onerosas (LOUREIRO, 2009, p. 142).

2.2 Manipulações genéticas

Para Hall (2011, p. 03) é através da fisiologia que é possível explicar os fatores físicos e químicos que originam e desenvolvem a vida, seja ela animal ou vegetal, podendo a fisiologia ser dividida em virótica, bacteriana, celular, vegetal, humana, entre outras. “Na *fisiologia humana*, tentamos explicar as características e os mecanismos específicos do corpo humano que fazem dele um ser vivo”, continua Hall apontando que a unidade viva do organismo é a célula, sendo que cada órgão é um agregado de muitas células diferentes, unidas por estruturas de suporte intercelular. Cada célula é adaptada para realizar uma ou algumas funções, sendo que o corpo humano possui em média 100 trilhões de células.

De acordo com Pereira (2002, p. 17), as células do corpo humano podem ser divididas em germinativas – que são o óvulo e o espermatozoide, que são responsáveis pela transmissão de genes às gerações futuras e as células somáticas, que são todas as outras células do organismo que servem para muitas funções, menos reprodução. As células reprodutivas possuem apenas metade do genoma, assim, quando duas células germinativas se fundem, formam um novo ser, único.

Os genes, localizados no núcleo de todas as células do corpo são os responsáveis por controlar a hereditariedade dos pais para os filhos, além de reger e controlar funcionamento do corpo. “Os genes controlam a função celular, determinando quais substâncias são sintetizadas pela célula – quais estruturas, quais enzimas, quais substâncias químicas” (HALL, 2011, p. 27).

Embora a ciência deva ter espaço haja vista a própria necessidade humana de se evoluir, de acordo com Jonas (2011, p. 77),

A probabilidade de que experimentos desconhecidos tenham um resultado feliz ou infeliz, é, em geral, semelhante àquela em que se pode atingir ou errar o alvo: o acerto é apenas uma entre inúmeras alternativas, que na maior parte dos casos não passam, aliás, de tentativas fracassadas; embora, em questões menores, possamos nos permitir apostar muito, tendo em vista uma chance extremamente pequena de sucesso, em questões maiores arriscamos bem menos.

Embora seja arriscado, desde que respeitados alguns princípios como o da precaução, os da bioética e a aprovação dos Conselhos de Ética, é possível que se realize experimentos em seres humanos, entretanto os abusos deverão ser punidos e leis mais específicas e severas precisam ser estudadas e elaboradas.

Quando se fala em ser humano não se deve arriscar, pois não se pode ocasionar mais mal do que bem ao paciente, ressaltando que uma experiência com material genético germinal pode trazer consequências irreversíveis para toda a humanidade.

Se a vida é o objeto de pesquisa é preciso muito mais cuidado e responsabilidade dos envolvidos, uma vez que “o homem tornou-se, definitivamente, “senhor e possuidor da natureza”, inclusive de sua própria, ao adquirir o poder de manipular o patrimônio genético” (COMPARATO, 2010, p. 562).

Nos dizeres de GiacóiaJunior (2013-a, p. 01), a humanidade tem a potencialidade de colocar em risco a sua própria espécie, uma vez que pode corromper sua integridade genética ou mesmo alterá-la arbitrariamente, destruí-la, por outro lado, por que não fazê-lo? Por que não modificar a estrutura genética a humana, e sempre mantê-la como tal? Segundo o autor tal resposta não é tão difícil tendo em vista que não cabe a um indivíduo arriscar toda a evolução da espécie em uma ou outra experiência, arriscando tudo o que a cadeia evolutiva levou milhões de anos para realizar.

Assim é inaceitável que haja experiências com organismos vivos, principalmente material humano sem o devido acompanhamento e o respeito aos ditames éticos e legais.

Embora o Estado seja laico, a vida deve ser protegida acima de qualquer coisa, respeitando, inclusive a sua santidade.

Ressalte-se que a liberdade religiosa cabe a cada indivíduo e não ao Estado, sendo que este último não possui o direito de exaltar ou mesmo escolher a sua religião, assim o direito é assegurado aos brasileiros e não ao Brasil (CRUZ, 2011, p. 59).

Nos dizeres de Jonas (2011, p. 78),

Mais do que em qualquer outra parte, aplica-se aqui o provérbio de que temos liberdade para dar o primeiro passo, mas nos tornamos escravos do segundo e de todos os passos subsequentes. Assim, a constatação de que a aceleração do desenvolvimento alimentado tecnologicamente nos reduz o tempo para autocorreções conduz a outra constatação: no tempo de que ainda dispomos, as correções tornam-se cada vez mais difíceis, e a liberdade para realizá-las é cada vez menor.

Deve-se ter em mente o dever de preservação das espécies haja vista que o ser humano, considerado por ele próprio único ser inteligente que habita o planeta Terra, não tem o direito de simplesmente decidir pela vida, sacrificando bilhões e bilhões de anos de evolução de milhares de espécies.

Atualmente diversas são as formas de se manipular material humano, animal ou vegetal, seja através da criação de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) que serão estudados mais à frente ou mesmo através da clonagem ou eugenia.

No caso dos clones, são utilizadas células somáticas, por meio de reprodução assexuada, possuindo o mesmo genoma da célula que lhe deu origem, conforme se verá adiante.

Quanto à eugenia, como se verá também, ocorre uma seleção pré-implantatória do material, selecionando apenas aqueles que terão maiores chances de se desenvolverem sem que ocorram doenças genéticas.

Esse tipo de procedimento é proibido no Brasil, salvo nos casos de anencefalia, motivo da ADPF 54, que em 12 de abril de 2012 autorizou a gestante a decidir se continua ou interrompe a gravidez.

A necessidade da criação de leis mais específicas para atender o desenvolvimento de pesquisas envolvendo principalmente os seres humanos se faz extremamente necessária tendo em vista que se deve limitar, fiscalizar e se for o caso impedir que uma alteração se inicie uma vez que arcar com as consequências após a ocorrência do dano podem ser difíceis ou mesmo impossíveis, assim defende Jonas (2011, p. 79) ao afirmar que há obrigação em vigiar os primeiros passos, de forma a conceder primazia às possibilidades de problemas seriamente fundamentados, ou seja, o simples medo não seria suficiente assim como a simples esperança em bons resultados.

Nos dizeres de Venosa (2011, p. 03), a ciência ainda precisa fornecer aos juristas informações acerca da concepção e do embrião, para que possa ser definida a titulação de alguns direitos.

O assunto ainda é tão novo que é difícil até mesmo de encontrar embasamento na jurisprudência nacional, motivo pelo qual diversos casos alienígenas foram trazidos ao longo do presente trabalho.

2.2.1 Clonagem

Entende-se por clonagem um processo de produção de organismos geneticamente modificados utilizando reprodução assexuada, onde se produz indivíduos geneticamente iguais, pode ser natural ou artificial (MALUF, 2010, p. 177).

A clonagem terapêutica ocorre quando são extraídos núcleos de células adultas visando à cura, tal técnica evita problemas como a rejeição, que pode ocorrer num transplante de órgãos.

Devido a acirradas discussões, possui um tópico do biodireito que se ocupa em estudá-la. O termo clone foi utilizado pela primeira vez em 1903 pelo botânico Herbert J. Webber, que vem da palavra grega *klón*, que quer dizer broto vegetal. A clonagem é um processo de reprodução assexuada onde ao final se obtém indivíduos geneticamente iguais a partir da célula-mãe. Na lei brasileira a clonagem é definida na Lei 11.105/05, em seu artigo 3º, inciso III (PEREIRA, 2012, p. 130-131).

A Instrução Normativa n. 08/97 da CTNbio proíbe a clonagem em humanos, e a Instrução Normativa n. 09/97 reafirma preceitos da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde obrigando respeito aos princípios bioéticos no desenvolvimento de pesquisas, a mesma proibição não existe para o caso de plantas e animais.

O procedimento embora possa parecer recente é utilizada há bastante tempo, principalmente para a reprodução assexuada de plantas, sendo que os primeiros clones de animais (sapos) foram obtidos em 1952. Na década de 70 foram utilizados ratos nas experiências e na década de 80 ovelhas. A clonagem humana foi possível em 1993 quando os cientistas norte-americanos Jerry Hall e Robert Stillman anunciaram a ocorrência com embriões humanos (PEREIRA, 2012, p. 131-133).

Com a clonagem de vacas em 1998 ficou comprovada a possibilidade de realmente gerar seres humanos, em 1999 foi anunciado os sinais de envelhecimento precoce da ovelha Dolly (faleceu em 2003), o que fez com que as discussões acerca da clonagem fossem repensadas. Em 2001 foi apresentado na Itália um clone de um animal em extinção (ovelha). Ainda em 2001 a empresa *AdvancedCell Technology* afirmou que clonaria seres humanos com a finalidade terapêutica, o fato disseminou ondas de

discussões. No Brasil, o primeiro animal clonado (Embrapa) foi a bezerra Penta que morreu cinco semanas após o nascimento devido a infecções generalizadas (PEREIRA, 2012, p 135-139).

A clonagem por divisão embrionária pode ocorrer naturalmente como é o caso dos gêmeos monozigóticos ou univitelinos ou através da divisão de um embrião nos seus primeiros estágios de desenvolvimento, em laboratório, a clonagem por divisão embrionária pode originar indivíduos geneticamente idênticos (embriões clônicos), porém oriundos de diferentes progenitores, já a clonagem por transferência nuclear possibilita a obtenção de indivíduos idênticos geneticamente, se utilizando apenas de um gameta, com a transferência do núcleo de uma célula somática (embrionária ou adulta), de seres já nascidos ou mortos, a um óvulo desnucleado, onde ocorre a fecundação através de impulsos elétricos, embora sem a participação do gameta masculino (SOUZA, 2008, p. 269-270).

Quanto à clonagem humana, deve-se ressaltar que se trata de processo assexuado a partir de uma célula ou conjunto de células geneticamente manipuladas ou não. A clonagem pode ser reprodutiva, utilizada na fertilização *in vitro* para a obtenção de clones ou clonagem não reprodutiva, que teria por escopo fins terapêuticos (produzir tecidos ou órgãos) a partir de embriões ou células *stem* (células imaturas com capacidade de autorregeneração no intuito de reparar órgãos e tecidos) (DINIZ, 2010, p. 534).

Aponta Morgato (2011, p. 45) que,

a diferença entre a chamada clonagem humana e a terapêutica dependerá do destino que será dado para a célula que resulta da transferência nuclear. Se implantada no útero, poderá gerar um indivíduo; se for dissociada em laboratório poderá gerar células-tronco embrionárias, células chamadas pluripotentes, dada a capacidade de diferenciação ilimitada, ou seja, dependendo das condições de cultivo, poderá desenvolver qualquer tecido orgânico.

No que cabe à clonagem terapêutica, há doutrinadores como Silva (2003, p. 78) que condenam a prática em seres humanos, considerando um ato de inumanidade.

Ressalte-se que,

O ser humano é produto da interação entre o genótipo (carga genética herdada) e o fenótipo (ambiente cultural, social e familiar em que vive). Conseqüentemente, o clone humano, apesar de ser

geneticamente idêntico ao doador do núcleo, jamais seria idêntico a ele psicologicamente (DINIZ, 2010, p. 547).

No Brasil, a Lei 11.105/05 veda pesquisas com células germinativas, zigotos e embriões humanos, salvo em casos de terapia à algumas enfermidades genéticas. Entretanto tais medidas sejam nacionais ou internacionais podem se mostrar ineficazes, uma vez que não há fiscalização suficiente e não se sabe se em algum lugar do planeta algum cientista não está realizando práticas proibidas.

O patenteamento de genes humanos é proibido tendo em vista que, “a vida é um produto divino que não pode ser patenteado por ninguém, nem tratada como mercancia. Patentear genes humanos seria o mesmo que patentear a vida humana” (DINIZ, 2010, p. 562), sendo permitido apenas o patenteamento de medicamentos descobertos a partir de elementos isolados do corpo humano, já os micro-organismos transgênicos, conforme Lei 9.279/96 (art. 18, III) podem ser patenteados, desde que apresentem alguma inovação.

Existem muitas pessoas que são a favor da clonagem reprodutiva humana, dentre eles a seita dos Raelianos, fundada pelo ex-jornalista francês Claude Vorilhon (ou Raël), que acredita ter tido contato com extraterrestres desde 1973, estes, por sinal, teriam criado os seres humanos a partir de manipulações genéticas, sendo a clonagem a chave para a imortalidade (LEÃO JÚNIOR; MORGATO, 2010, p. 380).

A Lei 11.105/05 proíbe no Brasil a clonagem reprodutiva humana em seu artigo 26, tendo em vista que a clonagem reprodutiva traria muitos problemas, seja de identidade, uma vez que o ser humano tem a característica de ser único, bem como acerca de relações parentais, como, por exemplo, quem seria o pai ou mãe do clone, a pessoa que doou o material genético ou aquela que idealizou?

Com a clonagem o ser humano perde sua identidade, suas características individuais, para se tornar uma cópia de alguém que por futilidade e vaidade assim o idealizou.

Uma criança não deve vir ao mundo apenas para satisfazer anseios científicos desmedidos e mesquinhos, diferente do que acontece com a clonagem terapêutica, onde apenas um órgão com problema é clonado a fim de que seu titular possa encontrar a cura ou ao menos melhorar sua qualidade de vida.

2.2.2 Eugenia

A eugenia visa melhorar as condições de reprodução humana e o aprimoramento da espécie, sendo que a eugenia positiva inclui exame pré-natal, tratamentos para evitar ou diminuir efeito de doenças entre outros, já a eugenia negativa consiste em evitar o nascimento de pessoas com algum tipo de patologia, como também evitar a hereditariedade de tais males, o que pode ocasionar controle de natalidade, esterilização etc., e conseqüentemente desencadear uma nova busca pelo ser humano perfeito (DINIZ, 2010, p. 492-4).

Durante o século XX foram diversas as entidades criadas ao redor do mundo reconhecendo e defendendo a eugenia e, embora o maior relato desta prática advenha da II Guerra Mundial, muitos anos antes de seu início a prática já era comum sendo que na Alemanha,

em 1935, acabaram se convertendo em objeto de legislação através das “Leis de Nuremberg”, que proibiram o casamento e o contato sexual de alemães com judeus, o casamento de pessoas com transtornos mentais, doenças contagiosas ou hereditárias, exigindo um certificado de saúde, para oficializar os casamentos. Mas, desde 1933, já haviam sido publicadas as leis que propunham a esterilização de pessoas com problemas hereditários e a castração dos delinqüentes sexuais (FONSECA, 2009, p. 62).

Durante muito tempo na história humana o simples fato de uma pessoa nascer com uma anomalia, problemas físicos ou mentais era motivo para que fosse deixada de lado ou ser morta.

Para Morgato (2011, p. 101), a eugenia pode ser positiva, ou seja, aquela que visa modificar funções somáticas e mentais do ser humano, como memória, inteligência, cor dos olhos, cabelos entre outras ou eugenia negativa que visa diagnosticar, prevenir e curar enfermidades e malformações, entretanto, quando a cura não for possível, o indivíduo é eliminado.

Já para Galvão (2004, p. 71), “a eugenia consiste na aplicação do estudo da hereditariedade ao aperfeiçoamento das qualidades da raça humana”.

A utilização de técnicas, principalmente quanto à eugenia negativa podem ocasionar abortos ou morte de bebês que tenham algum problema de saúde, seja físico ou mental, ou mesmo uma nova corrida para a criação de uma raça superior.

É importante se tomar precauções quanto a melhoramentos genéticos e/ou intervenções desmedidas, tendo em vista que as manipulações são permanentes após a implantação do embrião sendo “a irreversibilidade das consequências de manipulações genéticas parcialmente realizadas a partir de uma decisão unilateral significa uma responsabilidade problemática para aquele que se julga capaz de tal decisão” (HABERMAS, 2010, p. 89), sem contar o fato de que o indivíduo, concordando ou não com as manipulações realizadas terá de conviver com elas durante toda a sua existência.

Nos dizeres de Fonseca (2009, p. 71),

Pois, se a eugenia for praticada da forma “liberal” que seus defensores postulam, embora ela possa expressar (até certo ponto) a liberdade de os pais escolherem o genótipo de seus futuros filhos, em contrapartida, a sua consequência será, por um lado, a demonstração da “falta de liberdade” (imposta, certamente pela falta de recursos financeiros) dos pais que não puderem programar geneticamente seus filhos. Por outro lado, com relação aos filhos, a consequência será a proporcional redução de suas liberdades, tanto daqueles que forem modificados quanto dos que não forem. As duas “categorias” de indivíduos serão irremediavelmente marcadas pelo estigma: modificado ou não-modificado, sendo dada a cada uma delas um diferente status e sendo cobrado de cada uma delas um equivalente nível de exigência.

Se ainda não sabemos como resolver os problemas oriundos das desigualdades sociais, quem dirá os referentes a desigualdades genéticas. Fazer uma análise e evitar ou corrigir defeitos que possam acarretar melhor vida ao futuro indivíduo pode ser aceitável, entretanto, ainda pairam muitas dúvidas quanto aos limites dessa intervenção.

2.3 O biodireito e a proteção da vida em todas as suas formas

A proteção ao ser humano é reconhecida há tempos, fato este confirmado no Juramento de Hipócrates, datado da Idade Antiga, uma vez que se proibia que médicos receitassem substâncias abortivas, conforme já comentado em capítulo anterior.

Com a expressão “vida”, que pode derivar tanto do grego *bios* como do latim *vita* é conhecida desde a antiguidade representando tudo aquilo que se movia. Hoje o vocábulo é utilizado em diversos casos, dependendo do entendimento do intérprete (ALARCÓN, 2004, p. 23-24).

Desde tempos remotos os direitos eram associados à vida do indivíduo, entretanto, afirma Almeida (2000, p. 30) que no Direito Romano o nascituro possuía direitos que independiam do nascimento com vida.

Quando se fala em bioética, biodireito e a proteção da vida como um todo há muitas questões a serem feitas, como por exemplo, se uma pessoa teria o direito de arriscar tudo que possui em nome da pesquisa que acredita.

Arriscar a própria vida em nome da ciência seria algo justo ou mesmo coerente com as leis jurídicas, a moral e a ética?

Para Hans Jonas (2011, p. 84) é impossível que uma pessoa abra mão de seus direitos ou mesmo de sua vida em nome da ciência sem que isso signifique colocar em risco a vida de muitas outras pessoas, “(...) logo, arriscar aquilo que é meu significa sempre arriscar também algo que pertence a outro e sobre o qual, a rigor, não tenho nenhum direito”.

Embora seja possível aplicar os preceitos da responsabilidade civil e penal sobre aqueles que causarem danos à sociedade em decorrência de uma pesquisa que fracassou ou a ocorrência de resultados não esperados, conforme dito, muitos casos podem não ter possibilidade de se voltar atrás, não ser possível consertar e colocar em risco toda a humanidade e até a vida no planeta.

Para Cruz (2011, p. 43-44), o homem moderno reconhece o direito à vida como algo extremamente importante e a fim de proteger a vida como um todo que se tem o intuito de respeito à dignidade humana, assim sendo, aquele que é digno possui agregados à sua vida valores instituídos pela sociedade e por ele próprio, sendo dever do ente estatal reconhecer e efetivar, como ocorre no artigo 5º da Constituição Federal.

Estudar o ser, responder questões acerca da espécie humana e das demais fazem parte da própria evolução, entretanto, as experiências devem estar pautadas, sobretudo na responsabilidade e na consciência do pesquisador.

2.3.1 Principais teorias sobre o início da vida

Embora o texto Constitucional assegure o direito à vida como um direito fundamental, sendo crime a sua violação, não define o momento em que a vida se inicia.

O direito à vida, conforme Loureiro (2009, p. 84), é o primeiro de todos os direitos naturais do ser humano, estando vinculado a ele o direito de nascer e, ao longo de sua existência, o direito de viver com dignidade.

Para Diniz (2010, p. 27-28), a vida humana começa com a concepção, sendo que desde tal preceito existe o ser humano e, portanto, precisa que seja respeitado o seu direito à vida. O feto é um ser que possui a sua individualidade, não podendo ser confundido com seus genitores, com poucos dias já possui seus órgãos formados, que apenas aumentará de tamanho. Assim, os pais e o ente estatal devem ter em mente que não possuem autonomia para decidir acerca da vida que carrega em seu útero.

Para Bolzan (1998, p. 11-14), a vida humana também se inicia na concepção, com a fecundação, que é um processo de união de gametas para a formação do zigoto, que ocorre nas trompas da mulher, entre 12 e 24 horas após a ovulação, conferindo ao novo ser uma identidade única.

Loureiro (2009, p. 26) defende a tese de que desde a concepção há vida e assim direitos, portanto, é possível afirmar que “a tese de que o concebido só é pessoa potencialmente não pode prosperar. Um ser humano é pessoa desde o primeiro instante da concepção e, a partir daí, sua vida e sua dignidade merecem ser respeitadas”.

Algumas ciências arriscam palpites acerca do início da vida, sendo que, para a embriologia, ocorreria na 3ª semana de gravidez, quando ocorre a individualização humana (o embrião não pode mais se dividir dando origem a novas pessoas). No que cabe a neurologia, a vida começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. (O problema é que essa data não é consensual – entre 8ª semana e 20ª semana). Para a visão da ecologia, a vida teria início entre a 20ª e a 24ª semana de gestação, pois é a partir desse momento que o bebê consegue sobreviver fora do útero. Na visão metabólica, a vida ocorre a todo o momento, já que espermatozoides e óvulo são tão vivos quanto qualquer pessoa, (MALUF, 2010, p. 86-87).

Ressalte-se que cada célula do corpo humano, com exceção dos gametas, possui 23 pares de cromossomos. Os gametas (óvulo e espermatozoide), diferentemente, possuem apenas 23 cromossomos que se unem formando o novo ser.

Após a fecundação e o início da divisão celular, no quarto dia já existem um aglomerado de células (16 a 30) idênticas, no quinto dia já existem cerca de 200 células e o embrião passa a ser chamado de blastocisto, (PEREIRA, 2002, p. 13).

De acordo com Barroso; Martel (2012, p. 21),

Um indivíduo não tem poder sobre o início da própria vida. Sua concepção e seu nascimento são frutos da vontade alheia. É o nascimento com vida que marca o início da condição humana efetiva,

com a aquisição de personalidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações.

Assim, sendo a vida é o bem mais precioso que cada ser possui, é a existência de vida que justifica a ocorrência de outros direitos e a consequente aquisição de personalidade, que“(…) no direito moderno a noção de personalidade relaciona-se com a capacidade, que a seu turno é a aptidão para adquirir direitos e exercê-los para si ou para outrem os atos da vida civil” (MALUF, 2010, p. 33).

O direito resguarda os direitos daqueles que já nasceram com vida ou daqueles que estão em eminência de nascer (nascituro), conforme preceitua o Código Civil, artigo 2º.

Aponta Venosa (2011, p. 03) que “o Código tem várias disposições a respeito do nascituro, embora não o conceba como personalidade”.

Entretanto, Negrão *et al* (2007, p. 44) aponta no enunciado 2 do CEJ: onde se lê que: “sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”.

De acordo com Petterle (2008, p. 258),

Pelos fundamentos apontados, adota-se o posicionamento de que a salvaguarda do direito à vida dá-se desde a concepção, independentemente de discutir se o embrião é pessoa, ou não. Entendimento em sentido contrário significaria admitir que os não-nascidos não teriam direito de viver, o que não parece ser constitucionalmente admissível.

Aponta a ADI 3.510 (2008, p. 174) que embora a fecundação dê origem ao ser humano, sua personalidade jurídica começa *a posteriori*,

Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercuro sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de "célula-ovo" ou "célula-mãe", em português, e de "célula-madre", em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou *indecidibilidade*), mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

No que cabe ao início da vida, legislador constitucional, o STF, na ADI 3.510/10 ou mesmo a ciência ainda não entrou em consenso, existindo diversas teorias.

A teoria natalista, trazida pela doutrina romana, acredita que o feto, ainda em gestação não possui individualidade, sendo apenas uma parte da mulher (SILVA, 2003, p. 106), atualmente é o que está expresso no artigo 2º do Código Civil brasileiro primeira parte, onde se afirma que a personalidade tem início com o nascimento com vida.

Já a teoria da concepção acredita que a vida é protegida desde a concepção, ou seja, desde que o espermatozoide fecunda o óvulo, reconhecendo o nascituro como sujeito de direitos, assim, considera as células em desenvolvimento, status de pessoa, tal teoria é a adotada pelo direito positivo brasileiro, na segunda parte do art. 2º do Código Civil, sendo que, o nascimento com vida é fator preponderante para se adquirir personalidade, (MORGATO, 2011, p. 80).

Teoria defendida também pela Igreja Católica, assim, a utilização de embriões em pesquisas seria um atentado contra a vida humana.

Dentro da teoria da concepção é possível encontrar outras duas teorias, a singamia e a cariogamia que se distinguem no fato de que a primeira acredita que existe individualidade humana antes da concepção, ou seja, no exato momento da fertilização, que acontece quando apenas um espermatozoide atravessa a zona pelúcida do óvulo. Pela teoria da cariogamia acredita-se que a existência humana ocorre após a fusão dos pró-núcleos masculino e feminino no interior do ovo (SILVA, 2003, p. 109).

Outra interpretação, porém, é dada à teoria por Ferraz (2011, p. 17),

a “teoria da concepção” leva em consideração o período de gestação, ou seja, apenas pode ser tutelada a pessoa humana concebida que estiver se desenvolvendo em útero materno, sendo ainda avaliada a sua condição de viabilidade.

Ressalte-se que, de acordo com a ADI 3.510, no voto da Ministra Ellen Gracie, pacificar o entendimento acerca do início da vida é missão para o legislador e não para a Corte Suprema, desde que haja conformidade com o texto Constitucional, sendo que para o STF as leis infraconstitucionais que visam evitar a interrupção da gestação são suficientes uma vez que,

o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existirá pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("*in vitro*" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível (ADI, 2008, p. 137).

Portanto, nem mesmo a Corte Suprema do país adentrou na discussão acerca do início da vida, acredita-se que cabe ao direito proteger o indivíduo, já detentor de personalidade e o nascituro, uma vez que há a expectativa para que nasça com vida, devendo ocorrer uma melhor regulamentação acerca de pesquisas com embriões humanos, embora sejam excedentes ou inviáveis, uma vez que é material humano e merece respeito, tendo em vista a possibilidade de alterações no genoma, que podem trazer benefícios ou malefícios a toda a espécie humana e a todas as formas de vida do planeta, mas não são vida, nem mesmo em potencial.

2.3.2 Direito de personalidade do nascituro e do embrião?

Nem sempre a personalidade foi reconhecida para todos os seres humanos, um exemplo pode ser percebido na antiguidade clássica, onde os escravos eram tratados como objetos, podendo ser vendidos ou trocados, segundo os dizeres de Loureiro (2009, p. 40) “o significado etimológico do termo personalidade remonta ao latim *personalitas*, de *persona*, relativo ao pessoal. Ligam-se à personalidade os caracteres exclusivos de uma pessoa, tudo que lhes é próprio e essencial”.

Entre os romanos, “além do nascimento com vida extrauterina, era preciso que o recém-nascido tivesse forma humana, sob pena de ser considerado um *monstrum*, e não ser reconhecido como pessoa” (NEVES, 2012, p. 12), assim, antes da constatação realizada após o nascimento, o nascituro era considerado apenas membro do corpo da mãe, sem proteção pelo direito.

Embora em Roma durante a Idade Antiga já fosse possível, por exemplo, processar alguém por lesões físicas ou mesmo injúria, “o Cristianismo representa a mais solene proclamação dos direitos da personalidade humana, mediante a idéia da fraternidade universal e a inviolabilidade da pessoa com todas as suas prerrogativas” (LOUREIRO, 2009, p. 32).

Os primeiros direitos de personalidade reconhecidos pelas normas jurídicas foram o direito à vida, à integridade física e à liberdade, a partir da Declaração dos Direitos do Homem, oriunda da Revolução Francesa, embora desde a Idade Média, com São Tomás de Aquino a dignidade humana já fosse alvo de reflexão e em 1215, com a Carta Magna tenha ocorrido uma limitação dos poderes do soberano em prol dos direitos e liberdades individuais.

Conforme Loureiro (2009, p. 34),

A teoria dos direitos inatos deu ensejo à propagação da doutrina dos direitos do homem e do cidadão. A Declaração dos Direitos adotada pela Assembléia Constituinte francesa, em 1789 fez surgir a idéia da existência dos direitos naturais, preexistentes ao Estado, apenas reconhecidos pelo Estado.

Embora o Código Civil Francês, o Código Alemão e o Código Italiano datarem de tempos após a Revolução Francesa, nada apontaram sobre os direitos de personalidade.

O primeiro dispositivo a falar sobre o assunto foi na Romênia ao tratar do direito ao nome em 1895, o que na Alemanha aconteceu em 1900, (LOUREIRO, 2009, p. 35).

Durante os anos de colonização, no Brasil, uma vez influenciado pelo direito romano, prevaleceu o entendimento de que o ser humano é detentor de direitos apenas após o nascimento com vida.

A capacidade é um dos elementos da personalidade que permite que o indivíduo assuma direitos e obrigações (ALMEIDA, 2000, p. 131).

Embora o Pacto de São José da Costa Rica aponte em seu artigo 4º que a vida se inicia na concepção, o ordenamento jurídico brasileiro atual reconhece duas formas de personalidade jurídica, quais sejam a pessoa natural e a pessoa jurídica, sendo que “pessoa natural para nosso legislador; que se posicionou de acordo com a teoria tradicional, a da natalidade, é a pessoa física, é todo ser humano que adquiriu personalidade ao nascer com vida”. (LOTUFO, 2008, p. 220).

Tal posicionamento foi o adotado no Código Civil de 1916, onde o nascituro possuía apenas expectativas de direitos, uma vez que a personalidade jurídica seria adquirida caso nascesse com vida.

De acordo com Venosa (2011, p. 03), o nosso ordenamento jurídico poderia ter seguido a mesma linha de pensamento do direito francês e ter apontado como o início

da personalidade civil o momento da concepção, entretanto, a teoria adotada pelo legislador pátrio foi a de que é preciso o nascimento com vida para que a personalidade se inicie, assim, o indivíduo passa a ser detentor de direitos de forma genérica, uma vez que a capacidade de fato irá obter a partir dos 16 anos de idade, desde que com assistência de seus responsáveis ou com 18 anos de forma plena. Valendo lembrar que “a personalidade é conceito jurídico – não se nega – mas indissociável da vida. Sua duração é a da vida. Assim é que, o Código Civil argentino (art. 7º) e o Húngaro (seção 9) admitem a concepção como marco inicial da personalidade” (PEREIRA, 2004, p. 53-4).

Para Lôbo (2010, p. 140), direitos de personalidade são aqueles direitos não patrimoniais inerentes aos seres humanos, de forma que possibilitam a concretização da dignidade humana.

Lotufo (2008, p. 224) explica que,

Adotando a teoria da natalidade, nosso legislador só atribui personalidade àqueles que nascem com vida, porém estabelece um regime de proteção àqueles que foram concebidos e ainda não nascidos. Essa proteção se reflete não só no campo do direito civil como, também, no do direito penal.

Para Garcia (2012, p. 65), a personalidade é a maneira de ser do indivíduo, ou seja, são seus aspectos físicos e psíquicos.

Já para Araripe (2002, p. 223), os direitos de personalidade são aqueles que agregam atributos e direitos, e seriam indissociáveis, para tanto, se for admitida a personalidade em embriões excedentes ou mesmo fora do útero materno, estará se reconhecendo direitos iguais a uma pessoa já nascida ou em processo de nascimento, o que impedirá diversos procedimentos de reprodução assistida ou pesquisas com células-tronco embrionárias.

Para Chinellato, (2008, p. 199-200),

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação *in vitro*, realizada em laboratório, há necessidade de implantação do embrião *in anima nobile*, para que se desenvolva, a menos que se congele ou criopreserve.

Ressalte-se que atualmente tramita no Congresso Nacional o PL 1135/03, que expressa em seu artigo 12: “Os pré-embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil”.

Embora o CFM não reconheça mais essa diferença entre embrião e pré-embrião, o texto em análise apresentará, caso seja aprovado, maior esclarecimento sobre a questão.

Por sua vez, Borges (2002, p. 329) entende que

Os direitos da personalidade são direitos que são próprios ao ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano.

Loureiro (2009, p. 52) aponta que “os direitos de personalidade são intransmissíveis e indispensáveis, pois se restringem à pessoa do titular e manifestam-se **desde o nascimento**” (grifo nosso).

Por fim o Código Civil brasileiro, em seu artigo 11, preceitua que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Em comentário ao artigo 11 do citado dispositivo cível, Negrão *et al* (2007, p. 48) apontando o enunciado 4 do CEJ que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanentemente geral”.

Para Ferraz (2010, p. 132-146), está incluído de forma não expressa o direito à origem genética entre os direitos de personalidade, mais especificamente no que cabe ao direito à identidade, assim, todo indivíduo tem direito de conhecer a verdade biológica, tenha sido gerado de forma natural ou com técnicas de reprodução assistida, ressaltando que a já citada Resolução 2.013/13 proíbe que seja revelada a identidade civil de doador, entretanto, nada impede que seja revelado dados clínicos de caráter geral do doador, porém, informações relativas à origem genética não são absolutas, uma vez que autoras de partos anônimos entregam o recém-nascido aos cuidados do ente estatal e tem o direito de exigir que não conste seu nome no registro da criança, o que afasta qualquer relação com a maternidade.

O direito à identidade genética como um direito fundamental já foi reconhecida pelo STF, conforme acórdão abaixo:

RE 363889 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
Julgamento: 02/06/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO - REPERCUSSÃO GERAL
– MÉRITO - DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011
Parte(s)

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
 PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
 RECTE.(S): DIEGO GOIÁ SCHMALTZ
 ADV.(A/S): ARTHUR HENRIQUE DE PONTES REGIS
 ADV.(A/S): MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA
 RECDO.(A/S) : GOIÁ FONSECA RATES
 ADV.(A/S): RAIMUNDO JOÃO COELHO
 Ementa

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE⁹.

Ressalte-se que o PL 1184/03 prevê em seu artigo 13§2º que “os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil”. Conforme dito, ainda não há leis a respeito, apenas projetos de lei, entretanto Frozza; Oliveira (2013, p. 01) aponta que a nova lei de adoção traz a possibilidade de o adotado ter acesso a sua identidade genética após atingir a maioridade ou mesmo antes disso, caso haja interesse deste. Tal dispositivo deve ser observado ao se elaborar leis a respeito.

Embora o mesmo direito proteja aqueles que estejam em formação, em iminência do nascimento, o que se discute é a existência de personalidade daqueles embriões que ainda não foram implantados no útero materno ou mesmo aqueles considerados excedentes ou inviáveis.

Desde a concepção, o nascituro possui direitos resguardados, assim, se há proteção jurídica, entende-se que há personalidade jurídica, sendo que apenas se nascer com vida possuirá os direitos de personalidade material, além de direitos obrigacionais e patrimoniais (DINIZ, 2010, p. 116-7). Oliveira (2003, p. 159) entende que o nascituro possui todos os direitos de personalidade assegurados desde a concepção. Já Silva

⁹ Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIGNIDADE+HUMANA+E+BIO+DIREITO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/csuozmh>, acessado dia 29.03.2013.

(2003, p. 52), que o nascituro deve ter preservado seus direitos patrimoniais e não patrimoniais, como é o caso do direito à vida.

Assim aponta o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu o direito dos pais de receberem a indenização do seguro DPVAT em virtude de acidente que causou a morte do feto:

ACÇÃO DE COBRANCA. SEGURO OBRIGATORIO -DPVAT. interrupção de gestação por ACIDENTE DE TRÂNSITO. pretensão de receber a indenização correspondente ao nascituro. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. inteligência do art. 2º do código civil. devido o pagamento de R\$ 13.500,00, quantia prevista NA lei n. 6.194/74. CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA ACÇÃO. (Recurso Inominado: Nº 71003684784, Comarca de Taquara)¹⁰.

Uma vez em desenvolvimento, o feto já pode ser objeto de relações jurídicas, devendo as violações de direitos a ele inerentes punidas.

O Tribunal Italiano, de acordo com Elena Guerri (2013, p. 04), na Sez.III, 11 maggio 2009, n. 10741, diz que a sentença afirmou ser o nascituro possuidor de interesses autônomos, uma vez que vai nascer, tem direitos referentes ao contrato realizado entre a grávida, pois além de nascer, deve nascer saudável, sendo o profissional da saúde responsável por danos que cause na gestante ou no feto, tendo estes direito de reclamar em juízo problemas ocasionados pela má atuação do profissional da saúde a mãe, o pai e o bebê (representado pelos pais).

Entretanto, quanto ao embrião, aponta Rocha (2004, p. 23) que “(...) se pessoa fosse o embrião, a sua condição seria de realização, não de potencialidade”.

Com o acesso ao embrião *in vitro*, é possível uma nova condição de vida, a extrauterina e a intrauterina, podendo ocorrer a fecundação fora ou dentro do corpo materno, entretanto, a tutela jurídica se inicia com a sua implantação no útero materno, embora juristas e religiosos ainda discordem (MORGATO, 2011, p. 84).

Cassiers (2008, p. 206) diz que o embrião não apresenta suficientes características humanas, impedindo que seja considerada uma pessoa inteira, entretanto, não se pode negar que é uma possibilidade necessária, mas não suficiente, para se tornar pessoa, assim, no entendimento do referido autor o embrião humano pode ser destinado às pesquisas, sem que haja assassinato.

¹⁰ Inteiro teor: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22031885/recurso-civel-71003684784-rs-tjrs/inteiro-teor>, acessado dia 30.03.2013.

Maluf (2010, p. 98-99), por exemplo, acredita que o nascituro, na vida uterina, e o embrião, na vida extrauterina, possuem personalidade jurídica formal, no tocante aos direitos personalíssimos, visto apresentarem carga genética própria desde a sua concepção, seja ela *in vitro* ou *in vivo*, passando a ter personalidade jurídica material somente após o seu nascimento com vida. Desde a Grécia antiga se prevê a preservação do nascituro, reconhecendo sua capacidade jurídica, assim sendo, o embrião teria direito a vida desde a sua concepção, assim, deveria vir a se desenvolver e nascer.

Ferraz (2011, p. 22-28), complementando a questão, aponta que desde a união das células germinais o indivíduo começa a se desenvolver, sendo inexistente a diferença entre vida nascida e não nascida, tanto o nascituro quanto o embrião *in vitro* seriam titulares de direitos personalíssimos e sucessórios, esteja ou não o embrião implantado no útero materno, Hironaka (2008, p. 318) também concorda, apontando que o embrião, esteja ou não implantado no útero materno merece proteção, sendo considerado nascituro pelo direito, assim sendo, todo aquele que já tenha sido concebido possui o direito de, inclusive, herdar.

No que cabe aos supostos direitos de personalidade, de acordo com a ADI 3.510 (2008, p. 148) já mencionada,

Numa síntese, a idéia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

Concordando com tal decisão, Dall’Agnol (2012, p. 30) acredita ser possível a utilização de zigotos excedentes em clínicas de fertilização para o exclusivo intuito de desenvolver pesquisas.

Portanto, embrião protegido pelo direito, tal qual o Código Civil menciona, é aquele já implantado em útero materno e que está se desenvolvendo como tal,

Embrião é o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intra-uterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação *in vitro*. O Código Civil não define a partir de quando se considera embrião, devendo ser apropriados, subsidiariamente, os conceitos utilizados pela medicina. A Resolução n. 1.957/10 [sic], do Conselho Federal de Medicina, distingue o embrião do pré-embrião, entendendo-se este como o que foi desenvolvido até quatorze dias após a fecundação; a partir de quatorze dias, tem-se propriamente o embrião, ou vida humana, (LÔBO, 2009, p. 201-2).

De acordo com a Resolução 1.957/10 do CFM, (revogada pela Resolução 2.013/13) não se distingue desde 2010 o embrião do pré-embrião, como ocorria durante a vigência da Resolução 1.358/92 (MADALENO, 2011, p. 509).

Diz a ADI (2008, p. 148-149) acerca das células-tronco,

Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo.

A simples concepção não garante a evolução do embrião, uma vez que, conforme dito é necessário o passar dos dias e a presença do útero, que será o responsável por propiciar os nutrientes e condições responsáveis para que o embrião se desenvolva.

No Brasil, conforme dito anteriormente, três são as correntes mais aceitas acerca do início da personalidade: natalista, personalidade condicional e concepcionista. Aceitam a teoria concepcionista Maria Helena Diniz, André Franco Montoro e outros. Já no que cabe a teoria natalista, acatada no Código Civil, os adeptos são Silvio Rodrigues, Paulo Carneiro Maia e outros. Quanto à teoria da personalidade condicional (desde a concepção são detentores de direitos, como se nascidos fossem), temos Clóvis Bevilacqua, Washington de Barros Monteiro entre outros. O STF hora adere a corrente natalista, hora a concepcionista. O STJ tem aderido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro, inclusive o direito à reparação ao dano moral (MALUF, 2010, p. 101-103).

Por teoria da natalidade, Ferraz (2011, p. 16) entende se tratar de inexistência de individualidade do nascituro, enquanto estiver no útero de sua genitora.

Contudo, a doutrina civilista, embora ainda não exista a personalidade, acredita que o ordenamento jurídico protege direitos em potencial, através de uma condição suspensiva, assim, surge a teoria da personalidade condicional. Para a corrente

concepcionista, os direitos do nascituro são concedidos de forma condicional resolutiva e não suspensiva, assim, o nascituro já teria direitos, que seriam anulados, caso nascesse morto. Já a corrente verdadeiramente concepcionista, o nascituro deve ter sua personalidade jurídica reconhecida desde a concepção (LOTUFO, 2008, p. 224).

Embora o próprio Supremo Tribunal Federal reconheça a existência de diversas teorias a respeito do início da personalidade jurídica da pessoa natural, a própria Corte reconhece a impossibilidade de aderir a uma teoria em detrimento da outra, tendo em vista que a própria Carta Magna não se posicionou sobre tal tema, para a Ministra Ellen Gracie (ADI 3.510, 2008, p. 214),

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.

Uma vez reconhecida à personalidade de um indivíduo, este passa a ser detentor de direitos e obrigações. Não cabe ao direito a discussão acerca da origem da vida, entretanto, deve disciplinar de forma que a dignidade humana não seja violada (PEREIRA, 2012, p. 174-176).

Ressalte-se que, conforme Carlos Britto em seu voto na ADI 3.510 (2008, p. 177),

(...) se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

A personalidade jurídica se inicia com o nascimento, embora os direitos do nascituro estejam protegidos pelo direito, se encerra com a morte, via de regra, após cessarem as ondas cerebrais.

Neves (2012, p. 24-25) destaca que a personalidade não deve ser confundida com capacidade, uma vez que esta última é a capacidade para praticar sozinho atos da vida civil, assim, pode uma pessoa possuir personalidade e não possuir capacidade, como é o caso dos incapazes entre outros.

De acordo com Pereira (2004, p. 63),

(...) a personalidade é conceito vinculado à própria aptidão para ser sujeito de direito, por si ou por outrem. O nascituro não se distancia dessa ideia, por isso que além de ser humano, ele deve ser considerado pessoa, deve beneficiar-se do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: um valor universal.

Portanto, conforme demonstrado, a personalidade jurídica do indivíduo começa com o nascimento com vida, momento este que os direitos individuais e fundamentais são adquiridos, entretanto, a lei resguarda os direitos dos nascituros, no que cabe aos direitos personalíssimos e patrimoniais.

Bastante debatido nos últimos dias tem sido o Projeto de Lei 478/07, popularmente conhecido como Estatuto do Nascituro, por tal documento que tramita atualmente na Câmara dos Deputados, o embrião e o nascituro devem ser tratados de forma igual. Outro fator que tem gerado muito debate diz respeito a violação dos direitos da mulher em detrimento do feto, posto que o aborto, mesmo em casos permitidos pela Lei Penal, serão dificultados.

2.4 Fim da vida: aborto e eutanásia

Muitos temas, embora datem de épocas antigas, ainda nos dias de hoje despertam a curiosidade e geram polêmica, justamente por existirem diversas interpretações a respeito.

De acordo com Santos (2000, p. 35) a “morte, do ponto de vista físico, é o que ocorre quando cessa a vida de um indivíduo, seja por causas naturais, como a velhice, seja por motivos acidentais e causas externas”.

Para que haja a morte, por certo tem que antes ter havido a vida, assim, impossível se falar em morte ou mesmo aborto daqueles que nem ao menos possuem condições para a vida, como é o caso dos embriões ainda não inseridos no útero materno.

Há várias espécies de morte, dentre elas a morte natural que advém de um processo esperado e previsível, a morte violenta caracterizada pela incidência de forças externas (homicídio, acidente e outros), morte cortical quando ocorrem danos irreversíveis na atividade cerebral superior ou morte encefálica que é a cessação de todo o cérebro (SANTOS, 2000, p. 43-44).

Para Silva (2010, p. 09), a morte encefálica ocorre quando há morte do cérebro, incluindo o tronco cerebral, nesses casos as paradas cardíacas e respiratórias são certas e

embora com aparelhos, o coração e a respiração poderão ser mantidos apenas por algumas horas, diferentemente do estado de coma, onde as funções vitais continuam a ser executadas pelo organismo. Atualmente a morte encefálica é irreversível tendo em vista a destruição gradativa das células nervosas.

Aborto e eutanásia possuem diversas interpretações ao redor do planeta, sendo que há países que o reconhecem como um direito à liberdade e também de dignidade e outros que condenam veementemente suas práticas. Apenas o tempo e o aprimoramento das ciências médicas, filosóficas, sociológicas, jurídicas e outras tantas poderão ser capazes de amenizar ou mesmo apontar uma saída para questionamentos envolvendo tais temas. No Brasil, conforme se verá assim como na maioria dos países ainda são muitas as controvérsias e dúvidas, seguidas de pouquíssimas certezas.

2.4.1 Aborto: interrupção de um ser em desenvolvimento

As intervenções médicas podem ocorrer não apenas quando o embrião começa a se desenvolver, como também em estágios avançados de gestação, ou mesmo após o nascimento, visando à cura de doenças ou mesmo a sua eliminação.

Interrupções de gestação, levando a morte do feto são criminalmente penalizadas nos arts. 124 a 127 do Código Penal Brasileiro, sendo que desde os primeiros resquícios da profissão de médico o aborto é condenado como ação antiética.

Aborto vem do latim *ab* (privação) + *ortus* (nascimento), ou seja, interrupção da gestação, o que conseqüentemente resultará na morte do feto, uma vez que ainda não possui condições de sobrevivência fora do útero materno (SILVA, 2003, p. 127).

O aborto sempre esteve presente na história humana, sendo aceito em algumas épocas e repudiado em outras. O cristianismo foi o principal precursor social do aborto, sendo que se tornou crime em 1507, na *Constitutio Bamberguense* na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, sendo distinguido o feto animado (com alma) do inanimado (sem alma), podendo ocorrer punição com pena de morte e castigo, respectivamente pela sua prática (DINIZ, 2010, p. 34-5).

Na Idade Antiga, há relatos que em Tebas e em Mileto o aborto era severamente punido, sendo neste último imposta a pena de morte. Na Grécia, Platão entendia que o aborto poderia ocorrer no caso de controle demográfico ou por questões eugênicas. Na Idade Média a interrupção de gestação era punida apenas a partir do

momento que o feto possuísse alma, o que ocorria com 40 dias para o homem e 3 meses para a mulher (ALMEIDA, 2000, p. 18-19).

Segundo Galvão (2004, p. 65),

existem hoje muitos perigos para quem vive. O primeiro deles é o aborto, que mata muitos fetos inocentes, sem culpa da forma equivocada como seus pais conduziram sua sexualidade ou planejamento familiar ou, ainda, por conta de alguns ditos “cientistas” que julgam ser a pessoa humana objeto de pesquisa e manipulação. É um crime eliminar a vida que nasce, sem dar-lhe chance de defesa.

No que cabe ao aborto, Santos (2012, p. 26) diz que “trata-se de uma lógica destrutiva e macabra, marcada por uma “tendência ao egoísmo”, ao isolamento e ao individualismo”.

O aborto seria, conforme a opinião dos obstetras, a interrupção da gravidez nos 6 primeiros meses, entretanto, para o direito, tal critério é irrelevante, uma vez que ocorrendo o fim da gestação, ocorre a tipificação do crime de aborto, salvo nos casos autorizados em lei. O aborto pode ser classificado em várias modalidades, a saber: a ovular, se praticado até a 8ª semana de gestação, embrionário, se cometido até a 15ª semana ou fetal, que ocorre após a 15ª semana de gestação; quanto à causa, o aborto pode ser espontâneo (interrupção natural e não intencional da gravidez), acidental (devido a uma influência externa, o aborto ocorrer, sem ser provocado por qualquer ato culposo) e o aborto provocado (interrupção deliberada pela gestante ou terceiro, podendo ser criminoso ou legal), (Diniz, 2010, p. 30-31).

Habermas (2010, p. 43) aponta que “com a rejeição de uma gravidez indesejada, o direito da mulher à autodeterminação colide com a necessidade de proteção do embrião”, desta forma, caberia ao direito e a ciência apontarem uma solução.

Não há motivos para menosprezar a humanidade que existe no criminoso, embrião ou nascituro, a vida humana é um bem anterior ao direito e deve ser respeitado, podendo ser violada apenas em caso de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito, que passam a excluir a ilicitude e no caso do aborto permitido pela lei, que extingue a punibilidade (DINIZ, 2010, p. 22-25).

Entrementes, o Estado brasileiro coloque a proteção à vida como o direito mais elementar, sendo todos os outros decorrentes deste primeiro, aponta Dworkin (2009, p. 235) que,

A questão crucial da controvérsia constitucional não consiste em saber se o feto é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição; consiste, na verdade, em saber se os estados têm o poder legítimo de ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida. Tendo em vista que qualquer interpretação competente da Constituição deve reconhecer o princípio de autonomia procriadora, os estados não têm o poder de proibir totalmente o aborto.

Mesmo os mais conservadores, em sua maioria permitem o aborto em alguns casos, o que, via de regra, iria contra qualquer teoria de que o feto é uma pessoa com direito à vida. Os liberais defendem que o aborto é questão acima de tudo moral, principalmente após a fixação do feto no útero, após o 14º dia, uma vez já existiria vida humana, assim, para a teoria liberal, o aborto pode ser justificado em casos de estupro, risco de vida da mãe ou em casos onde o bebê sofre de sérios problemas, principalmente anomalias fetais ou quando fosse trazer muitos danos para a vida cotidiana da mulher e de sua família, assim, para esta última teoria, o aborto deve ser acima de tudo, uma escolha da mulher. Para a lei judaica, o aborto não é um assassinato, uma vez que a pessoa apenas existirá depois de sair do útero para o mundo, (DWORKIN, 2009, p. 42-52).

Quanto ao elemento subjetivo do aborto, pode ser sofrido (quando ocorre sem a autorização da gestante ou no caso da gestante autorizar tal procedimento) ou o aborto procurado, cuja gestante é a principal agente do ato. No que concerne à finalidade do aborto, pode ser terapêutico (aborto necessário – permitido por lei e praticado por médico, desde que não haja alternativa para salvar a vida da gestante e o aborto para evitar enfermidade grave – que visa evitar perigos de vida para a gestante), sentimental (gravidez resultante de estupro), aborto eugênico (interrupção criminosa da gestação, via de regra quando há suspeita do feto possuir alguma doença grave), aborto econômico (quando casal não possui meios para arcar com a criança), aborto estético (ocorre quando a gestante interrompe a gravidez por não aceitar as mudanças que ocorrerão em seu corpo), e por fim o aborto *honoris causa*, ou seja, para evitar escândalo diante da sociedade (DINIZ, 2010, p. 32-33).

Guest (2010, p. 45), em seu livro “Dworkin”, comenta algumas passagens de importantes livros do filósofo americano: “suponhamos que a sociedade mais justa baniria o aborto. Digamos também que a sociedade mais imparcial dá a cada pessoa uma voz no procedimento de decisão”.

Assim, difícil seria garantir os direitos de liberdade quando outras situações devem ser analisadas, e as discussões sobre o tema ainda estão longe de serem encerradas, Dworkin (2009, p. 143), aponta que “uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão”.

Nos Estados Unidos, o aborto é permitido desde 1973, quando a Suprema Corte decidiu o caso *Roe v. Wade*, que reconheceu ser a mulher detentora da liberdade sobre seu próprio corpo, entretanto tal direito não é absoluto, podendo o ente estatal limitá-lo,

A conquista do direito ao aborto foi celebrada pelo grupo *pro-Roe*, ou *pro-choice*, como são chamados os cidadãos norte-americanos favoráveis ao direito de decidir pela interrupção, ou não, da gravidez. Mas, de outro lado, está o grupo *anti-Roe*, ou *pro-life*, contrário ao direito de abortar como direito protegido pela esfera da privacidade, pois tal permissão termina com um consenso social a respeito da sacralidade da vida, optando pela preferência pela vida em relação à não-existência. (GODOY, 2007, p. 23).

Jane Roe fez o pedido para interromper a gestação com base na 5ª e 14ª emenda afirmando que a mulher deveria ser livre para decidir sobre o seu corpo e o médico que viesse a realizar um aborto não deveria ser penalizado. Tal decisão apontou que o aborto poderia ser totalmente permitido no primeiro trimestre de gestação, aceitável no segundo trimestre e proibido no terceiro. Salvo no caso de risco de vida da mãe que poderia ocorrer após esse prazo (CRUZ, 2005, p.43-44).

No ano de 1992, a decisão do caso *Roe v. Wade* foi confirmada com o julgado do caso *Planned Parenthood v. Casey*, onde as bases para o aborto foram identificadas.

A lei brasileira, conforme dito pune o aborto, salvo os casos do artigo 128 do Código Penal¹¹.

¹¹ Processo: RECSENSES 9561620068260322 SP 0000956-16.2006.8.26.0322

Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavaleiro

Julgamento: 31/05/2011

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Publicação: 16/06/2011

Ementa

PRONUNCIA

- Aborto tentado e consumado Impetração visando a absolvição IMPOSSIBILIDADE - Presentes a materialidade e os indícios de autoria - Confissão da própria recorrente quanto à prática delitiva Depoimentos colhidos que confirmam os indícios de autoria. Negado provimento ao recurso. (inteiro teor

O aborto criminoso será configurado se houver gravidez anterior comprovada, dolo, emprego de técnicas abortivas, morte do concepto, sendo possível a tentativa, desde que o feto seja expelido, mas continuar a viver. Pode ocorrer o auto aborto, quando a vítima pratica em si mesma, intencionalmente, embora com auxílio de outrem (art. 124 do Código Penal), aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante (art. 126, *caput* do Código Penal), aborto sofrido ou provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125 do Código Penal) e o aborto preterintencional ou preterdoloso (arts. 125 e 126), (DINIZ, 2010, p. 36-41).

Um dos casos onde o aborto é autorizado ocorre quando a gestação é oriunda de estupro, sobre o assunto, aponta Dworkin (2009, p. 134) que,

Sem dúvida, os apaixonados muitas vezes concebem por acidente, e os que não se amam às vezes concebem deliberadamente, talvez por uma esperança vã de encontrar o amor através dos filhos. O estupro, porém, não é apenas a ausência de intenção e desejo. Para a vítima, o estupro é o extremo oposto desses sentimentos, e, se uma criança for concebida, não o será apenas sem o desejo de reprodução por parte da vítima – na verdade, irá dar-se em circunstâncias especialmente horríveis exatamente pela possibilidade de que uma criança venha a nascer.

De acordo com Prado (2011, p. 797), “o termo *estupro*, no Direito romano, representava, em sentido lato, qualquer ato praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia”. Na prática, o crime se consumava com a prática de relações com mulher virgem ou solteira, desde que fosse considerada honesta.

Outro caso onde se permite a interrupção de gestação, desta feita, através de um julgado, é a advinda de uma ADPF julgada no Supremo Tribunal Federal que permite o abortamento de fetos anencefálicos, tal fato já era realidade em algumas decisões, como ocorreu em Londrina, em 1992, quando um magistrado autorizou que se realizasse o aborto de feto anencefálico. Tal autorização é baseada em laudos médicos, onde se descreve a impossibilidade de vida extrauterina.

Entretanto, Maria Helena Diniz (2010, p. 50-61) entende que não deveria ser legal o abortamento de fetos anencefálicos por ocorrer a eugenia, violação ao princípio da dignidade humana e à vida, sendo que o destino deveria se encarregar de manter ou

não o feto vivo e caso a morte adviesse, haveria ainda a possibilidade de doação pelos pais dos órgãos, visando a salvar outros bebês, mesmo o aborto legal é condenado por Diniz, pois nunca se poderá ter certeza de que o abortamento será bem sucedido, podendo, acarretar sérios problemas de saúde à gestante.

Para Moraes (2006, p. 85), o aborto deve ser permitido nos casos já previstos em lei e quando, após comprovação por exames médicos, se verificar a impossibilidade do feto nascer com vida ou haja a inviabilidade de viver mais do que algumas horas ou dias, tendo em vista que o direito penal deve se preocupar em proteger as pessoas, e nesses casos a dignidade da mãe estará sendo sacrificada ao ser obrigada a gerar um feto que sabe que nunca terá condições mínimas de viver ou viver com dignidade.

No que cabe às pesquisas com células tronco, estas não caracterizam o aborto, já que os embriões utilizados são aqueles que jamais seriam implantados num útero, para assim adquirirem expectativas de direitos (nascituro).

De acordo com a doutora Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, citada na ADI de n. 3.510 (2008, p. 150-151):

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença.

As divergências são inúmeras quando o assunto é o aborto, entretanto, a única certeza que a ADI 3.510/08 expôs foi o fato de que não se trata de aborto a utilização de embriões para o desenvolvimento de pesquisas científicas, desde que respeitados os ditames da lei 11.105/05, em seu artigo 5º.

Segundo Dworkin (2009, p. 01), tanto o aborto (que significa matar o ser ainda em formação) e a eutanásia (que significa matar deliberadamente uma pessoa por razões de benevolência) são atos onde se opta pela morte, sendo que no aborto opta-se pela morte antes que a vida tenha iniciado e na eutanásia, após seu término.

Entretanto, conforme foi exposto, o aborto ocorre quando o feto está se desenvolvendo no útero materno, não se tratando de aborto a não implantação de embriões advindos de projetos parentais no ventre ou mesmo a destinação desses

embriões para o desenvolvimento de pesquisas, tendo em vista que a lei não lhes concede expectativas de direitos, como o direito à vida quando estão crioconservados.

2.4.2 Eutanásia: abreviar o fim da vida é dignamente aceitável?

Por certo que a vida e a morte devem ser de preocupação do direito, bem como de outras ciências, como a filosofia, sociologia, medicina e tantas mais. Definir o momento em que se está autorizado a morrer, seja qual for o motivo ainda é um desafio para todas as ciências citadas, “antes, temiam-se as doenças e a morte, hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida” (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 22).

O início da vida e da morte, na maioria das vezes foge de nosso controle, embora sejam os momentos mais importantes para cada criatura.

De acordo com Giacóia Júnior (2005-b, p. 13) o fato do ser humano ter consciência de que um dia morrerá faz com que busque entender o porque de sua existência, sendo a religião e a filosofia alguns dos mecanismos para tanto:

Por isso, se considerado no inteiro conjunto da natureza, o homem é o único animal metafísico – e ele o é porque sua condição existencial lhe proporciona esse privilégio suspeito: o de ser o único animal que *sabe por antecipação da própria morte*; portanto, ao contrário de todos os outros animais, o homem sofre para além do presente, nas dimensões do passado e do futuro, e se pergunta pelo sentido de sua existência - exatamente porque sua única certeza é a de estar destinado a morrer.

Quando se tratava de pessoa já nascida, “na antiguidade, o momento final da morte era o da parada da atividade cardíaca. A partir da Idade Média, o fim da vida levava em conta o critério respiratório” (DIAS, 2012, p. 138), já no século XX, com o aprimoramento das técnicas de urgência, criação da Unidade de Terapia Intensiva, entre outras, a morte ocorre quando cessam as ondas cerebrais, o que em caso de doação de órgãos, já é permitida a sua retirada.

Como se garantir direitos sem vida? É lícito garantir o direito a uma morte digna? Pode-se viver sem dignidade o suficiente que se possa preferir a morte? Quem clama pela morte, principalmente diante de uma doença dolorosa e incurável estaria dentro de suas faculdades mentais? E quando o indivíduo está em estado vegetativo persistente, é digno abreviar sua vida?

Estas e outras perguntas estão desde tempos remotos sem respostas e o divino ou a ciência ainda estão longe de encontrarem um ponto pacificador que amenize essas discussões ao longo do planeta.

De acordo com Galvão (2004, p. 81),

diversos povos da antiguidade tinham por hábito (no oriente, alguns até hoje) que os filhos matassem seus pais quando estes estivessem velhos e doentes. Na Índia os doentes incuráveis eram levados até a beira do rio Ganges, onde tinham suas narinas e boca obstruídas com barro. Nos países árabes os pais eram deixados no deserto; entre os esquimós, no gelo.

Ressalta ainda, o autor que durante a II Guerra Mundial, ao comando de Hitler, em 1939 houve o código Aktion T 4, onde o objetivo era eliminar pessoas que tinham uma vida que não merecia ser vivida.

A eutanásia foi aceita entre os povos antigos até o surgimento do cristianismo e do judaísmo que apontavam ser a vida dom de Deus e, portanto, sagrada, entretanto, a prática de tal ato passou a ser considerado crime apenas no direito moderno, “etimologicamente, a palavra eutanásia significa boa morte ou morte sem dor, tranquila, sem sofrimento. Deriva dos vocábulos gregos *eu*, que pode significar bem, bom, e *thanatos*, morte”. (BORGES, 2012, p. 171).

Aponta Rousseau (2011, p. 103) que,

(...) sendo o direito de propriedade apenas de convenção e instituição humana, todo homem pode dispor à vontade do que possui, porém o mesmo não acontece com os dons essenciais da natureza, como a vida e a liberdade, de que cada um pode usufruir e dos quais ao mínimo é duvidoso que se tenha o direito de abrir mão.

Atualmente a medicina está começando a admitir o que vem acontecendo há muito tempo, ou seja, médicos, às vezes, matam pacientes que imploram por tal ato. Um exemplo aconteceu em 1992, na Inglaterra, onde um médico injetou cloreto de potássio em uma paciente de artrite reumatoide que estava agonizando, entretanto, ainda existem muitas dúvidas quanto a eutanásia, no caso citado mesmo, o médico foi condenado por tentativa de homicídio, uma vez que o corpo da vítima foi cremado e não se pode provar a causa certa da morte, a não ser pelo próprio prontuário médico (DWORKIN, 2009, p. 01-02).

Diniz (2010, p. 420) aponta que muitos médicos justificam a eutanásia devido à precariedade do serviço público de saúde:

Aqui faltam leitos hospitalares e demais recursos para socorrer os que têm todas as chances de viver, em especial crianças e jovens chefes de família. Nessas condições, a dimensão econômica ganha uma relevância imensa. Isso tem levado muitos médicos brasileiros mais corajosos a argumentar que, em vista da precariedade de recursos do nosso sistema de saúde, não faz o menor sentido prolongar uma vida que está se perdendo.

Segundo Roberto Dias (2012, p. 142), em 8 de março de 2007 foi divulgado dados de que cerca de dois mil profissionais da saúde ajudaram seus pacientes a terem uma morte digna, se utilizando, para tanto, de formas médicas e na maior parte dos casos, indolores, na França. Entretanto, possivelmente tais práticas ocorrem em todos os locais do mundo, inclusive no Brasil (recentemente houve denúncias contra médica do estado do Paraná). A eutanásia pode ser praticada de forma voluntária (a pedido do paciente) ou involuntária (contra a vontade do paciente). Esta última pode facilmente ser traduzida como um homicídio, que se caracteriza pela ausência de fim humanitário. Difere-se, ainda, a eutanásia, do suicídio, uma vez que a primeira é praticada por profissional da saúde com o intuito de aliviar o sofrimento de terceiro.

Nos dizeres de Dias (2012, p. 148):

(...) eutanásia deve ser entendida como o comportamento médico que antecipa ou não adia a morte de uma pessoa, por motivos humanitários, mediante requerimento expresso ou por vontade presumida – mas sempre em atenção aos interesses fundamentais – daquele que sofre uma enfermidade terminal incurável, lesão ou invalidez irreversível, que lhe cause sofrimentos insuportáveis, do ponto de vista físico ou moral, considerando sua própria noção de dignidade.

A eutanásia ocorre quando uma ação médica intencional ocorre no intuito de apressar ou provocar a morte, com finalidade benevolente, uma vez que o paciente deve se encontrar em situação irreversível e incurável e padeça de sofrimento intenso. Pode ocorrer também a distanásia, ou seja, o prolongamento máximo da vida, por meios ordinários e extraordinários disponíveis, mesmo que ocasione sofrimento de indivíduo onde a morte é inevitável. Na ortotanásia ocorre a morte em seu tempo adequado. Finalmente, no suicídio assistido ocorre a retirada da vida pelo próprio paciente com a ajuda de terceiros, (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 24-27).

No Brasil a eutanásia é permitida apenas entre animais, sendo vedado esse tipo de intervenção em seres humanos.

Diniz (2010, p. 403) aponta que “o princípio da qualidade de vida é usado para defender a eutanásia, por considerar que uma vida sem qualidade não vale a pena ser vivida”.

Se um paciente estiver ligado a algum aparelho, o auxílio em desligá-lo caracterizará homicídio piedoso ou auxílio ao suicídio. Entretanto, estando o paciente impossibilitado de expressar sua vontade, deve-se analisar, antes de qualquer medida a sua vontade, que pode ter sido manifestada ao longo de sua vida.

A eutanásia é condenada pela maioria dos autores analisados, entretanto, a ortotanásia tem sido mais aceita, apontam Barroso; Martel (2012, p. 61) em favor desta última que,

(...) a medicina e a tecnologia contemporâneas são capazes de transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida. Nessa hora, o indivíduo deve poder exercer sua autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimentos inúteis e degradantes. Toda pessoa tem direito a uma morte digna.

Questões bastante discutidas atualmente diz respeito ao paciente estar inconsciente, quando já está em estado avançado de alguma doença, o próprio paciente pode, muitas vezes, pedir que não seja ressuscitado. Outros, porém, preferem ser mantidos vivos até o fim e pedem que todos os métodos disponíveis sejam usados, mesmo que isso prolongue a vida por alguns dias ou horas. Pode acontecer, ainda, o que os médicos chamam de estado vegetativo persistente, onde a pessoa não está necessariamente à beira da morte, mas devido a algum acidente, permanecem vegetando, movimentando, quando muito os olhos. Nesses casos o cérebro, após ser danificado, jamais se recuperará (DWORKIN, 2009, p. 263).

Seria correto manter um paciente inconsciente vivo, em estado vegetativo? O médico ou a família teriam autonomia para expressarem a vontade do paciente? Tais pessoas, quando em estado vegetativo persistente,

são incapazes de qualquer sensação ou pensamento. Devem ser cuidados e virados na cama, o que é difícil uma vez que têm espasmos frequentes. Contudo, se forem alimentados e receberem água por meio de sondas, podem continuar vivos por muitos anos. Um especialista acredita que existem, nos Estados Unidos, algo entre cinco e dez mil pessoas nessas condições. O custo de sua manutenção varia de estado para estado e de instituição para instituição: acredita-se que vá de dois mil e dez mil dólares por mês, (DWORKIN, 2009, p. 264).

O Estado deve arcar com os gastos de pessoas em estado vegetativo persistentes, sem a menor chance de cura, mesmo quando os médicos e a família acordem em desligar os aparelhos que mantêm esses indivíduos vivos?

Outra situação que tem se tornado comum é que com o envelhecimento da população, muitas pessoas estão chegando a idades avançadas e muitos são incapazes de decidir sobre seu destino, doença como o mal de Alzheimer, comum entre os idosos, causa demência e completa fuga da realidade. Nesses casos, embora o paciente tenha deixado testamentos e registros pedindo para não ter o tratamento continuado a partir de determinado estágio da doença, como devem os médicos agir? O indivíduo tem o direito de agir e de deixar vontades enquanto ainda é capaz de toma-las para o momento em que a doença o tenha tornado absolutamente incapaz para decidir algo?

Para filósofos utilitaristas, como Bentham, o fato de as pessoas não serem capazes de experiências prazerosas poderia justificar o fato de preferirem a morte.

Conforme Galvão (2004, p. 48), a qualidade de vida pode ser traduzida como a forma utilizada pela sociedade para que seus membros possam viver bem e se inicia com o conhecimento, a conscientização e a mudança de atitude de cada um no intuito de se alcançar um bem-estar físico, mental entre outros.

Diante da incurabilidade, o médico deve reconhecer tal fato e apenas realizar o suficiente para que o paciente possa sofrer o menos possível até o momento de sua morte.

A Resolução n. 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina aponta como ética a prática da ortotanásia, entretanto condena a eutanásia e o suicídio assistido. Assim sendo, o médico deve evitar o prolongamento de procedimentos que alonguem a vida do doente que esteja em fase terminal e sem possibilidade de cura, permitindo que a morte chegue no tempo certo.

Em 2012 o CFM aprovou a Resolução 1.995/12 que permite que o paciente aponte os tratamentos que quer ou não realizar quando estiver no fim de sua vida, embora o MPF de Goiás tenha entrado com pedido para suspender a referida Resolução, entretanto o pedido foi negado de forma liminar, estando o processo ainda em andamento e por hora o CFM continua afirmando que o procedimento não favorece a eutanásia ou mesmo a ortotanásia, apenas aponta algumas medidas éticas a serem adotadas pelos médicos, como anotar no prontuário do paciente o procedimento que ele aceita ou não (BEZERRA, 2013, p. 01).

Se utilizando do princípio da autonomia e respeitando a dignidade da pessoa humana, o paciente tem o direito de dispor da própria vida ao se recusar a receber tratamento médico, desde que esteja devidamente informada sobre as consequências de tal ato (DIAS, 2012, p. 186), assim sendo, nada impede que pessoas que tenham doenças degenerativas e incuráveis possam realizar um testamento vital enquanto ainda capazes para tal apontando os tipos de procedimentos que aceitarão em caso de inconsciência posterior, que deve ser respeitado pelos profissionais da saúde, desde que condizentes com o artigo 104 do Código Civil.

Em países como Bélgica e Holanda a eutanásia é permitida em alguns casos, desde que executada por médicos e por maiores de 18 anos, além de outros requisitos. O homicídio piedoso não é punido ou punido com penas menores em alguns países como Uruguai e Bolívia. Já nos Estados Unidos é permitido o testamento vital, onde a pessoa pode apontar seu desejo de não ser mantida viva em casos de males incuráveis, um dos principais argumentos para aqueles que condenam a eutanásia em todas as suas formas aponta que a vida é presente de Deus, assim sendo, apenas este teria o direito de tirá-la, entretanto, tal argumento seria relevante em países que adotam religiões oficiais, apenas, (DIAS, 2012, p. 160-169).

Na Suíça qualquer pessoa pode cometer um suicídio assistido, sendo que existem duas organizações não governamentais que oferecem o serviço (*Exit* e *Dignitas*), em suas próprias instalações, ressalte-se que na maior parte dos casos a assistência é oferecida pelos voluntários das instituições e não por médicos. A *Exit*, que funciona desde 1982 oferece os serviços apenas para cidadãos suíços, já a *Dignitas* oferece para não residentes no país, o que tem gerado muitas discussões sobre o surgimento do “turismo da morte” (ANDORNO, 2012, p. 341-343).

Datam de tempos remotos passagens acerca da eutanásia, na Bíblia, por exemplo, no Livro dos Reis (I, 31, 3 a 7), Saul pede a seu escravo que acabe com sua vida a fim de que não se torne prisioneiro. Entre povos antigos, doentes e velhos eram mortos em rituais, muitas vezes desumanos. Celtas e romanos matavam crianças recém-nascidas disformes, entre outros. (DINIZ, 2010, p. 404-410).

Conclui-se, portanto, que a eutanásia ou mesmo o aborto se forem autorizados pela lei, inúmeras discussões irão surgir, como a possibilidade da sociedade não estar preparada para tais atos, outra questão que terá de ser analisada, é concernente aos médicos, uma vez que não se pode obrigar um profissional da saúde a realizar um procedimento que entenda errado ou contrário às suas convicções.

A única medida prevista pelo CFM quanto a intervenções no fim da vida diz respeito à eutanásia, quanto ao aborto, apenas em casos previstos em lei ou na jurisprudência, quanto às pesquisas com células-tronco, uma vez que o embrião antes de ser implantado no útero materno não possui expectativas de direitos, não há crime de aborto na sua utilização, uma vez que o direito coloca que a personalidade e, portanto, a aquisição de direitos se inicia com a vida, embora a lei proteja o nascituro.

CAPÍTULO 3

LIBERDADE DE PESQUISA, A PROTEÇÃO À VIDA, DIGNIDADE HUMANA E AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO

“Obedecer a lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo”.
CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 2010, p.83.

3.1 Direito de liberdades e as novas possibilidades para se indenizar

A Constituição Federal, em seu artigo 5º garante os direitos de liberdade em vários incisos, como por exemplo, a liberdade de locomoção, exercício profissional ou mesmo crença. Prevê ainda que é livre o exercício profissional, assim sendo, é direito do cientista pesquisar, sendo que o embrião, desde que respeitados os limites impostos pela lei, pode ser seu objeto de estudo.

Entretanto, quais seriam os limites para se exercer a liberdade? Posto que uma vez que o ser humano é um ser social, deve limitar a sua atuação, de acordo com Kant (2011, p. 80),

não basta atribuir liberdade à nossa vontade, seja com o fundamento que for, se não tivermos razão suficiente para atribuí-la também a todos os seres racionais. Pois como a moralidade nos serve de lei somente enquanto somos seres racionais, ela tem de valer também para todos os seres racionais; e como não pode se derivar senão da propriedade da liberdade.

Limitação no exercício de direitos é necessária para que não ocorram conflitos, como aponta Moraes (2006, p. 85), afirmando que “o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte”.

Outro fator que pode haver divergências referentes aos direitos de liberdade diz respeito ao acesso à informação bem como a manipulação dessa informação.

Como garantir acesso à informação a todas as pessoas sem despertar esperanças em demasia como, por exemplo, quando é divulgada nova descoberta com relação às células-tronco, que prometem trazer a cura para muitas doenças?

Diz Carvalho (2003, p. 03) que,

A imprensa é o termômetro da democracia. Quanto mais livre um povo, mais livre sua imprensa; quanto mais educado e evoluído, mais responsável e socialmente útil é a sua imprensa. Daí poder-se dizer, também, que a imprensa é o termômetro do grau de cultura e maturidade de um povo.

Será que os brasileiros e sua imprensa estão preparados para tanta informação, para as facilidades no acesso e na difusão?

Um exemplo da influência da mídia de forma exagerada e prejudicial ocorreu após o julgamento da ADI 3.510/08, onde foi publicado que a permissão para se pesquisar células-tronco embrionárias já era a cura para as doenças. Dezenas de pessoas se desesperaram rumo aos hospitais afirmando que a cura já existia e queriam ser curadas de paralisias, doenças degenerativas entre outras, sendo que na verdade o que havia acontecido é a autorização para se pesquisar, sem garantias de que a cura para as doenças viriam em breve. Tal fato causou revolta em muitos pacientes.

Aponta Carvalho (2003, p. 21-22) que a liberdade de imprensa e de informação é uma liberdade civil com expressão coletiva e é essencial para a concretização dos direitos fundamentais, entretanto, ao se exercer o direito de imprensa e o direito de informação, deve-se agir com responsabilidade de forma a transmitir sem prejudicar.

Os direitos de liberdade abrangem muitas situações e não apenas a liberdade de informação ou imprensa, como por exemplo, poderia uma pessoa ser indenizada por ter nascido com problemas sérios de saúde uma vez que preferiria não ter nascido? Como saber que o indivíduo não iria preferir nascer, se enquanto embrião ou mesmo nascituro não pode exprimir sua vontade? E nos países que condenam o aborto? Até que ponto teria o direito à liberdade? “(...) é incontestável – e é a máxima fundamental de todo direito político – que os povos se deram chefes para estender a sua liberdade, e não para escraviza-los” (ROUSSEAU, 2011, p. 99).

A vida é essencial para o exercício de direitos e é um direito fundamental, é inalienável e irrenunciável, como qualquer outro elencado no texto maior, listados, exaustivamente nos incisos do artigo 5º e outros tantos dispositivos e, via de regra, são irrenunciáveis, entretanto, já se tem notícia de alguns casos onde o judiciário estrangeiro concedeu alguns direitos, como o direito de ser indenizado por ter nascido. Larenz (1997, p.62) aponta que “(...) toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua função social: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social”.

Indenizar alguém por ter nascido enquanto preferiria não existir teria uma finalidade social?

A liberdade deve ser respeitada, inclusive quando um paciente, mesmo após ser informado de todos os benefícios ou malefícios de um tratamento, se recusa a se submeter, conforme já se foi demonstrado em capítulo anterior, através do princípio da autonomia. Tal preceito é previsto não apenas no Brasil, sendo que na Constituição Italiana, o artigo 13 estabelece liberdade para salvaguardar a própria saúde e a integridade física (GUERRI, 2013, p. 05).

Muito tem se discutido acerca da relação médico-paciente com relação ao chamado consentimento informado, presentena relação contratual oriunda de tal relação. Sendo regida no país pelo Código de Defesa do Consumidor, além do direito à informação ser norma constitucionalmente garantida,

Essa informação deverá ser prestada de forma transparente, a fim de que o consentimento, a autorização, a anuência do paciente-consumidor, no que concerne ao tratamento médico a que será – ou não – submetido, sejam algo que reflita sua autonomia (GOZZO; LIGIERA, 2012, p. 94).

Embora em alguns países possam existir leis que limitem a quantidade de filhos ou a forma pela qual será concebido, no Brasil, o casal – ou mesmo os solteiros – tem liberdade para decidirem sobre a hora, a quantidade e a forma pela qual os filhos serão gerados. Quando um casal ou mesmo uma pessoa solteira necessita de uma clínica de reprodução assistida para realizar o sonho da paternidade ou maternidade está exercendo o seu direito de ter uma família, conforme previsto no artigo 226 §7º,

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Porém ninguém sabe ao certo se aquele embrião nascerá totalmente saudável e mesmo que o nasça, poderá adquirir uma série de doenças ao longo de sua vida, podendo até considerar a sua existência injusta, degradante. Como ter a certeza que de fato o indivíduo preferiria não existir?

Segundo Hans Jonas (2011, p. 85) no que diz respeito a pesquisas e à liberdade para pesquisar ou mesmo arriscar, “nunca existe uma razão para apostar entre ganhar ou

perder tudo; mas pode ser moralmente justificado, ou até mesmo imperativo, tentar salvar o inalienável, correndo o perigo de perder tudo na tentativa”.

A autonomia de vontade está incluída no texto constitucional no que cabe aos direitos de liberdade inerentes a cada ser humano, assim como a dignidade humana, não devendo o Estado interferir na forma escolhida pelo casal em dar origem à prole, entretanto, quando o casal aderir a procedimentos *in vivo* ou *in vitro*, deve ocorrer o respeito a princípios já expostos em Resoluções éticas do CFM e leis.

Para Kant (2011, p. 95),

O uso especulativo da razão, com respeito à natureza, conduz à absoluta necessidade de alguma causa suprema do universo; o uso prático da razão, com respeito à liberdade, conduz também a uma necessidade absoluta, mas só das leis das ações de um ser racional como tal.

Os pais do futuro bebê ou mesmo do embrião precisam ter consciência acerca de suas responsabilidades para com o filho, de forma a não coloca-lo em risco. As tecnologias advindas da reprodução assistida devem ser utilizadas com sabedoria e respeito a dignidade humana e respeito, ainda, ao material genético humano.

Ressalte-se que, de acordo com a ADI 3.510 (2008, p. 139),

O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5ª da Constituição. Para que ao embrião "*in vitro*" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

A escolha ou necessidade do casal por um procedimento *in vitro* não inferioriza o futuro descendente, nem mesmo coloca em risco a futura relação parental, a menos que haja alguma ilegalidade no procedimento, como o caso da utilização de útero alheio e mediante pagamento, o que é proibido pelo Conselho Federal de Medicina.

Diante da ausência de lei a respeito, não há como obrigar um casal a utilizar em um projeto parental todos os embriões gerados pelo processo, até mesmo em virtude da liberdade quanto à quantidade de filhos e ao interesse ou não em originar uma família no Brasil.

Em alguns países europeus é possível a gestante optar pelo aborto em caso de diagnóstico durante a gestação de problemas fetais ainda sem cura, desde que os requisitos jurídicos estejam presentes, entretanto tais técnicas podem ser vistas como boas do ponto de vista de se evitar o nascimento de uma criança com problemas de saúde, porém, como ter a certeza de que não haverá excesso na atuação dos pais a fim de evitar a responsabilidade sobre um filho com alguma deficiência, ou mesmo garantir que as pessoas portadoras de algum tipo de necessidade especial não serão discriminadas ou mesmo terão seus direitos retrocedidos em virtude de entendimentos distorcidos acerca do tema? (MELO, 2012, p. 151-155).

Atualmente as pessoas que possuem algum tipo de necessidade especial são independentes, trabalham, estudam, praticam esportes e podem ter uma qualidade de vida e dignidade como qualquer outro ser humano, ressaltando que qualquer um está sujeito a desenvolver problemas sérios de saúde ao longo da existência.

Não se pode ainda proibir o acesso a tais técnicas principalmente entre aqueles que por algum motivo não conseguem gerar filhos por si mesmos, uma vez que o próprio texto constitucional, no artigo 218 *caput* aponta ser dever do ente público incentivar e promover o desenvolvimento das ciências, desde que respeitados os ditames impostos pelas leis existentes, cabendo ao poder público e edição de leis mais específicas sobre o caso.

Entretanto, ressalta Viola (2008, p. 409) que, diversamente do que ocorre em muitos países, no Brasil não há normas que tratem da questão de proteção dos dados pessoais oriundos de manipulações ou análises genéticas, o que pode ocasionar grande prejuízo uma vez que uma simples análise do genoma pode apontar todas as possíveis doenças que o indivíduo poderá ter ao longo de sua vida, impedindo que o mesmo tenha acesso aos planos de saúde ou um emprego.

Cita Viola (2008, p. 419) que na Europa, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 21 proíbe qualquer tipo de discriminação oriunda de características genéticas. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano também aponta dispositivo que proíbe tal prática (art. 6º).

Analisando tal questão pode-se deparar em pouco tempo com uma nova forma de preconceito e discriminação, qual seja, acerca da origem genética.

Enfim,

Será preciso buscar um ponto de equilíbrio entre duas posições antitéticas: proibição total de qualquer atividade biomédica, que traria

uma radical freada no processo científico, ou permissibilidade plena, que geraria insanáveis prejuízos ao ser humano e à humanidade (DANTAS, 2008, p. 80).

Por certo muitas são as leis que ainda precisam ser elaboradas para tratar de questões que envolvam o biodireito e a bioética.

3.2 Vida injusta

Vida injusta ou *wrongfullife* nasceu a partir do reconhecimento pela Corte Francesa acerca do direito de não nascer, na ação denominada de ação por vida injusta, ou *wrongfullife* (COSTA, 2012, p. 22).

Para Amin (2011, p. 44) no Brasil é possível o ajuizamento pelo nascituro de ação de investigação de paternidade, ação de responsabilidade civil advinda de direito de personalidade ou ação de alimentos (alimentos gravídicos).

Ressalte-se que o direito ao conhecimento acerca das origens genéticas é tido como um direito fundamental, incluído nos direitos de personalidade desde a sentença *Landsgerichts Münster* de 21 de fevereiro de 1990, onde na Alemanha se reconheceu o direito de uma filha em ter revelado a identidade de seu pai biológico, embora a mãe se recusasse a informar tendo em vista que o direito da criança deve se sobressair ao direito de recusa dos genitores. As responsabilidades oriundas da relação de filiação não foram reconhecidas, uma vez que a autora da ação já possuía uma família, consagrando, para tanto, a filiação socioafetiva (MADALENO, 2011, p. 485).

Toda aquela que está grávida deve garantir ao feto o direito de nascer, certo? Nem sempre, uma discussão tem se levantado, principalmente na Europa e nos Estados Unidos acerca do *wrongfullife*, ou seja, na possibilidade de responsabilização de profissionais da saúde pela não notificação aos pais de problemas com o embrião já implantado ou em vias de o ser, ou mesmo problemas que deveriam ter sido diagnosticados, mas não o foram e caso tivesse sido informado, teria evitado o nascimento de pessoas com algum problema sério de saúde, de acordo com Raposo (2010, p. 62),

Neste caso poderão os pais da criança apresentar dois pedidos de indenização: um em seu nome próprio, pelos danos que advêm da circunstância de ter um filho com animalidade tão gravosas (mas nesse caso estaremos perante um processo de *wrongfulbirth*); outro

em nome da própria criança, pelo facto de esta ter nascido com semelhante doença ou anomalia (a *wrongfullive* propriamente dita).

Há ainda, segundo a mesma autora, outra discussão referente aos pais que optarem por continuar a gestação de fetos com deficiência ou malformados, uma vez que os genitores teriam o dever de interromper a gestação, sob pena de responderem por negligência perante o futuro filho que tenha nascido com limitações diagnosticadas durante o seu desenvolvimento embrionário,

A progressiva aceitação jurisprudencial deste tipo de acções prende-se com a consciencialização do crescente número de riscos envolvidos nas novas tecnologias, bem como com o movimento de liberalização que tem marcado os regimes sobre o aborto um pouco por todo o lado, revelando progressivamente uma cada vez maior aceitação legal do poder dos pais escolherem quando e como terão os seus filhos.

Aponta Raposo (2010, p. 67) que,

Curiosamente, o primeiro processo de *wrongfullife* – que surgiu nos EUA, na década de 60 – nada tinha a ver com os actuais. É que a criança nasceu de perfeita saúde, com o único óbice de ser filho de mãe solteira, já que o pai abandonara a mãe durante a gravidez. Por conseguinte, intentou uma acção contra o pai por envolver o seu nascimento em ilegitimidade jurídica. O Tribunal recusou a pretensão do requerente, sob pena de os tribunais serem inundados com milhares de processos por parte de pessoas que nasceram em condições que consideravam desfavoráveis.

Já outro caso citado pela autora, uma criança obteve sucesso em acção movida contra um hospital de doenças mentais onde sua mãe estava internada quando foi violada por outro interno, aponta ainda a autora (2010, p. 68) que,

A primeira vez que um tribunal superior deu satisfação a um pedido destes foi em 1978 – curiosamente, ou não, pouco tempo depois da legalização do aborto – no caso *Becker v. Schwartz*, a propósito de um médico que não informou os perigos acrescido de síndrome [sic] de *Down* em gravidezes de mulheres de idade avançada.

Tanto na Alemanha quanto na Inglaterra não é reconhecido o direito de ser indenizado por ter nascido (COSTA, 2012, p. 15).

Após a análise já realizada, o direito de não nascer pode ser resumido na possibilidade de ser praticado o aborto evitando o nascimento de um indivíduo com problemas graves de saúde, o que o tornaria dependente de seus pais e irmãos,

colocando em prejuízo, além da qualidade de vida do indivíduo, a de seus parentes também.

Nesse caso uma vida com sofrimentos contínuos não poderia ser considerada digna de ser vivida.

Já ocorreu na Suprema Corte Italiana, pedidos de indenização angariados pelas crianças que nasceram com má formação ou problemas congênitos contra o médico que acompanhou o pré-natal e não diagnosticou a anomalia, ou em decorrência de administração de medicamento na mãe que veio a causar má formação no feto, este segundo caso foi analisado na Corte em 2002, onde o médico responsável pelo acompanhamento e prescrição medicamentosa foi responsabilizado pelos danos causados ao feto e a seus familiares, “Assim, a S.C. depois de reconhecer o direito de compensação ao pai (Cass. civ., N. 6735, 2002), reconheceu este direito de seu filho aleijado” (tradução livre da autora)¹².

Tais precedentes foram utilizados em decisão Cass. civ., n. 16754/2012, onde se analisou a proteção do direito em se nascer saudável, disponível no site oficial da Coordenação Nacional de Gestores Ministerial.

De acordo ainda com a Corte Italiana, ainda analisando o direito de nascer saudável, caso uma criança nasça com problemas genéticos, teria, ela o direito de não nascer, “Assim, aqueles que nascem doentes por causa de um ato lesivo injusto que ocorreu durante a concepção não exclui, portanto, reivindicar um direito à vida ou o direito de nascer saudável, nem o direito de não nascer (tradução livre da autora)¹³” (COORDINAMENTO NAZIONALE DIRIGENTI, 2013, p. 04).

Assim se decidiu que caso haja algum tipo de problema genético de má formação de feto, identificável pela medicina, deve ser informado aos pais do feto, que deverão decidir sobre o término ou interrupção da gestação, sob pena do profissional da saúde ser responsabilizado pelo seu silêncio (Cass. civ., n. 16754/2012).

De acordo com Raposo (2010, p. 61-62), a questão relacionada ao direito de não nascer pode ser traduzida da seguinte forma:

As wrongfullifeactions surgem quando uma criança nasce malformada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado diretamente a malformação. As acçõesde

¹²“Cosi, la S.C. , dopo aver riconosciuto il diritto al risarcimento al padre (Cass. civ., n. 6735 del 2002), riconosceva tale diritto anche al figlio menomato” (2013, p. 03).

¹³ Quindi, chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere.

wrongfullife são sempre interpostas pela criança (ou por outrem em seu nome, dado que muitas vezes falamos de um menor e/ou incapaz) nascida nestas condições, e podem dirigir-se contra os médicos e instituição hospitalar e mesmo – sendo esta a hipótese mais controvertida – contra os pais.

Um excesso de pedidos de indenização ou mesmo de abortos oriundos da má formação dos fetos pode ocasionar, inclusive, uma série de eugenias, que – conforme já explicado em outros capítulos – trouxeram grandes prejuízos e discriminações ao longo da história humana.

É relevante que haja o diagnóstico e o tratamento de doenças antes ou depois do nascimento, e, caso não seja viável a gestação, que ela seja interrompida, porém a vida e a dignidade devem estar acima de qualquer procedimento e intervenção humana, que caso exceda ou cause ainda mais dano ao nascituro ou indivíduo, o profissional ou mesmo os pais devem ser responsabilizados.

3.3 Nascimento injusto

Nascimento injusto ou *Wrongfulbirthactions* é um tipo de ação que deve ser proposta pelos pais em virtude de não terem sido informados acerca de doenças graves que o feto possuía, sendo privados do direito de abortar ou mesmo de terem uma criança saudável, enquanto que a *wrongfullife* é proposta no nome do menor, privado de uma vida saudável, fadado a conviver com doenças e limitações.

Para Melo (2012, p. 155), “estas acções de responsabilidade civil são intentadas pelos pais de uma criança nascida com doença ou deficiência grave contra o médico pela sua actuação em matéria de diagnóstico pré-natal”.

Assim, por tal medida é possível que os pais possam requerer direito a uma indenização, sejam por danos materiais e/ou morais em virtude do nascimento de um filho com problemas graves de saúde, que deveriam ter sido diagnosticados ou mesmo informados durante o período de gestação para que, caso entendessem necessário, que houvesse a decisão pela interrupção da gravidez.

Costa (2012, p. 23) lista quatro requisitos para que a ação possa ser proposta: deficiência desde o nascimento, deficiência ocasionada por fatos da natureza, presunção de interrupção da gestação caso os pais tivessem conhecimento da moléstia e a existência de erro do médico, hospital ou laboratórios.

Tem-se que a responsabilidade do médico pode advir do período pré-implantatória ou mesmo durante o pré-natal.

Mesmo que houvesse um diagnóstico correto, caberia aos pais decidirem pelo aborto, não se pode afirmar com veemência que o teriam realizado, uma vez que se trata de faculdade e não obrigação, até mesmo porque questões relacionadas com o aborto são polêmicas, cheias de prós e contras e é preciso tomar cuidado para que a prática não seja banalizada, ocasionando aborto de fetos saudáveis devido à futilidade dos pais.

O direito a receber uma indenização pode ser baseado na teoria francesa que aponta “a perda de uma chance”, onde o valor a ser recebido pela vítima deve ser proporcional a atitudes contrárias caso houvesse conhecimento da real situação da saúde e do desenvolvimento do feto.

Aponta Silva (2013, p. 14) que “é verdade que nem sempre é tão fácil se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente”.

Para Siano (2009, p. 815), é possível a responsabilização de médicos e hospital em virtude de prescrição de medicamento à mãe que conhecidamente pela comunidade médica causa danos ao feto, como o que ocorreu em Nápoles em 19.3.2004, no caso de n. 995, onde o Tribunal de Apelação confirmou a sentença do Tribunal de Nápoles de 25.05.2001.

Em julgado francês, aponta Raposo (2010, p. 70-71) temos um famoso caso denominado Perruche, onde,

Nicolas Perruche nasceu com fortes deficiências (síndrome de Gregg: lesões auditivas e visuais, cardiopatias e neuropatias), em consequência da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez (sendo que a mulher chegou a informar os médicos da história clínica da sua família que poderia colocar em risco a criança, e avisou que caso existisse a possibilidade de esta nascer com problemas preferiria abortar) mas que não foi detectada, pelo que os pais acionaram o médico e o laboratório. Depois de em primeira instância ter sido atribuída uma indemnização aos pais, mas não ao filho, o Tribunal de Cassação conferiu aos pais uma indemnização pelo facto de terem sido privados da possibilidade de escolher entre abortar e prosseguir com a gravidez (autodeterminação reprodutiva), mas também à criança, em virtude dos danos por ela sofridos (que, sublinhe-se, foram provocados pela rubéola e não pelos médicos).

Embora a decisão do citado caso tenha vindo em 2000, o debate judicial teve início quase 10 anos antes, em 1992, onde o Tribunal Superior de Evry condenou

médico e laboratório por erros na análise da gestação e a possível contaminação do feto pela rubéola adquirida pela mãe. Se o fato tivesse sido devidamente diagnosticado, a mãe teria a possibilidade de interromper a gestação, evitando que a criança nascesse com uma série de problemas, o então bebê Nicolas Perruche nasceu com problemas oculares, cardíacos, auditivos e neurológicos e necessitava de uma pessoa ao seu lado todo o tempo, o que geraria um gasto exorbitante para a família. Médico e a clínica foram responsabilizados a pagarem pesadas indenizações.

Muitas foram as vozes contra a decisão, Cayla; Thomas (2004, p. 15) aponta que:

Mas o que, por conveniência, chamamos a partido antiperruchista, que se manifesta especialmente em relação ao público em geral para avisar que, com este acórdão, o Tribunal Supremo tinha feito um verdadeiro ataque à frente direita violando o princípio da dignidade da pessoa humana" (tradução livre da autora)¹⁴.

Comenta Godoy (2007, p. 06) que,

Apesar de não existir lei que compromettesse a equipe médica com o resultado "nascimento de uma criança normal", a negligência no momento do diagnóstico pré-natal, meio de prever hipótese de anomalia fetal, provocou a perda da chance de Josette Perruche optar pela interrupção voluntária da gestação de Nicolas Perruche.

O médico do caso recorreu e a Corte de Apelação de Paris o isentou de responsabilidade médica, uma vez que o seu erro foi ocasionado pelo resultado do exame elaborado pelo laboratório em questão. A irresponsabilidade do médico foi constatada após se entender que os problemas ocasionados pela rubéola no feto não foram culpa do médico, muito menos a forma de transmissão que ocorreu através da placenta, inexistindo, assim, nexos de causalidade e o real dano provocado (COSTA, 2012, p. 10-11).

Após uma série de julgamentos e recursos, os tribunais franceses, ao final do caso, haviam reconhecido por duas vezes o direito apenas dos pais de receberem indenizações em virtude de ter sido tirada a alternativa de interromper a gestação e evitar o nascimento de uma criança com muitos problemas e outros três tribunais reconheceram também o direito de a criança ser indenizada.

¹⁴Ma quello che, per comodità, potremmo chiamare il partito *antiperruchiste*, si è manifestato soprattutto nei confronti del grande pubblico per avvertirlo che, con questa sentenza, la Corte di cassazione aveva compiuto un vero e proprio attentato al diritto, violando frontalmente il principio di "dignità della persona umana".

O julgado final do caso segue abaixo:

Profissões médicas e paramédicas - médico cirurgião -
responsabilidade contratual - Falha - Causa - grávida - Concurso
falhas de um laboratório e um médico - Crianças nascidas com
deficiência - Direito a indemnização (tradução livre da autora)¹⁵.

De acordo com tal decisão, uma vez que falhas em diagnóstico ou erros laboratoriais resultarem no nascimento de uma criança com problemas graves de saúde, que pudessem ser diagnosticados durante a gestação, cabendo à mãe optar por ter ou não a criança, há o dever de indenização devido à perda da chance de abortar e direito de indenização por ter nascido com problemas, para a criança.

Embora tenha sido alegado o direito de perda de uma chance da mãe de Nicolas Perruche, pois os pais estavam representando o filho, o direito da perda da chance de abortar, uma vez que caberia a mãe, não foi reconhecido, “o direito reconhecido pela mais alta Corte Francesa foi um direito novo: o direito de não nascer”, (COSTA, 2012, p. 22), sendo o erro médico nesse caso a própria vida.

Uma vez que o jovem Nicolas recebeu uma indenização em pecúnia em decorrência de ter nascido, foi-lhe garantido em julgado francês o direito de não nascer.

Questionando o caso Perruche, veio um pensamento bastante ousado de Axel Gosseries, que aponta que a única forma de se ter o direito de não viver seria o caso da vida não alcançar o mínimo de dignidade, sendo uma vida indigna de ser vivida, indigna de nascer e, então, digna de morrer (GODOY, 2007, p. 10).

Cayla; Thomas (2004, p. 16) aponta que,

(...) ter "criado a vida das pessoas com deficiência como uma lesão indenizável" e ter dito o que implica que "sendo deficientes não deveriam ter nascido", a Suprema Corte, como na mais escura hora da história, estabeleceu ser um dever "de parto normal" (tradução livre da autora)¹⁶.

No que cabe à Itália, o direito de não nascer não é aceito pela jurisprudência, que, entretanto, reconhece o direito dos pais reclamarem em juízo o direito de serem

¹⁵PROFESSIONS MEDICALES ET PARAMEDICALES – Médecin chirurgien – Responsabilité contractuelle – faute – Lein de causalité – Femme enceinte – concours de fautes d’un laboratoire et d’un praticien – Enfant né handicapé – Droit à réparation. Disponível em: <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20001117-9913701>, acessado dia 12.02.2013.

¹⁶(...) avendo “istituito la vita di um disabile come um pregiudizio risarcibile” e avendo dunque affermato implicitamente che “l’essere unamo handicappato non avrebbe dovuto nascere”, la Corte di cassazione avrebbe, come nelle ore più buie dela storia, stabilito um “dovere di nascere normale.

indenizados em caso de erro de diagnóstico ou na prescrição de medicamentos que ocasionem o nascimento de criança portadora de problemas físicos ou mentais, conforme esclarece Di Ciommo (2010, p. 146), comentando a sentença n. 10.741/09, onde o Supremo Tribunal Italiano confirmou a decisão elaborada pelo Tribunal de Nápoles,

Neste caso, portanto, os pais podem entrar em tribunal exclusivamente a C.D. compensação nascimento não desejado; ao mesmo tempo em que se considera que a criança não está autorizada a qualquer indenização, porque – este essencialmente é o raciocínio seguido pelo Tribunal no campo - falha no diagnóstico médico, tendo impedido mãe de escolher pelo aborto, teria resultado para a criança, no entanto, numa vantagem, apesar de ter nascido doente, ao menos não teria afetado seu direito pessoal, como que, no nosso sistema, não existe, em qualquer caso, o direito de não nascer (tradução nossa)¹⁷.

O nascimento é tido como algo extremamente bom para a Corte Italiana, motivo este que não se reconhece o direito de ser indenizado por ter nascido a qualquer indivíduo, sendo que é aceito apenas o direito de indenização aos pais devido a falhas do profissional da saúde que impossibilitou o nascimento de um filho saudável, ou mesmo o não nascimento de um filho que não fosse saudável.

Para Godoy (2007, p. 16),

Muitas das Cortes norte-americanas que se depararam com tais tipos de ação optaram por aceitar as demandas propostas com base em um nascimento injusto e rejeitar as demandas com base em uma vida injusta. Isso teria ocorrido por conta de uma preocupação humanista com a dádiva da vida, mas também porque seria mais simples decidir a questão da perda da chance parental como um dano em vez de enfrentar a espinhosa questão metafísica da preferência pela não-existência e sua articulação com o Direito, ou com a Justiça.

O aborto terapêutico, ou seja, aquele onde se evita o nascimento de fetos com problemas graves de saúde é aceito em diversos países da Europa, como a França e a Itália. No Brasil tal medida é aceita apenas em caso de anencefalia ou quando apresentar sérios riscos de vida para a gestante.

Julgado do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo já decidiu:

¹⁷In tal caso, dunque, i genitori potranno ottenere in giudizio esclusivamente il c.d. risarcimento da nascita indesiderata; mentre si reputa che il bambino non abbia diritto ad alcun risarcimento del danno in quanto – questo il ragionamento sostanzialmente seguito dalla giurisprudenza in materia (v. infra) - la mancata diagnosi medica, avendo impedito alla madre la scelta abortiva, si sarebbe tradotta per il bambino comunque in un vantaggio, quello di nascere benché malato, o quanto meno non avrebbe leso un suo diritto soggettivo, visto che nel nostro ordinamento non esisterebbe, in nessun caso, il diritto di non nascere.

Processo: HC 459242020128260000 SP 0045924-20.2012.8.26.0000
Relator(a): Péricles Piza
Julgamento: 23/04/2012
Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal
Publicação: 25/04/2012

Ementa

Habeas Corpus Preventivo. Pedido de interrupção de gravidez. O feto padece de? Trissomia do Cromossomo 18? Ou? Síndrome de Edwards? Relatório de Acompanhamento Genético aponta para inviabilidade de sobrevivência ao feto, classificando o caso como emergência obstétrica grave diante do risco à vida da gestante. Presente a hipótese legal de aborto terapêutico ou profilático. Ordem concedida, referendada a liminar¹⁸.

Embora o caso Perruche tenha ganhado repercussão mundial, nos Estados Unidos, na década de 60 houve um caso onde os médicos falharam ao diagnosticar uma deficiência do feto, o que ocasionou o seu nascimento, motivo pelo qual o caso *Gleitman v. Cosgrove* ocorreu mediante o pedido de *wrongfullife* proposta pelos pais como representantes do menor, uma vez que nasceu deficiente. Se a deficiência tivesse sido diagnosticada durante a gestação, provavelmente o bebê teria sido abortado (GODOY, 2007, p. 17).

Há discussões doutrinárias sobre o caso, uma vez que poderia ocasionar a eugenia ou mesmo a coisificação do ser humano. Muitas questões foram respondidas durante o julgamento, entretanto muitas outras surgiram, foi decidido que é possível um dano antes mesmo da vida (ou do nascimento), sendo o culpado aquele que não evitou que se nascesse, mas como prever tantos danos e o que será considerado injusto? E a possibilidade de erro no diagnóstico fazendo com que fetos saudáveis sejam sacrificados pelo aborto?

Ressalte-se que no Brasil, mesmo que seja diagnosticada uma doença congênita ou qualquer outro problema com o feto, a lei Penal não permite a interrupção além dos casos previstos no artigo 128 ou fetos portadores de anencefalia, caberia uma ação como a do caso Perruche com dever de indenização daqueles que não evitaram o nascimento e conseqüentemente uma vida injusta?

Quando se compara os dois casos, temos que,

¹⁸ Inteiro teor: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21674951/habeas-corpus-hc-459242020128260000-sp-0045924-2020128260000-tj-sp>, acessado dia 30.03.2013.

O caso *Gleitman v. Cosgrove* abarcou a propositura de duas ações: uma por nascimento injusto, proposta pelos pais, e outra por vida injusta, proposta em nome da criança. Mas, no caso Perruche, foi proposta apenas uma ação por *wrongfullife*, uma ação por vida injusta (GODOY, 2007, p. 33).

Mas, e os direitos dos portadores de necessidades especiais, tenham nascido com deficiências ou as adquirido ao longo da vida? Não devem ter acesso a direitos? Teria alguma vida que não seja digna de ser vivida? E se a culpa pela criança ter nascido com alguma limitação for alheia à atuação humana, não terá direito a nenhum auxílio financeiro capaz de garantir a manutenção de sua vida?

Diante das constantes discussões sobre o caso Perruche, mesmo após o seu fim, ocorreu na França, em 2002, a Lei anti-Perruchi (Lei 2002-303), onde se limitou o direito de alguém ser indenizado em decorrência de ter nascido, assim, apenas será possível a responsabilidade do profissional da saúde em casos onde ocorra prejuízo em virtude de sua má atuação, como no caso de negligência na hora de realizar exames, cirurgias ou mesmo o parto.

De acordo com a citada lei, ninguém poderá reclamar o direito de não nascer oriundo de possuir algum problema de saúde, como por exemplo, uma deficiência física, o que pode, por outro lado ser reclamado em juízo é uma indenização em virtude de danos causados por terceiro ao indivíduo, motivo pelo qual possui alguma moléstia, ou mesmo a ausência de informações aos pais sobre o problema, que poderia ocasionar uma interrupção de gravidez.

Ressalta Godoy (2007, p. 49), que a responsabilidade civil somente poderá ser pretendida no caso de nascimento tido como injusto se houvesse vida sem dignidade, sendo que, Axel Gosseries, comentado pela autora, aponta que, a vida tida por Nicolas Perruche não se classifica como sem um nível mínimo de dignidade.

As pessoas que possuem alguma deficiência devem ter a chance de nascer, caso já estejam se desenvolvendo no útero materno, tendo em vista que nenhuma doença poderá lhes tirar a humanidade que lhes pertence e as expectativas de direitos inerentes a tal qualidade,

(...) mais que entender o conceito de dano, para Axel Gosseries, seria conveniente desenvolver um regime integrado de indenização para pessoas com deficiência que funcione de maneira tal que, de uma parte, responda efetivamente às dificuldades das pessoas envolvidas, e que, de outra parte, as causas das deficiências (salvo caso de erro ou

violência da vítima sobre si mesma) não afetem em nada o montante das indenizações.

A Lei anti-Peruche foi revogada em 2005, entretanto, foi aprovado o Código de Acção Social francês um art. L. 114-5, com conteúdo bastante parecido.

Para Siano (2009, p. 825),

O legislador Francês excluiu categoricamente que a criança pode queixar-se do fato de ter nascido; ele também apontou expressamente que só na presença de um claro nexos de causalidade entre a condução da condição médica e psicofísica dos nascidos é possível avançar reivindicações no tribunal por danos por parte deste último (tradução da autora).¹⁹

Vale lembrar que a admissão de casos de vidas injustas durou pouco tempo e foi inédito com o caso Perruche sendo que atualmente é possível apenas indenização pela perda de uma chance (a de nascer saudável) devido a culpa ou dolo de médicos ou dos pais do indivíduo, as discussões sobre o tema ainda são muitas, no que cabe aos Estados Unidos, “(...) as *wrongfullifeactions* norte-americanas não obtiveram êxito, somente as *wrongfulbirthactions* conseguiram uma decisão que obrigasse a reparação de dano causado aos pais por conta de um nascimento injusto” (GODOY, 2007, p. 33).

O direito de indenização em virtude de responsabilidade objetiva ou mesmo subjetiva, como aponta Godoy (2007, p. 12), começou a ser possível nos Estados Unidos,

Em 1846, com a promulgação da *Fatal Accidents Act* (Lei de Acidentes Fatais), mais conhecida como *Lord Campbell's Act*, que o Direito norte-americano passou a permitir ao descendente de uma vítima de acidente fatal o direito de pleitear em juízo a reparação de danos causados por conta dessa morte injusta. A partir de então, o direito pessoal de ação em caso de dano por acidente fatal – *wrongfuldeathaction* – não mais obedeceria à regra *maximacti personalismoritur cum persona*.

Assim, uma pessoa requer indenização de um ente estatal por ter sofrido uma queda o que a impediu de trabalhar por longos períodos ou ocasionou deficiência permanente em virtude da péssima conservação de ruas.

¹⁹Il legislatore francese ha perentoriamente escluso che il bambino possa dolersi del fatto stesso di essere nato; egli ha inoltre espressamente stabilito che soltanto in presenza di un evidente nesso causale tra la condotta del medico e la condizione psico-fisica del nato e' possibile avanzare in giudizio pretese risarcitorie a nome di quest'ultimo.

O direito de ser indenizada vai além, a Corte Americana, onde em 1946, uma decisão, conhecida como caso *Bonbrest v. Kotz* “(...) reconheceu o direito de ação por conta dos danos causados *in útero* a um feto. O caso *Bonbresté*, por isso mesmo, considerado um marco *dofetal rights*(direitos do feto) no direito norte-americano” (GODOY, 2007, p. 13).

Quanto julgados portugueses, de acordo com Raposo (2010, p. 72), houve até o momento um caso proposto diante do Supremo Tribunal de Justiça onde os pais pediam em nome do menor que nascera com graves anomalias indenização diante do médico e da clínica, uma vez que, tendo diagnosticado o problema, os pais poderiam ter realizado o aborto, entretanto, a Corte entendeu que tais pedidos deveriam ser protocolados pelo próprio indivíduo, que poderia pleitear ao alcançar a maioridade, cabendo aos pais apenas reclamar pela ausência no total cumprimento do contrato de prestação de serviços, havendo, portanto, incoerência entre o pedido e a causa de pedir, sendo, portanto, negado.

De acordo com Raposo (2010, p. 73), tal direito apenas poderia ser pleiteado em casos de interferência humana que tenha gerado algum dano ao embrião ou mesmo ao feto, não cabendo tal medida quando o indivíduo possui um problema de saúde que não foi diagnosticado antes de seu nascimento por problemas naturais advindos de sua evolução e desenvolvimento no útero materno, ocorrendo principalmente quando se trata de embriões produzidos *in vitro*, uma vez que,

(...) em relação a estes, a garantia de um nascimento em boas condições de saúde pode ser feita com maior grau de certeza por força de soluções tais como o DGPI e a selecção de embriões ou a terapia germinal. Pode até pensar-se em levar este raciocínio ao ponto de responsabilizar judicialmente os pais que não tenham recorrido a estes expedientes, uma espécie de negligência parental, quase paralela à negligência médica.

Hoje, a medicina e as demais ciências da saúde cuidam não apenas do presente, mas é possível identificar doenças, interferir e até mesmo curar no que ainda nem nasceu, o que tem gerado muitos reflexos para o direito, que deve regular as relações sociais, e através do biodireito, conforme se explicou em capítulo anterior, cuidar da vida para que sempre possa existir.

As técnicas de reprodução assistida são muito utilizadas atualmente por pais que querem evitar a gestação e o nascimento de crianças com algum problema sério de saúde, embora no Brasil a R.A. deva ser usada apenas em casos onde a reprodução por

vias naturais não é possível, conforme Resolução do C.F.M., não há legislação específica sobre o tema.

Hoje é possível analisar embriões ainda nas primeiras células, antes de se implantar no útero e em alguns países, principalmente na Europa, é possível descartar a gestação em caso de problema sério de saúde do feto, indo além dos casos aceitos no Brasil para a interrupção de gestação.

As novas possibilidades da medicina tem gerado aumento considerado de demandas judiciais por indenização em virtude de erros médicos, principalmente nos Estados Unidos, conforme aponta Godoy (2007, p. 14),

O aumento do número de ações judiciais em trâmite nos Tribunais estadunidenses estaria, então, relacionado com o aumento do número de pais-clientes do serviço médico de predição. A falha de um diagnóstico médico acarretaria não apenas a frustração dos pais, mas a perda de uma escolha dos pais. Nessa linha de raciocínio, tudo se passa como se o erro do diagnóstico médico ocasionasse a perda da chance de uma escolha dos pais, o que, por sua vez, seria traduzido pela gramática jurídica como um dano causado aos pais em virtude do erro médico. A discussão sobre tal tese jurídica não tem cessado de exigir dos Tribunais respostas sobre essa recente questão.

Mas eis que pairam muitas questões, afinal de contas, até que ponto o direito pode e deve interferir no direito de nascer ou mesmo no direito de morrer? Até que ponto um profissional da saúde poderia ser responsabilizado por algum erro em diagnóstico? E em países que não permitem o aborto?

O direito de nascer saudável estaria ao lado do direito de não nascer, inerente, supostamente ao embrião, que caso seja efetivado, tornaria o aborto um direito e um dever dos pais e do feto, assim, conforme Raposo (2010, p. 74),

Uma vez aceite este direito concomitantemente se aceitará uma ação de indenização em nome da criança nascida com malformações ou doenças, interposta contra o médico que não detectou essas características, ou contra os pais que, mesmo tendo conhecimento delas, decidiram fazer nascer aquela criança. No fundo, uma indenização por ter nascido em violação ao seu direito a não nascer, do qual derivaria um direito a ser abortado e um direito a não ser transferido para o útero.

Ressalte-se que o aborto de fetos com graves problemas de saúde é aceito na Europa caso a medicina ainda não possua nenhuma forma de tratamento ou cura, propiciadas por intervenções realizadas ainda quando nascituro.

De acordo com Godoy (2007, p. 15), uma vez que o contrato de prestação de serviços de um profissional da saúde tenha previsto a detecção de problemas genéticos, deformações ou doenças graves no embrião ou mesmo através do pré-natal, devendo informar aos pais do problema para que estes possam decidir acerca da continuidade ou não da gestação, traz uma perspectiva liberal-econômica da judicialização da vida presentes na *wrongfuldeathaction*, na *wrongfulbirthe* *wrongfullifeactions* norteamericanas, tendo em vista que “trata-se de uma perspectiva patrimonialista e individualista da judicialização da vida, que situa a resposta jurídica dos Tribunais no campo do direito privado contratual e da responsabilidade civil (direito de danos)”.

Entretanto, conforme se demonstrou, antes de ser implantado no útero materno, ou mesmo antes de nascer, o embrião não possui personalidade, assim sendo, como poderá ser indenizado por algo que tenha ocorrido antes de ter direitos? Ressalte-se que antes de nascer, mas após estar implantado no útero materno o que há é expectativa de direitos, que se concretizarão com o nascimento com vida, Raposo (2010, p. 76) expõe que:

Não obstante termos reiteradamente defendido a ausência de personalidade jurídica do nascituro, o seu carácter de *tertium genus* e a ausência de direitos, parece-nos que, a partir do momento em que o ser humano efetivamente nasce, se torna pessoa, e conseqüentemente adquire direitos, pode reivindicá-los, ainda que o facto que lhes dá origem – ou seja, os pressupostos que accionam o direito – se reportem a um momento anterior à aquisição deste. Parece-nos, pois, que a primeira abordagem do problema é a mais correcta. Esta conclusão é para nós evidente quando se reclama uma indemnização por danos à integridade física (direito a nascer são).

Difícil entender como pode haver um direito de não ter direitos, ou melhor, um direito de não nascer uma vez que muitas dúvidas teriam de ser sanadas e uma exceção constitucional deveria ser quebrada, tendo em vista o direito à vida ser inviolável, porém, tal entendimento pode ser cabível perfeitamente quando se fala em nascituro, mas e quando se está a analisar um embrião ainda não implantado, excedente ou inviável, o entendimento poderia ser outro, uma vez que não há vida, nem mesmo em potencial. Nesses casos poderia haver uma não implantação em útero de embrião que apresentasse algum problema genético ou mesmo não fosse à vontade de seus pais.

Poderia então a vida ser um dom na maioria dos casos e um dano em outros? Essa questão valeria apenas para os embriões e nascituros ou para os já nascidos também, como o caso da eutanásia?

Tais preceitos, ao serem analisados por Raposo (2010, p. 79) traz que,

Até ao momento temos raciocinado no pressuposto de que o aborto é uma possibilidade (eventualmente, pelo menos em casos concretos, será um direito) deixada na escolha dos pais. Mas agora passamos para a sua categorização como um poder/dever e abre-se a porta a que os filhos (e daqui a nada, quem sabe, o próprio Estado) possam responsabilizar os pais por esta sua escolha. Isto mesmo que a criança não sofra de nenhuma doença, mas simplesmente porque preferiria não ter nascido.

É lícito aos pais terem filhos que sabem que não serão saudáveis, ou mesmo recorrerem às técnicas de reprodução assistida para atingir o sonho da paternidade, embora saibam que as deficiências genéticas serão transmitidas, inclusive a esterilidade ou doenças em órgãos reprodutivos?

A felicidade dos pais poderia ser obtida mediante um possível sacrifício da felicidade dos filhos?

A felicidade é um pressuposto da espécie humana e a sua busca é incansável, de acordo com Kant (2011, p. 46),

há, no entanto, um fim do qual se pode dizer que todos os seres racionais o perseguem realmente (enquanto lhes convém os imperativos, como seres dependentes que são); há um propósito que não só podem ter, mas que podem pressupor com segurança que todos o têm por uma necessidade natural. E esse propósito é a felicidade.

De acordo com Raposo (2010, p. 80),

o principal impedimento ao reconhecimento do dano da vida por parte dos tribunais reside na aberração da qualificação da própria vida como um dano, isto é, um facto ilícito. Mas, em bom rigor, a ilicitude reside numa certa forma de vida, e não na vida em si.

Mas o que seria uma não vida? Quais parâmetros poderão ser utilizados para definir e possivelmente calcular a indenização devida?

Para Siano (2009, p. 820),

Ou seja, claro, temos que considerar também - em nossa opinião - que nos casos em que a violação de nascituro foi diretamente causado pela falha médica, o evento danoso (que também decretou a má execução dos serviços contratuais) Ele mostra-se no momento do nascimento, resultando na aquisição da capacidade jurídica, colocar esse assunto

no mesmo nível que qualquer outro paciente ferido por intervenção médica.²⁰

Portanto, se houve culpa do médico, deve, sim haver o dever de indenizar, mesmo que o paciente seja um nascituro, ou mesmo um recém-nascido, quanto a embrião, apenas se estiver implantado ou em vias de o ser.

De acordo com Raposo (2010, p. 80), uma vez que não tenha havido culpa dos médicos ou dos pais (ingestão de drogas ou álcool, por exemplo), não há que se falar em indenização, cabendo aos genitores decidir ou não, depois de um diagnóstico, se terão o filho ou não.

No Brasil, os casos onde a lei ou a jurisprudência permitem a interrupção de gestação são taxativos e bastante limitados, a menos que ainda não tenha havido a implantação no útero, fato que possibilita o descarte de embriões que possam apresentar problemas e não virem a nascer saudáveis. O direito de ter um filho saudável ou o direito ao planejamento familiar é totalmente possível de indenização por responsabilidade de médicos e clínicas, desde que tenha culpa do profissional que não tenha realizado uma esterilização com o devido cuidado, motivo que a tornou ineficaz ou mesmo não informou aos pais doenças totalmente diagnosticáveis no período pré-implantatório ou pré-natal, fatos totalmente aceitos pela jurisprudência portuguesa.

A questão é bastante divergente, principalmente pelo fato de que poderia ocorrer uma banalização do termo “vida injusta”, que poderia ser alegado, por exemplo, em casos de pobreza, entre outros e acarretar abortos, muitos pautados em futilidades.

De acordo com Melo (2012, p. 160),

A questão das acções de *wrongfullife* coloca-se hojesobretudo, e à semelhança do que vimos acontecer com as acções de *wrongfulbirth*, em matéria de responsabilidade médica em diagnóstico pré-natal. A diferença entre estes dois tipos de acção reside no autor: no caso das acções de *wrongfullife* este é o próprio filho portador de doença ou de deficiência congénita ou, em seu nome, os seus representantes legais.

O direito de nascimento de um feto, embora com algum problema de saúde, para países que aceitam o aborto terapêutico depende de uma decisão dos pais em ter ou não o filho. Conforme demonstrado, o direito de nascer saudável apenas poderá ser

²⁰Cio` chiarito, bisogna anche considerare – a nostro avviso – che nei casi in cui la menomazione del nascituro sia stata direttamente causata dalla colpa medica, l'evento dannoso (che decreta altresì l'inesatto adempimento della prestazione contrattuale) si palesa nel momento della nascita che, determinando l'acquisto della capacità giuridica, pone questo soggetto sullo stesso piano di qualsiasi altro paziente leso da un intervento medico.

pleiteado em juízo caso tenha havido interferência humana durante a gestação ou na manipulação do embrião sem o consentimento dos pais ou tenha havido danos oriundos da culpa do centro de saúde ou do médico.

Embora as ações de *wrongfulbirth* tenham sido aceitas em alguns países, de forma que se concede à mulher gestante escolher se quer ter um filho com algum tipo de alteração cromossômica, é relevante que a possível deficiência que a criança será portadora poderá ser encarada como um indivíduo geneticamente diferente, acreditar na superação e na evolução tecnológica e científica que tem possibilitado a pouca ou nenhuma dependência dos portadores de necessidades especiais.

Abortar fêtos ainda em sua fase inicial talvez não seja uma atitude coerente, sendo que, se houver necessidade, o ente estatal deverá assumir responsabilidades com a criança, caso os pais biológicos se neguem de fazê-lo.

De acordo com Elias (2005, p. 09) há o direito de nascer no Brasil, uma vez que se pune o aborto criminoso, mas não o direito de não nascer.

A interrupção de gestação deverá ser algo realizado apenas em casos onde não haja nenhuma possibilidade de vida extrauterina para o feto, como no caso anencefalia, tendo em vista que qualquer vida deve ser valorizada e todos devem ter a chance de existir, seja por horas, dias, meses ou mesmo anos.

3.4 Erro na ausência de contracepção

Erro na ausência de contraceptivos ou *Wrongfulconceptionactions* se entende os casos onde os pais são privados do direito constitucionalmente garantido, qual seja o do planejamento familiar por circunstâncias alheias a sua vontade, como no caso de um procedimento de esterilização que não funcionou ou mesmo um método contraceptivo que não foi eficaz, como um anticoncepcional.

De acordo com Raposo (2010, p. 66),

Neste caso quem tem legitimidade para requerer a indenização são os próprios pais e não a criança, para a qual não houve qualquer dano (referimo-nos a crianças que nasceram sãs). Ou seja, consiste no pedido de responsabilidade a quem se havia comprometido a evitar a concepção de uma criança, pelo que os queixosos pedem uma indenização correspondente aos custos daqui decorrentes: subsequentes procedimentos médicos, despesas derivadas da educação do filho, em casos especiais, eventualmente, danos morais. Mais uma

vez, o dano não é a criança, mas a anulação da decisão reprodutiva tomada pelos pais.

Nos Estados Unidos, a ação por uma concepção injusta foi pleiteada por um filho de mãe solteira, em 1963, onde a mãe manteve relações sexuais com o seu genitor sob a promessa de casamento, o que não aconteceu, uma vez que o mesmo era casado. A ação foi proposta na Corte de Apelação de Illinois, na época, a Corte citada reconheceu o dano sofrido, entretanto a ação foi rejeitada pelo receio de que outros filhos ilegítimos pleiteassem tal demanda e reconhecer o direito do autor seria o mesmo que afirmar que sua existência era um dano (GODOY, 2007, p. 16).

Diferentemente do que foi analisado até então, o *wrongfulconceptionactions* deu origem ao nascimento de uma criança saudável, devido a falhas nos métodos contraceptivos, ocasionando o dever de reparação de danos, seja em decorrência da manutenção da vida da criança ou mesmo danos morais sofridos pela mãe por ter que carregar feto que não queria e que havia se protegido para que não engravidasse, seja por anticoncepcional que não surtiu efeito ou esterilização mal sucedida.

Quanto aos Estados Unidos, os Tribunais têm concedido indenização patrimonial aos pais que tomaram as medidas cabíveis para não ter mais filhos e por erro dos profissionais da saúde a gravidez ocorreu, bem como indenização por danos morais oriundos de uma gestação indesejada (GODOY, 2007, p. 17).

No que cabe a decisões dos Tribunais europeus, na Alemanha, traz Raposo (2010, p. 69) que,

Em 1978 o Tribunal de Apelação de Bamberg proferiu uma decisão referente a um caso que viria a fazer escola, ao negar a atribuição de indenização a uma mulher que engravidara de gêmeos não obstante ter sido submetida a uma esterilização, que se veio a concluir ter sido mal realizada. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal entendeu o contrário, e conferiu-lhe uma indenização por danos corporais, bem como alimentos às crianças também a título de indenização.

Outro caso trazido pela jurisprudência alemã apontada por Raposo (2010, p. 70), aponta que,

Na decisão relativa ao aborto, de 28 de Maio de 1993, o Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE*) proferiu, ainda que em *obterdictum*, uma opinião que veio reverter esta tendência, ao afirmar que em virtude da dignidade reconhecida pela Lei Constitucional alemã a

todas as pessoas, jamais a existência, fosse ela de que modo fosse, se poderia considerar um dano. Todavia, os tribunais judiciais, especialmente o *Bundesgerichtshof*, mantiveram a sua jurisprudência por entender que esta afirmação do *BVerfGE* valia apenas para a específica questão da constitucionalidade do modelo de aconselhamento legalmente consagrado para o aborto. O próprio *BVerfGE* chegou a aderir a esta posição numa das suas secções (I Senat), ao atribuir uma indemnização à mulher que engravidara no seguimento da uma esterilização falhada.

Para a Inglaterra, conforme Raposo (2010, p. 72), tais pretensões são incabíveis, sendo que,

O *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* excluiu expressamente pretensões de *wrongfullife*, e no caso *McFarlane* as indemnizações por *wrongfulconception* foram igualmente limitadas por se entender que o nascimento de uma criança saudável não poderia ser considerado um dano (embora a mãe tenha sido indemnizada pela perda de rendimentos e outros custos associados ao parto), só sendo indemnizáveis as despesas adicionais de um filho deficiente nos casos de *wrongfulbirth*.

Os pais têm o direito de buscarem meios artificiais para conseguirem a reprodução, usufruir dos benefícios trazidos pela ciência, entretanto, é preciso agir com consciência, respeitando a vida humana e o material humano utilizado, tendo em vista que “(...) o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. (KANT, 2011, p. 58). O planeamento familiar também é um direito.

O direito de não nascer, embora tenha sido jurisprudenciado na França há alguns anos atrás, atualmente não há possibilidade de alguém receber indenização seja do profissional da saúde, seja dos pais em virtude de ter nascido, mesmo que sua existência possa ser tida como penosa.

Em pleno século XXI, século este onde a fraternidade e a solidariedade são fundamentos internacionais a serem seguidos, é triste se falar em eliminação de fetos em virtude de alguma diferença genética que, entretanto, não lhes tirou a essência de vida humana, não sendo apenas material humano, salvo em casos onde as doenças são irreversíveis e intratáveis e impossibilite a vida.

Estar vivo é uma dádiva não devendo ninguém ser indenizado pelo fato de estar vivo ao invés de não ter existido, entretanto, Godoy (2007, p. 114), fala que,

A emergência do direito de não nascer parece iluminar o seguinte: ao lado do direito à vida exige-se, no mesmo nível de fundamentalidade, um predicado que acompanhe essa forma de vida, ou seja, direito à vida é sempre compreendido como direito à vida digna.

A lei brasileira, em diversos dispositivos, aponta como sendo proibida a discriminação entre filhos, no caso de um aborto eugênico, o que se estaria realizando é uma escolha entre um futuro filho mais saudável, que teria o direito de nascer em detrimento de outro menos saudável, que deveria ter o seu desenvolvimento interrompido, seria justo? O que seria uma vida injusta suficiente para justificar um aborto eugênico?

Quanto à possibilidade de responsabilidade médica acerca de erro em ações de contracepção, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que:

Processo: APL 1053785820088260003 SP 0105378-58.2008.8.26.0003

Relator(a): Maria Olívia Alves

Julgamento: 13/08/2012

Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Publicação: 16/08/2012

Ementa

APELAÇÃO Dano Moral Erro Médico Cirurgia de laqueadura tubária que não impediu gravidez indesejada Abortamento Responsabilidade civil subjetiva Não caracterização de negligência médica Não constituição do dever de indenizar Improcedência Sentença mantida Recurso não provido²¹.

E o princípio da dignidade humana, até que ponto pode ser perquirido a fim de fundamentar o exercício da liberdade, como por exemplo, acerca do início e o fim da própria vida? Acercado direito de não nascer, conforme os dizeres de Godoy (2007, p. 83) “É como se o “direito de não existir” existisse, mas não pudesse existir, ou, ao menos, como se não pudesse aparecer, como se fosse um segredo”, afinal de contas o direito à vida e conseqüentemente o direito de personalidade são irrenunciáveis por lei.

3.5 Intervenção estatal na liberdade de exercício profissional

Embora a vida deva e seja considerada sagrada, conforme já dito, pode-se afirmar que “no entanto, a substância normativa da necessidade de proteger a vida humana pré-pessoal não encontra uma expressão racionalmente aceitável para todos os

²¹ Inteiro teor em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22118359/apelacao-apl-1053785820088260003-sp-0105378-5820088260003-tj-sp>, acessado dia 28.03.2013.

cidadãos nem na linguagem objetivamente do empirismo, nem na da religião” (HABERMAS, 2010, p. 46).

As intervenções do ente estatal na vida do indivíduo devem ser moderadas, de forma que não se assemelhem a famosos livros de ficção científica, como o caso descrito por George Orwell (1903-1950), em 1984, livro onde previu uma sociedade na qual cada indivíduo seria controlado e vigiado pelo Estado, denominado “Grande Irmão”, e poderia a todo o momento ser convocado a responder pelos seus atos, sendo privado de toda liberdade pessoal (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 552).

Ressalte-se que “os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa” (ALEXY, 2008, p. 201).

Complementa Pozzoli (2011, p. 223-224) que:

Não pode o Estado subsumir-se à função de mero espectador, quando, na realidade, tem a função precípua de afastar do ser humano situações que beiram condições precárias e iníquas, com lastros de violência, involução social e desequilíbrios, devido à falta de ética social e à prevalência do individualismo exacerbado.

O direito à liberdade, porém, não deve, conforme dito anteriormente ser motivo para violação da vida e da dignidade humana, assim sendo, apontou o Ministro Menezes Direito em seu voto, na ADI 3.510/08 que a vida humana deve ser preservada, bem como material humano:

Por isso, ao contrário do que se dá com um simples programa de computador, a escolha dos métodos a serem praticados não pode ser deixada a cargo de usuários interessados apenas na eficácia e no custo-benefício. Isso é que compatibiliza o método com a disciplina constitucional. Assim, os métodos Lanza e Landry-Zucker, tal qual o de Yamanaka e qualquer outro que não acarrete a morte do embrião, podem ser admitidos pela Constituição brasileira por cumprirem o objetivo de estimular a pesquisa em área sensível para o desenvolvimento da humanidade sem o sacrifício da vida, valor que deve ser respeitado e preservado (ADI 3.510, 2008, p. 298 – Min. Menezes Direito).

A liberdade de pesquisa jamais poderá se sobressair ao dever do ente estatal em proteger a dignidade humana, até mesmo porque o biodireito, assim como o direito ambiental devem se pautar, entre outros, no princípio da precaução.

O Estado deve atuar de forma a exercer maior fiscalização e estar mais presente em questões éticas e bioéticas, assim como exigir maior atuação dos Conselhos

dentro dos hospitais e das entidades que tenham qualquer tipo de pesquisa envolvendo material genético, humano ou não.

De acordo com o Código Civil brasileiro, “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, assim sendo, o ente estatal, no caso de má atuação ou mesmo o pesquisador pode ser responsabilizado por danos que causem ao embrião ou a sua mãe.

Os danos causados a outro indivíduo podem gerar diversos tipos de responsabilidade, como por exemplo, civil e criminal, destacando que tanto uma quanto a outra decorrem na maioria das vezes de um fato juridicamente tido como ilícito ou ao menos não desejado pelo Direito uma vez que ofende a ordem jurídica (GANGLIANO *et al*, 2012, p. 49-50).

Para que ocorra a responsabilidade civil é essencial que haja três elementos, assim dispostos: a conduta lesiva do agente, o dano e o nexo de causalidade.

Atualmente, é possível identificar a responsabilidade subjetiva e a objetiva, sendo esta primeira ocasionada em decorrência de ato doloso ou culposo (negligência ou imprudência), conforme o artigo 186 do Código Civil, ressaltando que cada um deve responder pelos próprios atos. Quando não é necessário identificar a culpa ou dolo do sujeito, sendo necessária apenas ligação direta entre o sujeito responsável por aquele que causou o dano para que haja o dever de indenizar, nesse caso, devido a responsabilidade objetiva (GAGLIANO *et al*, 2012, p. 57-59).

A responsabilidade do ente estatal, salvo dispositivo em contrário, é objetiva quando se trata de dano causado por seus agentes, ou mesmo quando se trata de particulares que assumiram o risco desenvolvendo determinadas atividades, assim sendo, o Estado deve fiscalizar a atuação de profissionais que atuam dentro do território nacional desenvolvendo pesquisas que são ou não financiadas com recursos públicos envolvendo manipulação de material humano ou de qualquer outro ser vivo a fim de que não haja excesso e violação de direitos.

Cabe ao Estado, ainda, fiscalizar o desenvolvimento de pesquisas relacionadas à educação e ao aprimoramento científico a fim de que a dignidade humana não seja violada, ressaltando que o princípio da precaução deve estar sempre presente.

Releve-se que cabe ainda ao ente estatal analisar se a vítima ou mesmo o agente público ou particular atuou de forma criminosa, motivo pelo qual caberá inclusive ação de regresso dos valores pagos pelo Estado em indenizações e outras reparações de danos.

3.5.1 Responsabilidade dos profissionais da saúde e o direito de liberdade

Embora seja assegurado o livre exercício profissional (art. 5º, IX da Constituição Federal), tal preceito não é absoluto, uma vez que pode ser limitado, principalmente quando há valores e bens jurídicos a serem tutelados, tais como a vida, integridade física e psíquica entre outros, e em caso de conflito de interesses, deve-se priorizar, sempre que possível o respeito à dignidade humana, assim, a atividade científica poderá sofrer limitações em prol da preservação da pessoa humana (DINIZ, 2010, p. 07).

A responsabilidade médica devido a erro de diagnóstico ocasionando danos e conseqüentemente a perda de uma chance foi apontada pela primeira vez na Corte de Cassação Francesa, em 1965, onde um médico, ao diagnosticar uma fratura no braço de um menino e tomar as medidas cabíveis, não constatou que o cotovelo também estava fraturado o que ocasionou sequelas, a citada Corte entendeu que não possuía relação de causalidade absoluta com o dano final, qual foi à sequela, entretanto, o erro no diagnóstico diminuiu as chances de cura (SILVA, 2013, p. 83-84).

Desta forma, como se viu, o médico ou mesmo um laboratório ou hospital podem ser responsabilizados por erros ocasionados devido a falhas em diagnósticos, sendo que a reparação pode ser calculada de acordo com a chance de cura perdidas ou diminuídas.

Outro fator que pode ocasionar responsabilização da clínica e do profissional da saúde é apontado por Loureiro (2009, p. 133), onde aponta que “a cessão de material genético não autorizado também pode gerar o dever de indenizar por parte da clínica, assim como a troca do material fertilizante”.

Por outro lado, de acordo com o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, caso tenham sido tomadas todas as medidas cabíveis, em nada deverá ser responsabilizada a clínica ou o profissional:

Processo: APL 189418620038260068 SP 0018941-86.2003.8.26.0068
Relator(a): EnioZuliani
Julgamento: 21/07/2011
Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado
Publicação: 23/07/2011

Ementa

Responsabilidade civil Médica que não teria atendido paciente que estava sofrendo aborto Inexistência dos pressupostos da obrigação de indenizar Aborto que era inevitável diante da gravidez de risco Médica e clínica que não tinham especialidade e estrutura para o atendimento da emergência e que adotaram a providência mais adequada, ou seja, a recomendação de remoção da gestante para um hospital com atendimento de urgência e ginecologia Manutenção da sentença de improcedência Recurso não provido²².

Quando se trata de relações que envolvam a saúde humana, requisito essencial para a manutenção da qualidade de vida está-se a falar da prevenção, efetivando um total equilíbrio físico, mental e psicológico, sendo o profissional da saúde essencial para a manutenção do direito à saúde e à vida, “os médicos argumentam, e têm lá sua razão, que o Brasil, país terceiro-mundista, na qual também a saúde vai de mal a pior, exige de seus médicos uma medicina de primeiro mundo” (KFOURI NETO, 2010, p. 28).

No caso do profissional de saúde revelar a identidade de um doador de material genético, será responsabilizado, sendo sua obrigação, nesse caso, de resultado, devendo manter o sigilo (LOUREIRO, 2009, p. 134).

Ressalte-se que a responsabilidade do profissional da saúde em virtude de problemas de saúde de bebês apenas poderá ocorrer caso tenha havido negligência no diagnóstico, assim aponta Melo (2012, p. 168) que,

Não existindopois causalidade directa entre a actuação negligente do médico e o eventual resultado danoso (o nascimento da criança) a prova do nexos de causalidade adequada nos processo de *wrongfullife* apenas poderá ser feita de forma indirecta.

De acordo com Jonas (2011, p. 165), o poder causal é essencial para a responsabilidade, assim sendo, o agente deve responder por aquilo que causou, devendo tal fato ser compreendido no campo legal e não moral.

O causador do dano deve repará-lo, sendo essa questão mais importante até mesmo do que punir o infrator. De nada adianta punir se a vítima continuará com o dano, salvo quando se tratar de crime, onde se calcula a pena em virtude dele, sendo que este último tipo de responsabilidade, podendo ser caracterizada como penal traz uma questão moral.

Embora possa haver falha médica, mas que não tenha ocasionado sequelas ao paciente, o médico não pode ser coagido a reparar o dano, embora sua atuação possa ter

²² Inteiro teor em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20110758/apelacao-apl-189418620038260068-sp-0018941-8620038260068-tj-sp>, acessado dia 30.03.2013.

retirado algumas chances de vida do paciente (SILVA, 2013, p. 88). Apenas se a conduta do agente tiver causado danos é que se pode falar em ressarcimento, principalmente pelo fato de que o médico não pode ser obrigado a salvar todos os pacientes porque não há ciência e tecnologia para impedir a morte, no máximo, pode-se retardá-la.

Se a responsabilidade médica for aceita em casos parecidos com o Perruche, citado em tópicos anteriores, podendo alguém ser indenizado pelo fato de ter nascido, certamente será aberto precedente para que as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, conforme já dito, sejam discriminadas, assim coloca Melo (2012, p. 176) que uma vez lícita a eliminação de um indivíduo por não estar compatível com o modelo de normalidade, haverá o risco de um menor respeito pelos deficientes.

Uma solução para tal caso seria o Estado assumir a responsabilidade com o indivíduo, caso os pais não quisessem, fazendo com que, embora possa ser sofrido para a gestante, que esta leve a gravidez até o fim, após o nascimento o ente estatal assume os gastos com tratamento ou mesmo a guarda do menor.

A interrupção de gestação deve ocorrer apenas em casos onde não haja esperança de recuperação para o feto, impossibilidade de nascimento com vida, risco de vida da mãe (caso esta opte pela interrupção) e o estupro, conforme preceitua a lei brasileira.

Os pais possuem responsabilidade sobre os filhos, responsabilidade esta denominada por Jonas (2011, p. 170) de natural uma vez que independe de aprovação prévia, é irrevogável e irrescindível e advém da relação de parentesco. Quanto aos médicos, estes teriam a responsabilidade artificial, uma vez que a relação que lhe dá origem é através de um encargo.

Kfoury Neto (2010, p. 30) aponta que a atuação do médico e outros profissionais da área podem ocasionar problemas irremediáveis em decorrência de alguma falha, assim, antes de uma intervenção deve estar o paciente ou seus familiares, desde que seja possível, conscientes de todo o procedimento, em respeito aos princípios bioéticos e de respeito ao ser humano, “assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte”.

A responsabilidade do médico e de outros profissionais liberais está prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, apontando, conforme dito que a responsabilização será subjetiva, salvo em caso de cirurgia plástica estética, onde o

profissional assume uma obrigação de resultado, respondendo objetivamente, caso a intervenção seja reparadora, a responsabilidade será subjetiva (GAGLIANO *et al*, 2012, p. 264).

Ressalte-se que a responsabilidade do médico não é apenas de consumo, indo muito além, uma vez que o médico assume uma responsabilidade sobre seu paciente desde o diagnóstico clínico ou laboratorial uma vez que trazem consequências para o paciente e mesmo após o tratamento e a cura pode haver necessidade de monitoramento e consequentes fatos jurídicos oriundos da relação (VENOSA, 2011-a, p.153).

Para que um profissional possa ser responsabilizado pelos atos, segundo Kfoury Neto (2010, p. 81),

(...) exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal. São fatores de atribuição da responsabilidade por dano ao agente: subjetivos – dolo e culpa; objetivos – risco e equidade. Tais fatores de atribuição devem ser previstos na lei. A responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência).

A existência do nexo de causalidade é essencial para que seja possível ação indenizatória.

Já no que concerne à responsabilidade penal, esta surge devido a um fato considerado reprovável, pelo direito penal, assim,

Baseia-se no princípio da tipicidade do ilícito: *nullumcrimensine lege*. A responsabilidade civil decorre de ato ilícito civil. O bem protegido pela norma civil não coincide, necessariamente, com o bem protegido pela norma penal. Existem bens que recebem ambas as proteções e outros que recebem uma ou outra delas. Enquanto a responsabilidade penal se fundamenta na culpa, a civil pode dispensar tal conceito” (KFOURI NETO, 2010, p. 106).

Por outro lado, no que cabe a responsabilidade das clínicas ou laboratórios, diferentemente da responsabilidade dos profissionais da saúde, será sempre objetiva, tendo em vista o artigo 932, III do Código Civil, assim, “se o médico integra o quadro pessoal permanente do hospital ou da clínica, a responsabilidade desta última deflui manifesta” (GAGLIANO *et al*, 2012, p. 275).

Vale ressaltar que não há motivos para se responsabilizar um médico por perda de chance ou homicídio em virtude de pesquisas com células-tronco, desde que esteja respeitando a lei, o princípio da precaução e os princípios da bioética.

As excludentes de responsabilidade podem ser utilizadas a fim de comprovar que não há nexo causal no ocorrido como em caso de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior e cláusulas contratuais de não indenizar, desde que condizentes com o texto legal (VENOSA, 2011-a, p. 58).

Quando um profissional torna conhecida uma nova descoberta científica, deve tomar muito cuidado para não transmitir informações errôneas e acabar por desenvolver esperanças e decepções em pessoas que sofrem de males incuráveis ou de difícil cura.

Todas as pessoas merecem respeito, sendo que, conforme foi visto em capítulo anterior, a partir do momento que o feto se encontra em desenvolvimento no útero materno, goza de expectativas de direitos, cabendo ao mundo jurídico protegê-lo para que possa vir a nascer com vida e adquirir personalidade, direitos e deveres diante da sociedade a qual faz parte.

Independentemente de se ter uma responsabilidade natural ou artificial, todos têm a responsabilidade com o futuro, devendo zelar para que seja possível a existência das próximas gerações, com a mesma qualidade com que se existe atualmente.

3.6 Dever de preservação da vida

Conforme tratado em capítulos anteriores, os embriões inviáveis não serão vida, uma vez que estão ausentes os requisitos para que possam se desenvolver, quais seja o útero materno, de forma que as pesquisas com células-tronco no país oferecem todo o suporte para que não haja violação de direitos, “células-tronco são o aportuguesamento da expressão inglesa *stemcells*, sendo também denominadas células estaminais ou células progenitoras” (SILVA, 2003, p. 81).

Tal fato foi discutido em 2008 na ADI 3.510, responsável por gerar grande polêmica no país ao confrontar a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05, a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, datada de 29 de maio de 2008, proposta pelo Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, teve por objeto o artigo 5º da Lei número 11.105, conhecida como Lei de Biossegurança, datada de 24 de março de 2005, analisada pela totalidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal constatou que a referida lei, especificamente seu artigo 5º está de acordo com os ditames constitucionais, inclusive o respeito à dignidade humana.

De acordo com a referida ADI (2008, p. 143),

O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana".

A parte autora ainda afirmou que a vida humana se inicia com a fecundação, assim sendo, as pesquisas com células-tronco embrionárias não deveriam acontecer, pois desde a sua primeira célula, há um ser humano embrionário. Tal afirmação pode até ter fundamento jurídico ou científico, desde que se esteja analisando um embrião já implantado no útero materno, que é tido pelo direito como nascituro e devidamente protegido, tendo em vista que possui expectativas de direitos.

Para a decisão na ADI proposta, a Suprema Corte aceitou como "amigos da Corte" (*amicicuriaie*), as entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO - ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB, e outros profissionais de diversas áreas científicas, que se pronunciaram em audiência pública, conforme preceitua o artigo 9º, § 1º da Lei 9.868/99, tais entidades foram responsáveis por apresentar provas, debates, pesquisas, entre outros, de profissionais de diversas áreas sobre o tema debatido na referida ADI.

No intuito de haver nascimento com vida, é preciso que o embrião criado em laboratório com a finalidade parental, única forma permitida no país para a manipulação de embriões humanos, seja implantado no útero materno e se desenvolva como qualquer outro embrião, fecundados *in vitro* ou *in vivo*.

Muitos desses embriões, até mesmo pelo fato de não haver limite legal acerca da quantidade de óvulos que podem ser fecundados, que geralmente é bem superior à necessária para cada implantação em útero, acabam sobrando, já que, conforme dito, o Conselho Federal de Medicina recomenda a implantação de até quatro por procedimento (Resolução 2.013/13).

Tal fato acaba por ocasionar os embriões excedentes, que devido a problemas no desenvolvimento de suas primeiras células ou mesmo por desinteresse dos pais em ter novos filhos jamais serão implantados no útero materno, permanecendo congelados até que sejam destinados a adoção, descarte ou doação para pesquisas com células-tronco (art. 5º da Lei 11.105/05).

Para muitos profissionais, de diferentes áreas, a destinação de tais embriões, embora permitido pela lei e julgados nacionais, deveria ser considerada uma afronta a dignidade humana, principalmente pelo fato de que ainda há incertezas acerca do momento em que se inicia a responsabilidade do direito com o material humano, sendo que,

(...) a utilização restritiva do conceito da dignidade humana permite que a necessidade de proteger o embrião – não só porque ele precisa dessa proteção, mas também porque é digno dela – seja avaliada como um bem, o que abre uma brecha para a instrumentalização da vida humana e para o esvaziamento do sentido categórico de exigências morais (HABERMAS, 2010, p. 54).

Não há que se falar em vida no que cabe aos citados embriões, pelo simples fato de que sem a implantação no corpo humano, jamais terão condições para se desenvolverem e ter expectativas de direitos.

Nos dizeres da ADI 3.510 (2008, p. 312), confirmando seu voto o Ministro Carlos Britto, aponta que “a pessoa humana, o indivíduo biográfico, o ser humano adornado de personalidade civil é o fenômeno que transcorre do nascimento com vida à morte cerebral”.

A então Ministra Ellen Gracie, na ADI 3.510 (2008, p. 219), apontou que,

A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida.

No Brasil, o congelamento de embriões deve durar no mínimo 3 anos, conforme a Lei 11.105/05, sendo que, após tal prazo os embriões que não foram implantados podem ser doados a outros casais com problemas para ter filhos, descartados ou destinados a pesquisas com células-tronco.

Adi 3.510/08, referente a pesquisas com células-tronco que, em 29 de maio de 2008, a Suprema Corte se posicionou por maioria de 6 votos a 5 pela improcedência da ação confirmou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/05,

A decisão deteve-se em verificar o caso à luz do ordenamento jurídico brasileiro, analisando se a proteção da vida humana ocorre com a mesma intensidade em várias etapas de desenvolvimento, ou se há gradações. Prevaleceu o entendimento de que o Direito Brasileiro trata de maneira diferenciada o ser humano em várias etapas de desenvolvimento – embrião, feto e pessoa – podendo haver uma

gradação na maneira como se aplicam, em cada caso, os princípios da dignidade e do respeito à vida (FERRAZ, 2010, p. 64).

Portanto, se houver autorização dos genitores, há a possibilidade de doação de embriões excedentários para fins de pesquisas científicas.

A Suprema Corte Brasileira se manifestou a favor das pesquisas com células-tronco embrionárias excedentes e inviáveis após longa audiência pública, análises dos melhores profissionais do assunto no país, direito comparado, entre outros, uma vez que o direito deve evoluir e atender as necessidades sociais, desde que a dignidade humana esteja sempre acima de qualquer outra medida, evidencie-se que,

O direito e a tarefa do jurista situam-se em relação à moral e a seus valores. Porém, os seres humanos são confrontados com o concreto das situações, com a organização das sociedades, com as forças a conciliar, com as contradições a superar. Os políticos promulgam leis, instituem procedimentos e estabelecem sanções para ordenar os poderes que movem as vidas humanas. O direito e a tarefa do jurista levam também em conta a política e suas relações de força (LUSTIGER, 1997, p. 27).

Foi constatado que em tais pesquisas não ocorre violação da dignidade humana, desde que seja respeitado o que é previsto na Lei 11.105/05,

Se esse embrião inviável não pode ser considerado pessoa, não lhe reconhecendo a existência de vida humana, deverá ser tido como uma coisa. Por isso, impossibilitar a sua utilização em prol da vida humana é contrário aos ditames constitucionais e ao postulado da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, o que refletiria, portanto, um atentado contra esse Estado (NEVES, 2012, p. 145).

Datada de 24 de março de 2005, a Lei 11.105, citada em diversos pontos do presente estudo, embora nada expresse sobre a reprodução humana assistida, faz referência às pesquisas com células-tronco. A aprovação da referida lei tem trazido acaloradas discussões entre diversos setores, principalmente religiosos, cientistas e eticistas, tendo em vista que ainda não há consenso, como se viu, acerca do início da vida humana.

De acordo com Ferraz (2011, p. 29), embora a prática de pesquisas com embriões excedentários possa trazer muitos benefícios principalmente quanto à cura de diversas doenças, fere o direito à vida, uma vez que esta tem início com a fecundação, o julgamento da ADI 3.510/08 não teve o condão de definir o início da vida, apenas a

possibilidade da destinação dos embriões excedentes, congelados há mais de 3 anos para pesquisas.

O tempo recomendado para o congelamento de embriões muda de um país para outro, no Reino Unido, por exemplo, recomenda-se dez anos de crioconservação, na França e Espanha, 5 anos, sendo que, após tal prazo os embriões excedentários devem ser destruídos. Na Dinamarca os que sobram são destruídos logo após a fertilização. Estados Unidos, Bélgica e outros defendem a destinação dos excedentários para fins de pesquisas. Na Alemanha não se pode gerar mais embriões do que os que serão utilizados no projeto parental (MALUF, 2010, p. 114).

Ressalta o Ministro Carlos Britto que,

Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensa-se mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez) (ADI 3.510, p. 194-195).

Não há possibilidade que os embriões excedentes e inviáveis permaneçam congelados nas clínicas de reprodução assistida para a eternidade, até mesmo pelo fato de trazerem custos aos seus genitores, bem como a inviabilidade por outros motivos, assim, uma vez que no país não há limitação quanto a quantidade de embriões gerados por projeto parental, a destinação de tais embriões para pesquisas em nada viola a dignidade humana, conforme dito anteriormente, uma vez que não se fala em direitos ou mesmo expectativa de direitos, mas sim em proteção contra excessos de material humano.

Apontou o Ministro Ayres Britto, em conclusão ao seu extenso e detalhado voto na ADI 3.510 que,

Senhor Presidente, concludo dizendo que nossa Constituição, legitimadora da Lei de Biossegurança, só merece elogios. A lei, em si, não é de *bioinsegurança*, vamos atentar bem para as coisas. Ao contrário, a lei é de biossegurança (ADI 3.510, 2008, p. 321 – confirmação de voto Min. Carlos Britto).

Quanto a Ministra Carmén Lúcia, temos em seu voto,

Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Por isso, como todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, (ADI 3.510, 2008, p. 327 – Min. Cármen Lúcia).

A Lei 11.105/05 advém de necessidades reais de regulamentação acerca de manipulações genéticas, não apenas em seres humanos, fato é que muita regulamentação sobre o tema ainda falta, mas por hora é o que temos devidamente positivado, ressaltando que para que uma lei entre em vigor seu processo de elaboração é longo, sendo analisada por profissionais de diversas áreas, deve respeitar requisitos formais e materiais, enfim, deve ser condizente com as necessidades dessa sociedade e para as próximas, até que seja revogada por um processo não diferentemente burocrático e demorado, assim, conforme a Ministra Cármen Lúcia,

No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. (ADI 3.510, 2008, p. 329 – Min. Cármen Lúcia).

As discussões sobre o tema ainda estão distantes de serem pacificadas, aponta Habermas (2010, p. 24) que na Alemanha esta ocorrendo pressão por mudanças na lei que protege o embrião, de forma que a liberdade de pesquisa seja privilegiada em relação à proteção ao embrião, uma vez que há chances realistas de cura através de tais pesquisas.

O tema apresenta tantas divergências que até mesmo entre os Ministros da Suprema Corte Brasileira houve entendimentos diversos ao se julgar a ADI 3.510/08, conforme segue parte final do voto do então Ministro Menezes Direito,

Sendo assim, conclui-se que os embriões congelados a que se refere o inciso II do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 são embriões com vida. O método de extração de células-tronco embrionárias que acarrete a sua destruição violará, na minha compreensão, o direito à vida de que cuida o caput do art. 5º da Constituição da República. No ponto exato em que o autoriza, a lei é inconstitucional. (ADI 3.510, 2008, p. 284 – Voto do Ministro Menezes Direito).

Importante frisar que na ADI em análise, o que prevaleceu foi o entendimento de que o citado artigo da Lei 11.105/05 é constitucional.

Muitos autores condenam e outros apoiam a destinação de embriões para a realização de pesquisas científicas,

Quanto à realização de experimentação científica, entendemos que a criação de embriões com a finalidade exclusiva de servirem à ciência – aproveitamento de células-mãe ou clonagem – deve ser totalmente coibida por ser contrária à moral, aos princípios constitucionais – direito à vida, à dignidade da pessoa humana -, por ferir os direitos personalíssimos do embrião, que recebem proteção sob a égide dos direitos humanos” (MALUF, 2010, p. 114).

A questão do descarte ou mesmo outras destinações para um embrião envolve muito mais do que apenas material humano, “a problemática do embrião excedentário diz respeito ao direito de nascer, da impossibilidade de uma pessoa humana na sua fase embrionária ser tratada como lixo hospitalar ou como experimento científico” (FERRAZ, 2011, p. 38).

Entretanto, “se aquele embrião não tem a menor chance de entrar no útero feminino - não é redundante dizer isso -, que ele seja aproveitado para outros fins de terapia e assim servir à humanidade” (ADI 3.510, 2008, p. 313 – confirmação de voto Min. Carlos Britto).

Na ADI 3.510/08, o Ministro Celso de Melo afirmou que a,

Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello) (ADI 3.510, 2008, p. 136).

No que cabe a adoção de embrião, o Código Civil nada diz a respeito. Entretanto, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente protege o direito de

nascer e de continuar vivo das crianças, assim, pode-se entender que todo nascituro é uma criança (MALUF, 2010, p. 115).

Nascituro, conforme já dito é aquele indivíduo que está se desenvolvendo no útero materno e já é protegido pelo direito civil, embriões fora do útero materno não são e não podem ser considerados nascituros.

Discorda Ferraz (2011, p. 51-52) ao apontar que,

Uma vez que reconhecemos a teoria concepcionista como aquela que melhor define a conceituação de pessoa, compreendemos que o ser humano, *in vitro* encontra-se numa fase embrionária, mas que isso não descaracteriza a sua condição de pessoa.

As células-tronco são também conhecidas como células-mãe ou células estaminais, tendo em vista que possuem melhor capacidade para se dividir, originando células semelhantes a originária. As pesquisas nessa área visam à cura para tecidos degenerados por doenças ou traumas (MALUF, 2010, p. 182-183).

Conforme dito acima, tais pesquisas almejam a cura de diversas doenças, ainda não se tem nada muito concreto, entretanto, se as pesquisas não continuarem, a possível cura continuará a ser algo real apenas em livros e filmes de ficção científica.

Para a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto da ADI 3.510/08, o que tem que ser evitado é a experimentação em seres humanos antes de extensa análise e estudos na área, sendo tal prática, caso seja realizada de forma desmedida, pode violar a dignidade humana,

Em curso há apenas uma década, tais pesquisas não podem ainda ser consideradas validadas para fins de utilização como terapia, quando então não se teria tratamento, mas mera experimentação com seres humanos. E é isso que não se compatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana. Repita-se: não por causa da utilização das células-tronco embrionárias, da natureza de que ela se dote em face do ordenamento jurídico (pessoa ou não), mas pela singela circunstância de que a sua utilização seria no corpo daquele que precisa de qualquer alternativa para buscar viver ou para não se deixar morrer, entregando-se a experimentos ainda não completados em suas fases de viabilização e utilização nos seres humanos. Daí a necessidade de se interpretar a norma, quanto à terapia, como dotando-se de conteúdo estrito e coerente com a regra constitucional, que assegura o direito ao tratamento. A terapia, como forma de tratamento a partir de bases e resultados científicos consolidados e aceitos pelos órgãos e instituições competentes, impede, assim, a auto-oferta do paciente como experimentação com animal nobre, o que não há de ser tido como compatível com a dignidade humana. (ADI 3.510, 2008, p. 336 – Min. Cármen Lúcia).

Experimentação em seres humanos de pesquisas ainda em fase inicial, sem resultados concretos, prometendo uma melhora ou cura ainda incertas, podendo causar mais males do que benefícios, isso sim é violar a dignidade humana e os princípios da bioética, estudados no primeiro capítulo do presente trabalho. Pesquisar ou mesmo utilizar material humano para tanto não traz violação de direitos, desde que a lei seja respeitada e atualizada conforme as mais ímpares necessidades sociais e científicas.

Apontou o Ministro Ayres Britto,

Ora, a toda evidência, um embrião não é um brasileiro. Ele não tem nacionalidade. E, enquanto permanecer ali **in vitro**, fora do útero materno, sem possibilidade de nidação, ele jamais vai ganhar uma nacionalidade. Também não é um estrangeiro.(...).

Para que o embrião tenha direito à vida, nos termos da Constituição, é preciso reconhecer a ele o direito a um útero. E o embrião tem direito a um útero? Claro que não! Eu estou falando do embrião **in vitro**, daquele embrião produzido sem ato sexual, sem acasalamento, sem conúbio, que não é produzido pela natureza, mas produzido pelo homem. Não é só a natureza que produz o homem; o homem produz cientificamente o homem. Quer dizer, é um embrião que não saiu de nenhuma mulher. O que saiu do corpo da mulher foi um singelo óvulo desfecundado até então. Não saiu de nenhum homem também. O que saiu do homem foi um jato, um jorro de espermatozoides. Esse embrião **in vitro** jamais entrará - nos termos da lei - no corpo de uma mulher. Nem saiu do corpo feminino, nem vai entrar. Não há nidação; não há gravidez; não há maternidade no sentido que eu expus; não há cérebro (ADI 3.510, 2008, p. 313-314 – Confirmação de voto do Min. Carlos Britto).

Assim sendo, “portanto, prevaleceu a tese de que os embriões fertilizados *in vitro* não possuem o mesmo *status* do nascituro, não lhes sendo reconhecida a existência de vida humana” (NEVES, 2012, p. 147).

Além do Brasil, na América Latina apenas o México permite pesquisas com células-tronco embrionárias (MALUF, 2010, p. 196).

Ainda não é possível descartar uma ou outra forma de realização e obtenção de células-tronco, uma vez que as pesquisas na área ainda são recentes e prometem um vasto campo de atuação, assim, ambas devem continuar a serem desenvolvidas.

Diversas pesquisas estão sendo desenvolvidas no país, dentre elas, algumas foram citadas pelo então Ministro Menezes Direito em seu voto, (ADI 3.510, 2008, p. 251-252):

No Brasil, o Dr. Julio César Voltarelli, defensor das pesquisas com células-tronco embrionárias, avança no tratamento do diabetes

mellitus, como ele mesmo teve a oportunidade de registrar na audiência pública de 20/4/2007. Além dele, e dentre outros: (a) o Dr. Adalberto Luiz Rosa, na Universidade de São Paulo, unidade de Ribeirão Preto, investiga a utilização de células-tronco derivadas de medula óssea na reparação de tecidos ósseos; (b) o Dr. Alfredo de Miranda Góes, na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, tenta promover a Osteogênese usando células-tronco mesenquimais humanas; (c) no Centro de Pesquisa Gonçalo Muniz, da FIOCRUZ, busca-se a terapia com células-tronco de medula óssea em indivíduos portadores de mielopatia associada à infecção por HTLV-1 e de traumatismo agudo; (d) na Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, o Dr. Clodomiro Alves Júnior tenta a diferenciação, a adesão e a proliferação de células-tronco de cordão umbilical em biomateriais com superfícies modificadas; (e) o Dr. Hans Jurgen Fernando Dohmann pesquisa, no PROCEP (Centro de Ensino e Pesquisa do Pró-Cardíaco), o transplante autólogo de células mononucleares da medula óssea - angiogênese na cardiopatia isquêmica; (f) o Dr. Ibsen Bellini Coimbra tenta a indução de condrogênese a partir de células-tronco de cordão umbilical; (g) na PUC do Rio Grande do Sul, o Dr. Jaderson Costa Dacosta busca o transplante de células-tronco da medula óssea para tratamento do processo neurodegenerativo induzido por epilepsia, enquanto o Dr. Jefferson Luis Braga da Silva tenta a utilização de células-tronco adultas no tratamento de cicatrizes queloidianas e de lesões nervosas periféricas; (h) o Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos, da FIOCRUZ, trabalha com células-tronco adultas do fígado com vistas à reparação de tecidos desse órgão; (i) a Dra. Maria Eugênia Leite Duarte, na Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, tenta utilizar células-tronco mesenquimais no reparo da osteonecrose e reconstrução de perdas ósseas; e (j) também relacionada a cardiopatias, a pesquisa de Renato Abdala KaramKal (transplante autólogo de células-tronco da medula na miocardiopatia dilatada não isquêmica - Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul/Fundação Universitária de Cardiologia - IC-FUC).

O voto da Ministra Cármen Lúcia (2008, p. 367), apontou, concluindo, que:

A ciência que pode matar, é certo, também pode salvar, é mais certo ainda. E se o direito ajusta o que a ciência pode melhor oferecer para que viva melhor àquele que mais precisa do seu resultado, não há razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana. Creio que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento – indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta - não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida.

Se tivesse sido proibida a reprodução assistida no país, certamente muitos brasileiros estariam sendo sacrificados uma vez que a partir do momento que estudos se confirmam e a ciência traz novas possibilidades de melhoria para a população, tais técnicas devem estar disponíveis para todos que dela necessitem.

Por certo que, conforme Kant (2011, p. 60),

(...) o homem não é uma coisa; não é, portanto, objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para mutilar, degradar ou matar.

Não se pode dispor, portanto, do homem, do ser humano, ou mesmo do nascituro, mas de células humanas, embriões não implantados no útero materno, desde que se respeitem as leis sobre o tema e o princípio da precaução, não haveria motivo para se proibir ditatorialmente o avanço da ciência e da sociedade humana.

Nos dizeres de Jonas (2011, p. 87), acerca da necessidade de se preservar a vida humana de forma que não se deve apostar ou mesmo arriscar e sim preservar, conforme os princípios éticos, “pois ele proíbe que nos arrisquemos por nada, impede que este risco seja admitido em nossa escolha – em suma, proíbe a aposta do tudo ou nada nos assuntos da humanidade”.

Desde a Constituição de 1891 o Brasil não possui uma religião oficial, conforme era na Constituição do Império de 1824, onde a religião católica era tida como oficial, embora outras pudessem atuar no país.

Assim sendo, questões de vida, morte, liberdade, entre outras devem ser decididas sem que as crenças religiosas possam interferir, até mesmo porque é livre o exercício de crenças religiosas no país, bem como nenhum exercício religioso e cada religião enxerga início e fim da vida de uma forma, “portanto, com a laicidade estatal, as religiões podem, no máximo, impor sanções religiosas a seus seguidores. Contudo, não se pode exigir a mesma conduta do Estado” (DIAS, 2012, p. 86).

Ainda são comuns no país posicionamentos que tenham por base doutrinas religiosas, onde se trata a vida como algo divino, embora “a vida é dom de Deus, e deve, portanto, ser tutelada pelas leis, protegida pelas religiões, defendida pelas ciências particulares e apoiada por toda a sociedade” (GALVÃO, 2004, p. 11), a vida deve ser protegida quando há vida, direitos ou expectativa deles.

Questões religiosas são motivo para que muitos projetos de lei não sejam aprovados no Congresso Nacional, embora o tema seja motivo de debates há vários anos.

Para se ter uma ideia o Projeto de Lei (PL) 632/1972 apresentava proposta de incluir o aborto eugênico como uma das exceções para a tipificação penal, devendo ser

inserido no artigo 128 do Código Penal, entretanto a proposta foi arquivada em 08 de novembro de 1973.

Embora a lei ou ordenamento jurídico não possam ser responsáveis por conferir ao ser humano a vida ou outras faculdades naturais, o direito pode sim assegurar o pleno desenvolvimento de tais faculdades de forma a trazer equilíbrio do indivíduo para com a sociedade e vice-versa (ALARCÓN, 2004, p. 58-59).

Assim, para que seja garantido que não haverá manipulação desnecessária, que coloque em risco a existência humana, mister se faz que novas leis sobre o tema entrem em vigor no país. Além disso, é importante ainda que nos cursos de direito haja maior atenção a questões dessa natureza, de forma que seja obrigatória a inserção da disciplina de biodireito nas matrizes curriculares com o intuito de trazer maior conhecimento, preparo e conscientização para os futuros profissionais para que assim a dignidade humana possa cada dia mais ser respeitada por todos.

3.7 Células-tronco embrionárias e adultas

As células-tronco embrionárias podem ser encontradas no embrião humano e são do tipo totipotentes ou pluripotentes, conforme já dito, e podem se transformar em ossos, nervos, músculos, sangue, além de óvulos e espermatozoides (MALUF, 2010, p. 184).

Ressalte-se que os primeiros dentes humanos possuem grande quantidade de células-tronco e são mais fáceis de serem extraídas do que as de embriões (MALUF, 2010, p. 188-189).

As células adultas, do próprio indivíduo também podem ser eficientes na regeneração de tecidos, entretanto não traz a cura de órgãos ou tecidos doentes, motivo pelo qual muitos cientistas insistem na eficiência das células-tronco embrionárias, capazes de se transformarem em qualquer órgão ou tecido de um organismo vivo.

Loureiro (2009, p. 143-144) acredita que o artigo 5º da Lei 11.105/05, que conforme já dito permite a manipulação de embriões excedentes ou inviáveis para a obtenção de células-tronco fere o direito fundamental à vida, mesmo após a análise do Supremo sobre o assunto e a declaração de constitucionalidade do referido dispositivo. Para a referida autora qualquer tipo de intervenção nos referidos embriões que não ocasionasse o seu nascimento deveriam ser consideradas ilícitas.

Porém, vale lembrar que não há lei jurídica específica sobre o tema, entretanto, “a Constituição Federal assegura no *caput* do artigo 5º - que define, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais – a inviolabilidade do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria esta proteção” (CHINELLATO, 2008, p. 209).

Se o STF entendeu que na concepção fora do útero não há vida, cabe entender que realmente não o haja, uma vez que a lei não diz nada contrário a respeito, assim sendo, uma vez que não se violam direitos, a pesquisa com células-tronco embrionárias é possível.

Em seu voto (ADI 3.510, 2008, p. 343), a Ministra Carmen Lúcia aponta que:

Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.

Cassiers (2008, p. 197) aponta que,

Um embrião de proveta que é objeto de um projeto parental precisa também ser respeitado desde sua concepção, como uma criança e como adulto – que se espera que venha a ser. Mas, no momento em que ele não faz mais parte de um projeto parental, como, por exemplo, no caso dos embriões excedentes da fecundação *in vitro*, os próprios pais aceitam a ideia de que eles sejam descongelados e, portanto, destruídos.

Conforme se ressaltou no tópico acima, é impossível que se obrigue os pais ou mesmo as clínicas a manterem armazenados pela eternidade embriões excedentes ou inviáveis, não se pode garantir acesso a um útero a todos eles, nem se pode considerar detentores de direitos ou portadores de expectativas de direitos antes de estarem no útero materno.

Nos dizeres de Loureiro (2009, p. 114), discordando da posição do STF e da Lei 11.105/05, considera que a extração de células-tronco de embriões é inaceitável uma vez que a vida se inicia na concepção, assim, como o embrião possui personalidade e carga genética única; desde a concepção, estando ou não implantado no útero materno, deve ser respeitado.

Se tal entendimento fosse considerado correto, as pessoas que procuram uma clínica de reprodução assistida não poderiam permitir a fecundação de mais óvulos do que a intenção de implantá-los no útero materno, e caso o procedimento falhasse, novas intervenções medicamentosas deveriam ocorrer no corpo feminino e novamente repetir todo o procedimento. Desta forma não haveria embriões excedentes, entretanto, permanece a pergunta: e quanto aos inviáveis, deveriam estes ser implantados também no útero materno, podendo ocasionar embriões com doenças graves, fetos doentes ou mesmo causar problemas de saúde para a gestante?

A ausência de regulamentos tem deixado muitas perguntas sem respostas.

De acordo com Leão Júnior; Morgato (2010, p. 385), quando se fala dos embriões excedentes ou inviáveis, a maternidade ainda não existe, as ondas cerebrais também não ocorrem, entretanto, por mais que ainda não exista vida em embriões extrauterinos, não deixam de ser material humano que merece respeito, não cabendo experiências atroz. Entretanto, uma vez que os embriões excedentes ou inviáveis se tornarão lixo biológico, por que não utilizá-los para melhorar a vida de pessoas que sofrem de alguma doença degenerativa, paralisias e outras?

Durante os votos dos Ministros Cesar Peluso e Gilmar Mendes, ambos ressaltaram a necessidade de haver maior fiscalização no desenvolvimento de pesquisas com células-tronco, principalmente no que diz respeito às embrionárias embora tenham considerado o artigo 5º da Lei 11.105/05 constitucional. Quanto aos Ministros Eros Grau, Lewandowski e Menezes Direito ressaltaram a importância de haver o cuidado de não se destruir os embriões durante as pesquisas.

Caso esse posicionamento tivesse sido acatado pela maioria dos ministros haveria outros problemas, como por exemplo, a possibilidade de se responsabilizar pesquisadores pela “morte” de embriões durante a extração de algumas de suas células.

Quanto a Carlos Brito, relator da ação, entendeu que o embrião nesses termos não é vida, devendo ter proteção do direito apenas como material humano, os ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio acompanharam o voto do relator, assim também foi o entendimento da Ministra Carmen Lúcia, que acredita que as pesquisas em questão são responsáveis por trazer e não tirar a dignidade.

Ellen Gracie também entendeu que os estudos poderão trazer maior dignidade a muitas pessoas.

Comentando os votos em questão, Loureiro (2009, p. 192) aponta que:

Assim, com base no princípio da solidariedade preconizado pela Constituição Federal, o direito à vida das pessoas que esperam pela cura de uma doença prevaleceu em relação ao direito à vida do embrião congelado. E acredita-se ser esta a posição mais condizente com o ordenamento jurídico em vigor no Brasil.

Por outro lado, aponta o Ministro Menezes Direito, que:

A própria ciência apresenta método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não resulta necessariamente em sua destruição. Conseqüentemente, não viola o direito fundamental à vida. Trata-se da extração de uma única ou no máximo duas células (blastômeros) de um embrião com oito células através de uma punção celular. Essa extração é realizada rotineiramente no processo de fertilização in vitro para possibilitar o diagnóstico pré-implantação que investiga, através de uma única célula do embrião, se ele é portador de alguma anomalia genética (ADI 3.510, 2008, p. 287 – Min. Menezes Direito).

Mesmo que se utilizem formas alternativas até mesmo para a obtenção de células-tronco embrionárias, qual será a destinação dos embriões após a extração de uma ou duas células? Lixo hospitalar? Permanecer congelado por prazo indefinido? A solução seria uma limitação na quantidade de óvulos retirados e a permissão apenas para a retirada de uma ou duas células do embrião antes de implantá-lo? Mas se se comparar a uma doação de medula, por exemplo, não teria que ter o consentimento? O consentimento apenas dos genitores bastaria? E se causar algum dano ao embrião, o profissional da saúde ou os pais poderiam ser responsabilizados? E se a criança nascer com algum problema cromossômico?

O tema, conforme dito, ainda está longe de ser considerado pacificado ou mesmo de ter leis que atendam a todas as necessidades.

Existem diversos Projetos de Lei tramitando atualmente no Congresso sobre os temas levantados no presente trabalho, sendo que um deles, o PL 1135/03 nos chamou a atenção em seu artigo 14, §3º, que diz o seguinte:

Art. 14. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões.

(...)

§ 3º Após três anos de criopreservação, os gametas ou pré-embriões ficarão à disposição dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida, doadores ou depositantes, que poderão descartá-los ou doá-los, mantendo as finalidades desta lei.

Ressalte-se ainda que o §4º do referido Projeto de Lei aponta ser de decisão dos genitores o destino dos embriões inviáveis para a implantação em útero.

Nos dizeres de Morgato (2011, p. 85), acerca da proteção do embrião implantado ou não, assegura que:

(...) se houvesse evidências científicas do momento em que o embrião passa a ser reconhecido como ser humano, ou mesmo do momento em que se pode afirmar a presença de identidade individual, atividade mental ou racional, independentemente de estar implantado no útero ou não, deste ponto deverá receber proteção legal, assim como no Direito atual é assegurado ao nascituro.

Aponta a ADI 3.510 (2008, p. 181), no voto de seu relator, Carlos Brittoque,

Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do *corpo* feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento externa-corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da "auto-replicação"), poderiam experimentar com o tempo o risco de u ' a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido totipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares.

Por certo que nenhuma vida tem maior peso que outra, entretanto, no caso citado não se fala de vida em potencial, uma vez que não há possibilidade para o desenvolvimento embrionário e posterior fetal, tendo em vista a ausência dos elementos basilares para tanto, entre eles, o útero materno.

A destinação de tais embriões para o desenvolvimento de pesquisas científicas não ocasiona o aborto, conforme já dito, tendo em vista que os embriões foram fecundados fora do corpo feminino e uma vez que o casal não mais se interessa por ter filhos, ou seja, de implantar os embriões em útero materno ou porque são inviáveis, ou seja, incapazes de se desenvolverem.

Recentes pesquisas tem apontado para o fato da possibilidade de se ter células-tronco embrionárias sem a necessidade da utilização de embriões, é o que afirma Rosa. Janjacom (2013, p. 01):

Cientistas da Universidade de Saúde e Ciência de Oregon, nos Estados Unidos, conseguiram pela primeira vez reprogramar células humanas

adultas para que se tornassem células-tronco embrionárias. Para isso, eles utilizaram uma técnica de clonagem, retirando células da pele de um indivíduo e inserindo seu DNA dentro do núcleo de óvulos humanos. O desenvolvimento desse óvulo levou à geração das células-tronco — capazes de se transformar em qualquer tipo de célula do corpo humano e, por isso, esperança para uma série de tratamentos médicos. Segundo os cientistas, elas poderiam substituir células danificadas por ferimentos ou doenças e oferecem esperanças no tratamento contra o Parkinson, esclerose múltipla, doenças cardíacas e lesões na espinha. “Como essas células reprogramadas podem ser geradas com o material genético da célula de um paciente, não há preocupações quanto à rejeição em um transplante”, diz Shoukhrat Mitalipov, pesquisador da Universidade de Saúde e Ciência de Oregon e autor do estudo, publicado nesta quarta-feira na revista *Cell*.

A citada pesquisa foi publicada no mês de maio do presente ano e pode vir a acalmar as discussões referentes às pesquisas com células-tronco embrionárias.

Embora tenha sido afirmado pelo Ministro Menezes Direito que “De fato, só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege” (ADI 3.510, 2008, p. 282 - Min. Menezes Direito), o embrião ainda não implantado no útero materno não pode nem deve ter o mesmo grau de proteção que um nascituro, tendo em vista, conforme dito exaustivamente, não possuir os requisitos essenciais para a manutenção da vida.

O congelamento de embriões acaba por causar quase que a sua inviabilidade com o passar dos anos, assim sendo, não servirão para futuros projetos parentais muitos anos após a fecundação, podendo ser destinados pura e simplesmente ao descarte, temos que:

Os argumentos favoráveis às pesquisas são geralmente:

- (i) o custo da destruição do embrião é coberto pelos benefícios a serem obtidos;
- (ii) o embrião não é apenas um aglomerado de células, mas não tem o mesmo valor que o ser humano vivo ou mesmo o feto;
- (iii) considerando que são embriões excedentes de um processo de FIV e seriam de toda sorte destruídos, seu aproveitamento nas pesquisas só traria benefícios;
- (iv) as células-tronco embrionárias são mais flexíveis que as células-tronco adultas. (ADI 3.510, 2008, p. 254 – Voto do Ministro Menezes Direito).

Por outro lado,

Por sua vez, os argumentos contrários às pesquisas amparam-se:

- (i) na premissa de que o óvulo fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente e poder gerar um ser humano integral e completo, já é vida humana;
- (ii) na existência de métodos alternativos de pesquisa que dispensariam a destruição do embrião;
- (iii) na existência de insubsistências nas pesquisas com células-tronco embrionárias;
- (iv) na superestimação das potencialidades dessas pesquisas. (ADI 3.510, 2008, p. 255 – Voto do Ministro Menezes Direito).

Se o próprio Código Civil e a Constituição Federal permitem que o casal ou uma pessoa sozinha recorra às técnicas de reprodução assistida para ter filhos e não há leis para a limitação de tais medidas, como poderia proibir a utilização de material não utilizado no projeto parental em pesquisas que podem ocasionar a cura de diversos males.

Alguns PLs, conforme dito já tramitam no Congresso, como o citado 1184/03, que em seu artigo 13§4º aponta que em caso de embriões transferidos ao útero materno, porém espontaneamente abortados poderão ser utilizados em pesquisas e experimentações científicas desde que com autorização expressa dos envolvidos. Ressalte-se ainda que caso o referido Projeto seja aprovado, no *caput* do referido artigo 13 está previsto a limitação de fecundação de dois óvulos por procedimento.

Nos dizeres do Ministro Menezes Direito na ADI 3.510, (2008, p. 270), temos que “o embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A fertilização *in vitro* não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar”.

Já houve a extração de células-tronco embrionárias sem a destruição do embrião, entretanto, não há garantias de que a extração de uma ou duas células de um embrião não lhe trará danos, assim sendo, a forma mais utilizada para a obtenção de células-tronco embrionárias é através da destruição desses embriões, já as células-tronco adultas, encontradas em diferentes tecidos e que podem dar origem a diferentes tipos celulares podem regenerar parcialmente órgãos, mas originam apenas alguns tecidos, sendo sua eficiência limitada.

Células-tronco obtidas, por exemplo, da medula óssea podem se transformar em laboratório em células do cérebro, fígado, músculos, ossos e cartilagem. Experiências realizadas no Brasil foram tão positivas que, ao serem implantadas no músculo do coração, as células retiradas da medula óssea do próprio paciente regeneraram parcialmente o músculo, criando novos vasos sanguíneos, de forma que o paciente não precisou de transplante de coração (PEREIRA, 2012, p. 162).

Ainda existem muitas dúvidas, entretanto, pesquisas duvidosas tem sido realizadas em países como a China, como diz Zatz (2013, p. 01):

Quando pressionado a mostrar evidências científicas, Brian Dardzinski, que opera esse site a partir de Bangkok e Hong Kong, mostrou um artigo que tratava de incontinência urinária com células-tronco, um trabalho que está sendo questionado eticamente. Já o doutor Rader, do www.medra.com, garante ter curado casos de epilepsia, lesionados medulares e, pasmem, até síndrome de Down com células-tronco.

De acordo com a ADI 3.510/08 (2008, p. 135),

As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino).

Conclui em seu voto a Ministra Ellen Gracie (ADI 3.510, 2008, p. 219),

Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte.

Assim sendo, conforme dito, não há possibilidade de uma célula ou mesmo um embrião que esteja extra útero seja considerado vida, por certo que,

(...)a vida não pode começar senão por um embrião e que o embrião humano é, portanto, o início de toda a vida. Daí não se pode derivar, extrair o raciocínio de que embrião é pessoa humana. Ele é um bem a proteger juridicamente. É um interesse juridicamente protegido, mas, à luz da Constituição, não é uma pessoa (ADI 3.510, 2008, p. 315 – confirmação de voto Min. Carlos Britto).

É através do embrião, que caso seja implantado em um útero ou ocorra à fecundação de um óvulo por espermatozoide *in vivo* que se têm possibilidades de se desenvolver e dar origem a uma vida.

Mesmo quando já no útero não há garantia nenhuma que o indivíduo nascerá com vida, tendo em vista influências naturais, como por exemplo, um aborto espontâneo ou mesmo interferências provocadas, como então afirmar que já há vida em um embrião que sequer se encontra no útero humano?

Assim afirmou Ayres Britto em seu voto, na citada ADI 3.510/08, em termos:

Então, derivar do raciocínio de que não há vida humana que não comece pelo embrião a afirmativa de que o embrião já é uma pessoa não procede. *Não é* correto. Não se pode confundir embrião de pessoa com pessoa embrionária. Não existe pessoa embrionária, mas simples embrião de pessoa humana. Não incorramos na falácia indutiva de que falava David Hume, ou seja, as premissas não autorizam a conclusão (ADI 3.510, 2008, p. 316 – confirmação de voto Min. Carlos Britto).

Disse a Ministra Cármen Lúcia em seu voto na ADI 3.510 (2008, p. 342),

A Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha; liberdade para se dar ao viver digno. Não se há falar apenas em dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que, no caso em foco, não será transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver. Possibilitar que alguém tenha esperança e possa lutar para viver compõe a dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna para a espécie humana.

Afirma a Ministra Cármen Lúcia em seu voto na ADI 3.510 (2008, p. 344),

As clínicas de reprodução assistida dispõem de estatísticas, apresentadas em trabalhos divulgados cientificamente, a comprovar que, após o triênio, a chance de o embrião se viabilizar é baixa. Apesar de congelado, as membranas tendem a oxidar-se, não lhes garantindo o resultado desejado.

Tendo em vista que nem a ciência é capaz de prever qual das duas formas de obtenção de células-tronco, sejam embrionárias ou adultas, o STF não pode ser obrigado a apontar qual delas é a melhor a ser legalizada e melhor utilizada,

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares (ADI 3.510, 2008, p. 135).

As questões oriundas das pesquisas com células-tronco embrionárias aparecem a partir do momento em que se considera que um embrião oriundo de um projeto parental, que seja inviável ou excedentário é mais do que material biológico, ou seja, que possui tanta relevância quanto um ser humano já nascido, ou seja, com personalidade jurídica,

E nós sabemos quantos cadeirantes estão à espera das pesquisas com células-tronco embrionárias e sabemos o que significa o Supremo Tribunal Federal cortar toda essa expectativa, esse alento, ainda que a eficácia do tratamento só ocorra daqui a cinco, seis, sete, oito anos, não interessa. É preciso recomeçar o processo que foi estancado há três anos. E a saúde é um direito fundamental que está no art. 6º da Constituição. Não pode esperar” (ADI 3.510, 2008, p. 316 – confirmação de voto Min. Carlos Britto).

Ainda não se têm muitas soluções concretas acerca das pesquisas com células-tronco, entretanto os resultados preliminares e as expectativas são bastante promissoras.

No Brasil ainda não se pesquisa células-tronco embrionárias em seres humanos, apenas em animais, principalmente em virtude das incertezas sobre os resultados desse tipo de engenharia genética. Mesmo em animais as pesquisas ainda são desenvolvidas em poucos laboratórios pelo país.

Quanto às pesquisas com células-tronco adultas, diversos pesquisadores desenvolvem pesquisas, posto ser menos arriscados o desenvolvimento de doenças e malefícios ao paciente e toda a humanidade.

Existem pesquisas que além de utilizarem células-tronco de embriões, usam também de fetos abortados, diz a pesquisador MayanaZatz (2013, p. 01) que:

O doutor Huang, da China, atrai milhares de pessoas, do mundo todo, que desesperadas querem tentar qualquer coisa. Como o aborto é permitido — eu diria que até incentivado (devido à rígida política vigente de controle de natalidade, em que cada casal só pode ter um filho) —, usar essas células fetais na China não chega nem a ser anti-ético. Já no Brasil, se existem pessoas contrárias ao uso de células-tronco embrionárias obtidas a partir de pré-embriões de oito células, congelados há anos em um tanque de nitrogênio, o que diriam essas mesmas pessoas sobre células obtidas de um feto abortado aos 3 ou 4 meses de gestação? Seria inaceitável.

Não se deve menosprezar um ou outro tipo de célula-tronco, uma vez que ambas possuem significado relevante para a ciência e pode trazer a cura, cada uma de uma forma que venha a atender determinadas doenças.

Aponta a Ministra Cármen Lúcia na ADI 3.510 (2008, p. 338) que:

Diferentemente do que foi carreado aos autos, quanto às células-tronco adultas não há dados científicos a mostrar poderem elas ser utilizadas para que se transformem em neurônios, o que é necessário para que se tenha o tratamento de doenças denegerativas. O seu aproveitamento é assegurado em tratamentos para doenças do sangue,

como leucemia e talassemia, sendo comuns os procedimentos que delas se valem para a recuperação de músculo e ossos. Com mais de três décadas de pesquisa, as células-tronco adultas são utilizadas frequentemente nos procedimentos voltados à regeneração daqueles tecidos.

Conforme dito não cabe ao STF ou mesmo a qualquer outro Tribunal acerca de questões sobre o início da vida, assim,

Enquanto não há definição, concluímos que é aceitável, tanto ética como juridicamente, utilizar um embrião congelado que não interessa aos genitores, e cuja destinação seria o lixo, para salvar aquele ser humano que se manifesta disposto, de forma livre e consciente, a se submeter a tal procedimento terapêutico (MORGATO, 2011, p. 108).

Tais dúvidas continuam e assim podemos apenas afirmar que enquanto há possibilidades favoráveis e todos os requisitos para o desenvolvimento da vida, esta deve ser mantida, sem os requisitos essenciais para que se desenvolva um embrião não é e não deve ser considerada vida sem esses requisitos, assim,

A alegação, portanto, de que haveria desnecessidade de continuação das pesquisas com células-tronco embrionárias, para se dar cumprimento aos princípios e regras constitucionais relativas ao direito à saúde e à dignidade da vida humana, não tem embasamento científico (ADI 3.510, 2008, p. 339 – Min. Cármen Lúcia).

Aponta Habermas (2010, p. 34),

com os novos desenvolvimentos técnicos, surge, na maioria das vezes, uma nova necessidade de regulamentação. No entanto, até agora, as regras normativas simplesmente se ajustam às transformações sociais. As mudanças na sociedade, desencadeadas pelas inovações técnicas nos campos da produção e do intercâmbio, da comunicação e dos transportes, do exército e da saúde, estiveram sempre à frente.

O que tem se tornado cada dia mais comum nas salas de parto é o congelamento do cordão umbilical uma vez que são fontes de células-tronco totipotentes,

O procedimento, que ocorre ainda na sala de parto, pode ser feito de duas formas: por meio de uma empresa privada, para uso exclusivo do bebê, ou através de um banco público. Neste caso, o material fica disponível para qualquer paciente que dele necessite (SANDOVAL, 2012, p. 96).

A questão de congelar o cordão umbilical, ainda durante o parto adveio “em 1998, James Thomson e John Gearhart notaram que as células-tronco, provenientes de embriões, em estágio inicial de evolução, poderiam se transformar em vários tipos de células do corpo” (MORGATO, 2011, p. 46).

Atualmente, é possível apenas o transplante de medula óssea utilizando as células congeladas de cordão-umbilical, uma vez que é rico em células sanguíneas. Nos bancos públicos, existem cerca de 12.000 unidades e cerca de 130 foram doadas para transplantes, já nos privados, existem mais de 45.000 unidades, sendo que oito foram utilizadas, das quais cinco em parentes e três em crianças, das quais, uma apresentava leucemia e faleceu durante o tratamento. As pesquisas com tal material já existem há cerca de 20 anos, entretanto, não houve grande avanço. A principal utilização de células-tronco até o momento é referente à regeneração de tecidos, que é realizada com células colhidas do paciente adulto (SANDOVAL, 2012, p. 97).

De acordo com notícia publicada em diversos locais na mídia nacional e internacional,

As células-tronco sanguíneas, localizadas no centro da medula óssea, não só asseguram a contínua renovação das células do sangue, como também se revelam capazes de responder às emergências do organismo, produzindo glóbulos brancos do sangue em resposta às infecções, revelaram os pesquisadores (R7, 2013, p. 01).

Os resultados apontados pela pesquisa são recentes, e poderão ser usados para proteger organismos doentes em tratamento.

Enfim,

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2008, p. 35).

Diante do que foi exposto no presente trabalho, nota-se que no caso de pesquisas com células-tronco, desde que devidamente autorizados e respeitados os ditames legais não cabe criminalização do ato como aborto, não se está diante de eugeniae menos ainda pode ser trazidas possibilidades de responsabilidades civis

oriundas da destinação de embriões inviáveis ou excedentes, conforme a Lei 11.105/05, artigo 5º prescreve, assim sendo, não há violação da dignidade humana ou mesmo da vida humana uma vez que não há vida em potencial e sim material humano.

Existem muitos pacientes que esperam boas notícias no que concerne às pesquisas com células-tronco, sejam adultas ou embrionárias, entretanto, ainda se está longe de respostas conclusivas.

Saliente Zatz (2013, p. 01) que:

Existem inúmeros grupos de pesquisadores ao redor do mundo, sérios, honestos, dedicados, que trabalham exaustivamente para viabilizar tratamentos que sejam efetivos e com o mínimo de riscos. Embora não sejam tão rápidos como gostaríamos, chegaremos lá. É fácil entender a ansiedade e a pressa por tratamentos, principalmente em pessoas afetadas por doenças degenerativas de rápida progressão. Mas não podemos submeter pacientes a riscos imprevisíveis ou vender falsas esperanças. E é disso que se aproveitam pessoas que montam negócios lucrativos para explorar o desespero dos pacientes.

Assim, muitas pessoas sofrem de doenças atualmente com poucas chances de cura e infelizmente pessoas mal-intencionadas muitas vezes se aproveitam disso para fazer testes, cobrar verdadeiras fortunas e usar o desespero pela cura para levar pessoas a serem cobaias e em muitos casos agravarem ainda mais as doenças de que padecem.

Ressalta Zatz (2013, p. 01) que o paciente deve procurar o currículo do profissional, “(...) E o mais importante: tentativas terapêuticas ou experimentais não podem ser cobradas — essa é uma regra universal. Se forem, desconfie”.

A cura pode vir em pouco tempo ou não, entretanto é salutar que haja respeito ao ser humano, à dignidade humana e a preservação da vida em todas as suas formas.

CONCLUSÃO

As pesquisas desenvolvidas de forma desmedida podem colocar em risco tudo o que se tem hoje bem como as futuras gerações, assim sendo, posto que os avanços científicos são extremamente necessários, é preciso que hajam limites para tanto.

A falta de visão deixou o mundo enclausurado por mais de 1000 anos em pensamentos e costumes retroagidos e infundados e o que a humanidade não precisa é de uma nova Idade Média.

Entretanto, ao mesmo tempo, o ser humano não pode se tornar objeto e ter sua dignidade e seus direitos básicos violados em nome da ciência.

A dignidade humana deve estar acima de qualquer tipo de manipulação e alteração com material genético humano, de forma a respeitar leis nacionais e internacionais.

O biodireito, embora date da década de 70 do século passado é uma importante ferramenta no combate a violações oriundas da exploração desmedida da essência do ser humano.

Completam o biodireito o respeito aos ditames dos direitos humanos, direitos fundamentais e a bioética, que traz quatro princípios que norteiam o desenvolvimento de pesquisas com seres humanos em todo o planeta.

No que cabe à Reprodução Humana Assistida, de acordo com as poucas normas do Conselho Federal de Medicina, deve ocorrer apenas em casos extremos, entretanto, ainda não existem normas jurídicas no país para tratar da questão, o que tem gerado muitas dúvidas com relação aos tipos de reprodução, a relação dos idealizadores da criança com os doadores anônimos, a possibilidade da utilização de cessão temporária de útero, a mudança na carga genética do embrião a fim de que possua determinadas características escolhidas pelos seus genitores, entre outros.

Havendo a realização de fertilização *in vitro* haverá também no país embriões excedentes ou inviáveis uma vez que não há normas que limitem a quantidade de óvulos a serem fecundados em cada procedimento, o que fez nascer a Lei 11.105/05, que possibilitou a destinação de embriões não utilizados no procedimento para a pesquisa com células-tronco, desde que respeitados os ditames expressos no artigo 5º da citada lei.

Conforme se demonstrou não há vida humana no embrião não implantado no útero materno tendo em vista a falta de requisitos essenciais para que se desenvolva e possa adquirir personalidade.

Assim sendo, é totalmente possível que haja pesquisas com embriões desde que advenham de projetos parentais bem sucedidos e que os genitores não tenham mais intenção de utilizá-los ou doá-los.

Pesquisas com fetos abortados ainda não são permitidas no Brasil, posto que o aborto é proibido, salvo raras exceções e, nessa situação haveriam ainda mais debates no país.

É completamente antiético a criação e a manipulação de embriões única e exclusivamente com o objetivo de realizar pesquisas sob pena de o ser humano ser tratado como um objeto, como um meio para se atingir determinado fim, fato condenado desde épocas antigas.

Embora ainda sejam muitos os questionamentos, inúmeras as perguntas sem respostas é essencial que a ciência possa evoluir de forma a garantir a própria manutenção da espécie humana e as demais presentes no planeta, entretanto, a segurança deve prevalecer tendo em vista o caráter coletivo e difuso que a manipulação de genes possui e caso não seja tratada com a devida precaução pode acabar com a vida no planeta.

A decisão do Supremo Tribunal Federal referente à constitucionalização ou não do artigo 5º da Lei 11.105/05 foi sem dúvida bastante acertada tendo em vista que não colocou empecilhos exagerados na continuação do desenvolvimento de pesquisas com células-tronco no país, entretanto, ainda faltam muitos regulamentos, ou melhor, leis que melhor apontem os limites para a reprodução assistida no país, como por exemplo, limite quanto ao número de embriões a serem fecundados em cada coleta no intuito de evitar exageros no procedimento uma vez que quanto mais óvulos fecundados, caso haja sucesso no primeiro procedimento, sobrarão mais embriões para, caso respeitados os ditames legais, sejam destinados à pesquisa.

Ainda não se realizam no país pesquisas com células-tronco embrionárias em seres humanos, apenas em animais, embora muitas vezes as informações disponíveis na mídia sobre o tema possam apontar o contrário.

Muitos pacientes são prejudicados por informações exageradas e sensacionalistas sobre o tema, que distorcem informações transmitidas por cientistas.

A mídia é extremamente relevante para a sociedade a fim de que se efetive o direito à informação, entretanto, informações inverídicas precisam ser punidas.

A falta de leis sobre o tema torna o assunto ainda mais polêmico, uma vez que as pessoas, todas elas, são aptas a realizarem tudo aquilo que a lei não proíbe, assim sendo, como a lei não limita certos procedimentos pode-se entender que o mesmo é permitido.

Fator que deve ser levado em consideração ao analisar e aprovar leis sobre as pesquisas científicas em seres humanos ou mesmo a reprodução assistida é que profissionais de diversas áreas sejam ouvidos a fim de evitar erros uma vez que o tema é multidisciplinar.

Foi apontado no desenvolvimento do presente trabalho que já existem muitas leis sobre o tema em tramitação nas duas casas do Congresso Nacional, entretanto, a demora em aprovação tem trazido muitas incertezas uma vez que a falta de limites, leis, sanções pode colocar a existência humana em perigo, posto se tratar de tema de âmbito difuso e coletivo.

O embrião humano extra útero, embora represente material genético humano, não se trata de vida humana, tendo em vista que não possui todas as características para seu desenvolvimento, necessita de proteção jurídica, uma vez que, conforme dito ao longo do presente trabalho, uma alteração genética em uma célula germinativa pode ocasionar grandes males a todo o planeta.

O princípio da precaução deve estar sempre presente quando o assunto envolver experiências com seres vivos sejam seres humanos, plantas ou animais e mesmo após o início dos estudos, caso seja constatado possibilidade de dano, o ente estatal, exercendo seu poder de polícia, pode fazer cessar o mal.

O direito, embora seja uma ciência social, visto que existe devido às necessidades sociais, não consegue acompanhar sua evolução, ainda mais pelo fato de que a ciência, a tecnologia e as possibilidades do mundo atual mudam a todo instante, fazendo nascerem ainda mais necessidades legislativas.

Porém, aumentar as leis dentro do ordenamento jurídico brasileiro não será no todo suficiente para acabar com a insegurança presente no tema abordado, é preciso mais do que isso.

O homem é um ser social e, para que possa se relacionar com o mundo, precisa ter ao menos expectativas de direitos, precisa “ser” para poder exercer no âmbito social e fazer com que a sociedade se preocupe com os seus direitos.

Para “ser” é preciso que se formem pessoas mais conscientes acerca da importância da vida, do biodireito, da ética para a eficácia dos direitos fundamentais, ressaltando a dignidade humana, assim, é preciso que o tema seja abordado não apenas entre os estudantes de direito, como de outras tantas disciplinas ainda na graduação.

O biodireito ainda é na maioria das faculdades e universidades do país matéria optativa; quando é ofertado na matriz do curso de direito, fato que pouco acontece no país.

Durante muito tempo não foram valorizadas disciplinas propedêuticas durante a formação acadêmica, fato que contribui para a pouca ou quase nenhuma formação humana e consciente acerca do verdadeiro significado de se buscar acima de tudo a justiça.

Com a falta de conhecimento, quando se depara com um caso envolvendo questões como as analisadas na ADI 3510/08, muitos profissionais do mundo jurídico e de ciências afins ficam cheios de dúvidas e são facilmente convencidos pelos meios de comunicação de verdades muitas vezes oportunistas e irreais.

Educar não é tarefa fácil, entretanto, se a mudança não começar da base, os graduandos de hoje certamente estarão atuando na sociedade nos anos vindouros, julgando, acusando, enfim, contribuindo para com as fontes mediatas do direito através de julgados, que muitas vezes podem mudar os rumos de uma década, um século ou um milênio, ou, talvez, se envolver pesquisas com material humano, extinguir ou proteger para sempre a raça humana.

São muitos os exemplos de julgados que tem influenciado no cotidiano brasileiro e estrangeiro, como foi demonstrado no presente trabalho a liberação do aborto nos Estados Unidos advém de uma decisão da Suprema Corte daquele país, bem como a possibilidade de alguém ser indenizado pelo fato de ter nascido, jurisprudenciado na Corte de Cassação da França ou mesmo o fato de pais serem indenizados por terem perdido a chance de abortar um filho que nasceria com problemas de saúde ou mesmo saudável, mas advindo de falhas dos métodos contraceptivos.

Julgados podem ser injustos e até que uma lei entre em vigor para amenizar a aplicação de uma decisão tomada por desembargadores, muitos podem ser prejudicados. Tribunais com pessoas mal capacitadas podem trazer grandes prejuízos a uma infinidade de indivíduos, nascidos ou em face de nascer.

A Constituição Federal aponta ser de responsabilidade dos órgãos públicos fiscalizar todo e qualquer desenvolvimento de pesquisas com seres vivos, mas, como realizar tal fiscalização de forma realmente eficaz? Como garantir que nenhuma planta terá gene de animal ou humano?

É razoável que haja respeito ao direito de liberdade de exercer a profissão para a qual o indivíduo se preparou por anos, entretanto, tal fato jamais deve colocar em risco a vida humana ou de qualquer outro ser vivo.

A proteção do material genético humano deve estar presente em qualquer pesquisa na área, o princípio da precaução prevalece sobre a liberdade de se pesquisar e acima de tudo a dignidade humana e a vida prevalecem sobre quaisquer interesses fúteis, mesquinhos ou mesmo capitalistas do ser humano.

Embriões excedentes e inviáveis, caso não sejam destinados à pesquisas com células-tronco serão, na atual legislação nacional, desde que não haja mais interesse dos genitores em implantá-los em útero, não terão outro destino senão o lixo biológico. Já foi apresentado diversos argumentos a fim de comprovar que não se trata de vida, assim, tal medida também não pode ser punida, entretanto, ao invés disso serão encaminhados para pesquisa devidamente autorizada por órgãos governamentais e quem sabe em pouquíssimo tempo serão responsáveis por conceder melhor qualidade de vida a centenas de pessoas. Como pode haver mal em tal procedimento?

O bem de uns pode ser sacrificado para que a maioria fosse beneficiada, entretanto, com as pesquisas com células-tronco nem ao menos se está analisando pessoa ou vida, o que torna até mesmo posicionamentos contrários ao artigo 5º da Lei de Biossegurança uma afronta aos direitos fundamentais infundados.

Os avanços científicos fizeram nascer tempos de evolução muito rápida e muito mais trabalhoso do que positivar é efetivar direitos.

Garantir acesso à vida e à dignidade humana, educar todas as áreas da ciência, incluindo os profissionais do direito para a Era das manipulações genéticas ainda é um desafio que todos precisam contribuir, cada profissional na sua área. É hora de atuar e de preparar os indivíduos para as novas possibilidades a fim de que a humanidade e a individualidade de cada ser humano possam ser preservadas, acima de qualquer preço, pois, dignidade é humana e preço é objeto.

REFERÊNCIAS

- AHMAD, Roseli Borin Ramadan. Identidade genética e exame de DNA. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- ALARCÓN, Pietro de JesúsLora. Patrimônio Genético Humano e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVES, Jones Figueirêdo. A maternidade limitada. In: IBDFAM. Disponível em: www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/883#, acessado dia 10.06.2013.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: Curso de direito da criança e do adolescente - aspectos teóricos e práticos. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coordenadora). 5 ed. rev. e atual. conforme Lei n. 12.010/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ANDORNO, Roberto. Suicídio assistido na Suíça. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 339-347.
- ARARIPE, Jales de Alencar. Direitos da personalidade: uma introdução. In: Direito Civil Constitucional – Caderno 3. Renan Lotufo (coordenador). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 211-235.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. In: Direito civil no século XXI. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa (coordenação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55-72.
- BARBOZA, Heloísa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. In: Bioética e direitos da pessoa humana. Gustavo Pereira Leite Ribeiro e Ana Carolina Brochado Teixeira (coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 53-66.
- BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21-62.
- BEZERRA, Elton. Médico pode seguir vontade do paciente terminal. In: Consultor Jurídico. Boletim de notícias de 01.04.13. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-02/justica-federal-goias-valida-norma-cfm-pacientes-terminais>, acessado dia 08.04.2013.
- BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Regina Lyra. Campus: São Paulo, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlete George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 59-75.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos de personalidade e bioética. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148-184.

_____. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. In: In: Direito Civil Constitucional – Caderno 3. Renan Lotufo (coordenador). São Paulo: Malheiros, 2002. p.315-334.

BRASIL. Constituição Federal: de 05 de outubro de 1988. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm, acessado dia 20.07.2012.

_____. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 408 de 09 de junho de 2005. Autoria do Sr. Durval Orlato e outros. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, dispondo sobre o direito à vida e vedando a clonagem humana. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288980>, acessado dia 09.04.2013.

_____. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 571 de 29 de outubro de 2002. Autoria do Sr. Paulo Lima e outros. Acrescenta o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=90438>, acessado dia 16.04.2013.

_____. PROJETO DE LEI nº 1135 de 28 de maio de 2003. Autoria Dr. Pinotti e outros. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>, acessado dia 16.04.2013.

_____. PROJETO DE LEI nº 1184 de 03 de junho de 2003. Autoria Senador Lucio Alcantara. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>, acessado dia 16.04.2013.

_____. PROJETO DE LEI nº. 2061 de 24 de setembro de 2003. Autoria Deputada Maninha. Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835>, acessado dia 16.04.2013.

_____. PROJETO DE LEI nº 478 de 19 de março de 2007. Autoria de LuixBassuma e Miguel Martini. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>, acessado dia 29.06.2013.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 175-192.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2 ed. Portugal/Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASSIERS, Léon. Dignidade do embrião humano. In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 193-207.

CATÃO, Marconi do Ó. Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

CAYLA, Oliver. THOMAS, Yan. Il diritto di non nascere – a proposito del caso Perruche. Traduzione di Laura Colombo. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

CHINELLATO, Silmara Juny. O nascituro e a reprodução humana assistida no Código Civil. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Giovanni Ettore Nanni (coordenador). São Paulo: Atlas, 2008. p. 197-233.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010. (Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79). A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm, acessado dia 19.03.2013.

_____. RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013. (Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119). Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf, acessado dia 14.05.2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Missão, vida e valores: Juramento de Hipócrates. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>, acessado dia 22.01.2013.

COORDINAMENTO NAZIONALE DIRIGENTI MINISTERIALI. La tutela del diritto a nascere sani” – Cass. civ., n. 16754/2012 – R.K P&D.IT. Disponível em: http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/2554/++la_tutela_del_diritto_.pdf, acessado dia 05.02.2013.

COSTA, Laiz Marrão Batista da. Limites existenciais do direito – reflexões sobre a lei anti-Perruche e o direito de não nascer. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Rio de Janeiro: PUC, 2012.

CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. O princípio constitucional da laicidade: a liberdade religiosa e sua efetividade. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito).– Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2011. Disponível em: <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/694/O%20princ%C3%ADpio%20constitucional%20da%20laicidade%3a%20a%20liberdade%20religiosa%20e%20sua%20efetividade.pdf?sequence=1>, acessado dia 07.04.2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DALL’AGNOL, Darlei. Bioética. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

DANTAS, Ivo. Constituição e bioética (breves e curtas notas). In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 77-119.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DI CIOMMO, Francesco. Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”. La Corte di cassazione in vena di *revirement*? - CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741 - Pres. Varrone - Est. Spagna Musso - P.M.Salvi (conf.). In: Danno e responsabilità – Giurisprudenza Responsabilità sanitaria. 2/2010. Disponível em: <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-LAW-27-2010.pdf>, acessado dia 17.02.2013.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 7. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: 2010.

_____. Questão ético-jurídica da pesquisa científica em embriões humanos. In: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Giovanni Ettore Nanni (coordenador). São Paulo: Atlas, 2008. p. 03-16.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ELIAS, Roberto João. Direitos fundamentais da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ, Anna Cláudia Brandão de Barros Correia. Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FERRAZ, Carolina Valença. Biodireito: a proteção jurídica do embrião – *in vitro*. 1 ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobiánchi. O início da vida para proteção jurídica sob os ditames da Constituição e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. In: Biodireito constitucional – questões atuais. Maria Garcia. Juliane Caravieri Gamba. Zélia Cardoso Montal (Coordenadoras). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15-37.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. DIAFÉRIA, Adriana. Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FLEINER-GERSTER, Thomas. Teoria Geral do Estado. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSECA, Lilian Simone Godoy. Hans Jonas e a responsabilidade do homem frente ao desafio biotecnológico. Tese (doutorado) apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito à obtenção do título de Doutor em Filosofia. Linha de

Pesquisa: Filosofia da Ciência. Orientador: Prof. Dr. Ivan Domingues. 468 f. Universidade Federal de Minas Gerais: UFMG, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze *et al.* Novo curso de direito civil – responsabilidade civil 3. 10 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALVÃO, Antônio Mesquita. Bioética: a ética a serviço da vida – uma abordagem multidisciplinar. Aparecida/SP: Editora Santuário, 2004.

GARCIA, Maria. Bioética e o princípio da autonomia: a maioria kantiana e a condição do autoconhecimento. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. Bioética e direitos fundamentais (org.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63-76.

GAUER, Ruth M. Chitto, *et al.* História das ideias: ciência ou ficção? O direito penal e o comércio de órgãos humanos. In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlete George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 351-363.

GIACÓIA JÚNIOR -a, Oswaldo. *Hans Jonas*: por que a técnica moderna é um objeto para a ética. In: Revista Natureza Humana. v.1 n.2 São Paulo dez. 1999. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1517-24301999000200007&script=sci_arttext, acessado dia 07.04.2013.

_____-b. A visão da morte ao longo do tempo. in: Medicina (Ribeirão Preto). *Simpósio: morte: valores e dimensões*. 2005; 38 (1): Capítulo I. Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto. p. 13-19. Disponível em: Http://www.fmrp.usp.br/revista/2005/vol38n1/1_a_visao_morte_longo_tempo.pdf, acessado dia 07.04.2013.

GODOY, Gabriel Gualano de. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. 2007. 133 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2007.

GOSSERIES, Axel. Lo scetticismo sui diritti della generazioni future è giustificato? Disponível em: <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/GosseriesProofs2008Jovene.pdf>, acessado dia 13.02.2013.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (organizadores). O consentimento informado como direito de personalidade. In: Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e a contestação de paternidade. In: Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização. Anna Candida da Cunha Ferraz (organizadora). Osasco/SP: Edifício, 2006. p.217-241.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUERRI, Elena. Il bambino nato malformato ha diritto al risarcimento del danno alla salute? Cassazione, Sez.III, 11 maggio 2009, n. 10741 e n°16754, 2 ottobre 2012, a confronto. Disponível em: http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/2616/+il_bambino_malformato_.pdf, acessado dia 12.02.2013.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 45-104.

HABERMAS, Jünger. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução: Karina Jannini. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002.

HALL, John Edward. Tratado de fisiologia médica. 12. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HERRERA, Luiz Henrique Martim. Educação jurídica no constitucionalismo do século XXI. 2012. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2012. Disponível em: http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/845/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Luiz%20Henrique%20Martim%20Herrera_2012_.pdf?sequence=1, acessado dia 07.04.2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In: Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional – anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. Gustavo Tepedino (organizador). São Paulo: Atlas, 2008. p. 311-319.

JONAS, Hans. Matéria, espírito e criação: dados cosmológicos e conjecturas cosmogônicas. Trad. Wendell Evangelista Soares Lopes. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.

_____. O princípio responsabilidade – ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto : ed. Puc-Rio, 2011.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. 2reimp. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Começo conjectural da história humana. São Paulo: Unesp, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 7 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KOLM, Serge-Christophe. Teorias modernas da justiça. Tradução: Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução: José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. MORGATO, Melissa Cabrini. Clonagem humana, um dano aos princípios constitucionais que orientam o Estado Democrático e Social de Direito. In: Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Dirceu Pereira Siqueira e José Roberto Anselmo (organizadores). Birigui-SP: Boreal Editora, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Inseminação *post mortem* e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina: do equívoco ético ao comprometimento jurídico. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 187-207.

LEITE, George Salomão. Ensaio sobre bioética constitucional. In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 45-58.

LÔBO, Paulo. Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Das pessoas naturais. In: Teoria geral do direito civil. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2008. p. 218-241.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. Introdução do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUCHESE, Celso Umberto. Considerações sobre o princípio da precaução. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2011.

LUSTIGER, Jean-Marie. Tornai-vos dignos da condição humana – ética, religião e política. Trad. Luís Fernando Gonçalves Pereira. São Paulo: Paulinas, 1997.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2010.

MASCARIN, Karina Sanches. Alimentos transgênicos – normatização e regulamentação jurídica. 129 f. Dissertação (Mestrado). 2006. – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2006. Disponível em: <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/678/Alimentos%20Transg%C3%AAnicos%20%E2%80%93%20normatiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADica.pdf?sequence=1>, acessado em 05.04.2013.

MELO, Helena Pereira de. O diagnóstico pré-natal e o eugenismo. In: Bioética e direitos da pessoa humana. Gustavo Pereira Leite Ribeiro e Ana Carolina Brochado Teixeira (coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.149-195.

MONTEIRO, Mariana -a. Sus não é obrigado a pagar reprodução assistida, mas projetos podem mudar isso. In: Agência Câmara Notícias – 03.01.2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433729-SUS-NAO-E-OBRIGADO-A-PAGAR-REPRODUCAO-ASSISTIDA,-MAS-PROJETOS-PODEM-MUDAR-ISSO.html>, acessado dia 08.04.2013.

_____-b. Parlamentares e médicos divergem sobre barriga de aluguel e descarte de embriões. In: Agência Câmara Notícias – 03.01.2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433728-PARLAMENTARES-E-MEDICOS-DIVERGEM-SOBRE-BARRIGA-DE-ALUGUEL-E-DESCARTE-DE-EMBRIOS.html>, acessado dia 08.04.2013.

_____-c. Falta de normas sobre reprodução assistida levou a crimes como os de Roger Abdelmassih. In: Agência Câmara Notícias – 03.01.2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/433724-FALTA-DE-NORMAS-SOBRE-REPRODUCAO-ASSISTIDA-LEVOU-A-CRIMES-COMO-OS-DE-ROGER-ABDELMASSIH.html>, acessado dia 08.04.2013.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORGATO, Melissa Cabrini. Bioética e Direito: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NEGRÃO, Theotonio *et al.* Código Civil e legislação civil em vigor. 26 ed. atual. até 16 de janeiro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 225-240.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O nascituro e os direitos de personalidade. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012.

NOVAIS, Elma Soares Souza. A inviolabilidade do direito a vida no Estado de Direito: uma análise dos dispositivos constitucionais da garantia do direito a vida. 100f. Dissertação (Mestrado). – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2009. Disponível em: <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/681/A%20Inviolabilidade%20do%20Direito%20a%20Vida%20no%20Estado%20de%20Direito%3a%20Uma%20an%C3%A1lise%20dos%20dispositivos%20constitucionais%20da%20garantia%20do%20direito%20a%20vida.pdf?sequence=1>, acessado dia 07.04.2013.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Indenização por danos morais ao nascituro. In: Direito civil no século XXI. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa (coordenação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145-166.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. A proteção constitucional do embrião: uma leitura a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Ézio Luiz. Na teia do direito. 1 ed. Leme/ São Paulo: Edijur, 2004.

PEREIRA, Lygia da Veiga. Clonagem – fatos e mitos. São Paulo: Moderna, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira. . In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 237-261.

POZZOLI, Lafayette *et al.* Dignidade da pessoa humana e ética social: a função promocional do direito. In: Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição Federal e suas previsões sociais. Dirceu Pereira Siqueira e Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior (organizadores). 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2011. p. 217-234.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, v.02: Parte especial. 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2011.

R7. Estudo mostra capacidade das células-tronco sanguíneas de reagir a emergências Disponível em: <http://www.whojeemdia.com.br/noticias/ci%C3%A4ncia-e-tecnologia/estudo-mostra-capacidade-das-celulas-tronco-sanguineas-de-reagir-a-emergencias-1.111177>, acessado dia 20.06.2013.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes *et al.* O princípio constitucional da liberdade e a função promocional do direito. In: Direitos humanos e fundamentais e doutrina social. Ivanildo Santos e Lafayette Pozzoli (organizadores). 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2012. p. 50-67.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrongactions no início da vida (wrongfulconception, wrongfulbirth e wrongfullife) e a responsabilidade médica. In: Revista Portuguesa do Dano Corporal. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.n. 21, 2010. p. 61-99. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210>, acessado dia 27.01.2013.

RICCI, Luiz Antonio Lopes. Direitos humanos, doutrina social e bioética – relação que potencializa o reconhecimento e tutela da dignidade humana. In: Direitos humanos e fundamentais e doutrina social. Ivanildo Santos e Lafayette Pozzoli (organizadores). 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2012. p. 01-09.

RIZZATTO, Nunes. Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese. 8 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: O direito à vida digna. Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174.

RODOTÁ, Stefano. La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta S/A, 2010.

ROSA, Guilherme. JANJACOMO, Mariana. Pesquisadores usam técnica de clonagem para criar células-tronco embrionárias humanas. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/pesquisadores-usam-tecnica-de-clonagem-para-criar-celulas-tronco-embrionarias-humanas>, acessado dia 17.06.2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011.

SANDOVAL, Gabriella. Congelar o cordão vale a pena? In: Revista Veja. Edição 2.270, ano 45, nº 21, de 23 de maio de 2012. São Paulo: Abril, 2012. p. 96-98.

SANTOS, Ivanaldo. Direitos humanos e aborto – perspectivas para o século XXI. In: Direitos humanos e fundamentais e doutrina social. Ivanildo Santos e Lafayette Pozzoli (organizadores). 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2012. p. 24-36.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação – rumo à imortalidade? Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 13-44.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 15-44.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 7 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIANO, Caterina. Medical malpractice e tutela del nascituro. In: La Responsabilita' Civile - LE SENTENZE ANNOTATE - Medico (responsabilita' del). Ottobre/2009. p. 810-825. Disponível em: http://www.scienzepolitiche.uniba.it/area_docenti/documenti_docente/materiali_didattic/i/117_Medical_malpractice_e_tutela_del_nascituro.pdf, acessado em 13.02.2013.

SILVA, Camila Barreto Pinto. Transplante de órgãos e tecidos e a morte encefálica. In: Biodireito constitucional – questões atuais. Maria Garcia. Juliane Caravieri Gamba. Zélia Cardoso Montal (Coordenadoras). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 03-14.

SILVA, Ivan de Oliveira. Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro. São Paulo: Pillares, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. Crimes genéticos, genoma humano e direitos humanos de solidariedade. . In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlete George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 263-299.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.510 de 29 de maio de 2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>, acessado dia 18.03.2013.

TRANQUILIM, Cristiane. A terapia gênica como direito fundamental à saúde. . In: Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Sarlete George Salomão Leite (organizadores). São Paulo: Método, 2008. p. 209-235.

VENDRAME, Alan *et al.* Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição Federal e suas previsões sociais. Dirceu Pereira Siqueira e Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior (organizadores). 1 ed. Birigui/SP: Boreal, 2011. p. 1-19.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Direito civil – responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011-a.

VIOLA, Mario. A manipulação genética e o contrato de seguro. In: Diálogos sobre direito civil – volume II. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZATZ, Mayana. Negócio da China: injeções de esperança. In: Revista Veja Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/genetica/arquivo/negocio-da-china-as-injecoes-de-esperanca/>, acessado dia 29.06.2013.