



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ANA CLAUDIA BRANDÃO DE BARROS CORREIA FERRAZ

**O “BEBÊ SALVADOR” E A SUA PROTEÇÃO COMO SUJEITO DE DIREITO
INTERGERACIONAL**

**Recife
2018**

ANA CLAUDIA BRANDÃO DE BARROS CORREIA FERRAZ

**O “BEBÊ SALVADOR” E A SUA PROTEÇÃO COMO SUJEITO DE DIREITO
INTERGERACIONAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior

Recife
2018

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira CRB/4-1736

F368b Ferraz, Ana Claudia Brandão de Barros Correia.
O bebê salvador e a sua proteção como sujeito de Direito Intergeracional /
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz. – 2018.
224 f.

Orientador: Torquato da Silva Castro Júnior.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.
Inclui referências.

1. Direito. 2. Direitos Humanos. 3. Biotecnologia. 4. Reprodução Humana.
5. Eugenia. I. Castro Júnior, Torquato da Silva (Orientador). II. Título.

340 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2019-15)

ANA CLAUDIA BRANDÃO DE BARROS CORREIA FERRAZ

O “BEBÊ SALVADOR” E SUA PROTEÇÃO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERGERACIONAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Aprovada em: 10/12/2018

Prof^o Dr. Torquato da Silva Castro Júnior (orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o Dr. Josimário João da Silva (Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o Dr. Ricardo Chueca Rodriguez (Examinador externo)
Universidad de Zaragoza

Prof^o Dr. Silvano José Gomes Flumignan (Examinador externo)
Universidade de Pernambuco

Prof^o Dr. Silvio Romero Beltrão (Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o Dr. Venceslau Tavares Costa Filho (Examinador externo)
Universidade de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu saúde e disposição para seguir a minha jornada;

A minha família maravilhosa, que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos (Meus pais, Eurico e Edina, meus irmãos Adriana e Euriquinho, meu marido Luciano e meus amados filhos Nanda e Lucianinho);

Aos amigos queridos de todas as horas, Adri (amiga irmã), Pat, Amaury, Érika, Sandra, Alessandra, Eli, Danilo.... E tantos outros que embora não nominados, moram no meu coração;

A minha equipe da 29ª Vara Cível, Seção B, de Recife-PE, pelo apoio e dedicação;

Ao meu orientador e aos demais professores do PPGD que tanto me auxiliaram e com os quais eu tive o prazer de aprender; aos professores Francisco Queiroz e Marcos Nóbrega, sempre disponíveis;

Um agradecimento especial, ao Professor Ricardo Chueca, da Universidade de La Rioja, Espanha, pela acolhida e disponibilidade constante, apesar da distância e ao Professor Rafael Leal-Arcas, pelo apoio durante o meu período de estudos na Queen Mary University of London.

RESUMO

O tempo atual é marcado pela preocupação do homem com a vida e a saúde, de modo a evitar o sofrimento, buscando melhor qualidade de vida e longevidade. Diante dos avanços médico-científicos e da disseminação das técnicas de reprodução humana assistida, que permitiram a manipulação da vida humana em laboratório, em proporções nunca antes imaginadas, emerge a necessidade de serem discutidos o próprio conceito de vida humana e os limites ético-jurídicos à utilização das novas tecnologias aplicadas à medicina. Não se pode, inviabilizar as pesquisas, em face da liberdade de investigação científica, tendo como principal limitador o princípio da dignidade humana. De início, apresenta-se o cenário jurídico da pessoa e da personalidade jurídica e a análise da proteção dispensada à vida humana pelo ordenamento jurídico pátrio. A partir da análise do caso do “bebê salvador”, discutem-se os dilemas éticos da técnica que visa ao nascimento de um novo ser para servir como tratamento/cura de uma criança doente, frequentemente entre irmãos, através da realização do diagnóstico pré-implantacional e seleção embrionária, hábil a garantir a compatibilidade HLA entre os envolvidos. O direito à procriação, pela via artificial, é uma das dimensões do direito ao planejamento familiar que garante a liberdade reprodutiva, que deve ser exercida, no entanto, em consonância com os princípios da parentalidade responsável e da solidariedade familiar, os quais servem como justificativa para permitir ou limitar o nascimento do bebê salvador, a partir do alcance que se dá a cada um. No mesmo sentido, a preocupação com a configuração de uma oportunidade para o nascimento de *designer babies* e o perigo de eugenia tornam necessária a distinção entre o que é considerado tratamento e o que é melhoramento. Reconhece-se que o caso do bebê salvador requer a ponderação do melhor interesse da criança enferma em face daquela que poderá nascer para salvá-la, que representa as futuras gerações. O “bebê salvador” enquanto futura geração e sujeito de direito intergeracional goza de proteção jurídica contra a sua instrumentalização.

Palavras-chave: Avanços biotecnológicos. Reprodução Humana Assistida. Bebê salvador. Dignidade da pessoa humana. Autonomia e planejamento familiar. Limites. Futuras gerações. Proteção do sujeito de direito intergeracional..

ABSTRACT

The present time is marked by man's concern with life and health, so as to avoid suffering, seeking a better quality of life and longevity. The medical-scientific advances and the dissemination of assisted human reproduction techniques, which have allowed the manipulation of human life in a laboratory in unprecedented proportions, gave rise to the need to discuss the very concept of human life and the ethical-legal limits to the use of new technologies applied to medicine, without, however, making research impossible, as well as the principle of freedom in scientific research, which must respect the principle of human dignity. At the outset, it presents the juridical scene of the person and the legal personality and the analysis of the protection given to human life by the juridical system. The ethical dilemmas of the technique that aims at the birth of a new being to serve as a treatment/cure of a sick child, often between siblings, through the pre-implantation diagnosis and embryo selection, able to guarantee HLA compatibility among those involved are discussed. The right to artificial procreation is one of the dimensions of the right to family planning that guarantees reproductive freedom, which must be performed, however, in accordance with the principles of responsible parenthood and family solidarity, which serve as justification to allow or limit the birth of the "saviour sibling", from the reach that is given to each one. In the same sense, the concern with the configuration of an opportunity for the birth of designer babies and the danger of eugenics make necessary the distinction between what is considered treatment and what is enhancement. It is recognized that the case of the "saviour sibling" requires take in consideration the best interest of the sick child in the face of that which could be born to save it, who represents the future generations. The saviour sibling, as a future generation and subject of intergenerational rights, deserves legal protection against its instrumentalization.

Keywords: Biotechnological advances. Assisted Human Reproduction. Saviour sibling. Dignity of human person. Autonomy and family planning. Limits. Future generations. Protection of the subject of intergenerational rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PESSOA HUMANA E SUA PROTEÇÃO: ANTIGOS PROBLEMAS E NOVOS DILEMAS	15
2.1 O início da pessoa humana segundo a medicina e sua repercussão no Direito: dúvidas e incertezas.....	15
2.2 A pessoa como fundamento da bioética.....	38
2.2.1 Bioética: uma definição ainda pendente.....	38
2.2.2 Os fundamentos da bioética: principais correntes	42
2.2.2.1 O <i>princípio</i>	42
2.2.2.2 A <i>ética da virtude</i>	47
2.2.2.3 O <i>utilitarismo</i>	50
2.2.2.4 O <i>contratualismo</i>	54
2.2.2.5 O <i>personalismo</i>	56
2.2.2.6 <i>Bioética e transumanismo</i>	59
2.3 A proteção da pessoa e liberdade científica: da bioética ao biodireito.....	65
3 PESSOA E PERSONALIDADE JURÍDICA	75
3.1 Historiografia jurídica da pessoa humana e dos direitos da personalidade..	75
3.2 Início da personalidade jurídica perante o ordenamento jurídico brasileiro e principais correntes doutrinárias	97
3.3 A necessária distinção entre sujeito de direito e pessoa	100
3.4 A proteção da vida humana em formação	108
3.5 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade como proteção máxima da pessoa.....	115
4 DOS AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS À CURA ATRAVÉS DE UM NOVO SER120	
4.1 O que é o “bebê salvador”?	120
4.2 Questionamentos ético-jurídicos: instrumentalização do novo ser?.....	126
4.3 Regulação: disciplinamento da matéria nos diplomas estrangeiros (Europa e Eua) e o cenário jurídico brasileiro.....	134

4.4 Autonomia (liberdade) reprodutiva e o livre desenvolvimento da personalidade	143
4.4.1 Sentido e alcance do livre planejamento familiar	143
4.4.2 O “bebê salvador” como exercício da liberdade (autonomia) reprodutiva	150
4.4.3 O princípio da parentalidade responsável e da solidariedade familiar como justificativa para o nascimento do “bebê salvador” ou para a sua limitação.....	154
5 O “BEBÊ SALVADOR” COMO FUTURAS GERAÇÕES: DA PROTEÇÃO AO SUJEITO DE DIREITO ATUAL À PESSOA FUTURA	165
5.1 O “bebê salvador” como oportunidade para o surgimento de uma futura geração de “designer babies”: a necessária distinção entre tratamento e melhoramento.....	165
5.2 A preocupação com a eugenia e preservação das futuras gerações.....	171
5.3 As futuras gerações como sujeito de direito.....	178
5.4 A proteção ao “bebê salvador” como futura geração.....	193
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	199
REFERÊNCIAS.....	203

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos a medicina se baseava em um modelo simples de funcionamento consistente em reparar os males produzidos pelas enfermidades nos seres vivos. Seu marco de pensamento era, portanto, exclusivamente terapêutico. Na antiguidade grega, por exemplo, o médico se preocupava com a harmonia do corpo biológico do mesmo modo que o juiz se preocupava com a harmonia do corpo social. Buscava-se curar o paciente para que ele tivesse melhor qualidade de vida e pudesse retornar à “normalidade” de sua saúde, reconhecendo-se as limitações humanas no sentido de que o destino final e inevitável seria a morte para dar lugar a outras gerações.¹

Em pouco tempo as inovações que surgiram nesse campo da ciência, em especial, no campo da reprodução humana assistida, através das técnicas como inseminação artificial, fertilização *in vitro*, barrigas de aluguel, descarte seletivo de embriões e com o mapeamento do genoma humano acabaram por colocar a humanidade diante de situações até pouco tempo inimagináveis, como a possibilidade de terapias gênicas e clonagem.

E, se por um lado, a manipulação genética trouxe esperança de cura para várias doenças e de melhoria da qualidade de vida, por outro, trouxe, também, uma série de angústias e incertezas que merecem atenção especial por parte da sociedade.

O homem passou a se empoderar do próprio corpo e a luta pela qualidade de vida passa a se transformar numa luta pela longevidade e, na visão dos transumanistas, pela imortalidade.

Assim, as inovações apresentam um duplo caráter: de proteção e de afronta a diversos princípios de direitos humanos, já que incluem situações de proteção a eles e de ofensa ao núcleo axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ FERRY, Luc. **La revolución transhumanista**. Como la medicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas. Traducción de Alicia Martorell. Madrid: Alianza Editorial, 2017, p. 14.

Consequentemente, é natural e necessário que se despertem preocupações ético-jurídicas acerca de tais progressos, buscando-se eleger o valor maior a ser protegido.

Na lição de Emmanuel Kant, constata-se que é a própria pessoa humana esse valor maior. Para ele, a ideia de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, sendo a autonomia fundamento da dignidade do homem, sustentando que o ser humano não pode ser considerado um objeto, pois as pessoas devem ser consideradas como um fim em si mesmo, e não como meio, ou seja, o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio em nenhuma hipótese.²

Isso deve ser aplicado em todas as suas ações, as que se dirigem a ele mesmo e aos outros, logo o valor de todos os objetos que o ser humano possa adquirir pelas próprias ações é condicional.

Significa dizer que o ser humano é livre para realizar pesquisas com a finalidade de preservar a espécie humana, descobrindo curas para as doenças, desenvolvendo tecnologias que possam trazer qualidade de vida às pessoas, sem, contudo, olvidar a responsabilidade perante as futuras gerações, que possuem direito à preservação do patrimônio genético.

Nesse contexto, como delimitação objetiva, a presente tese põe em discussão a utilização da técnica do diagnóstico pré-implantação com seleção embrionária, para a escolha de ser humano com compatibilidade HLA, com outro enfermo para que células daquele sejam utilizadas no tratamento do doente - chamado de “bebê salvador” ou “bebê medicamento” - em confronto com a autonomia reprodutiva inerente à liberdade do planejamento familiar, aos princípios da parentalidade responsável, da solidariedade e do melhor interesse da criança consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No caso do “bebê salvador”, quais os limites impostos ao planejamento familiar? Cabe ao Estado questionar as razões pelas quais se tem filhos? A opção dos pais pelo nascimento do “bebê salvador” está inserida no dever de zelar pela saúde dos filhos, decorrente da parentalidade responsável? Há como se reconhecer qualquer proteção a

² KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Contendo a doutrina do direito e a Doutrina da Virtude. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003, p.32.

uma criança que sequer nasceu? E se nascida ela goza de alguma autonomia quanto à submissão a tratamentos “salvadores” ou deve-lhe ser cobrada igualmente a solidariedade familiar?

Esses questionamentos estabelecem um marco teórico como ponto de partida que consiste na existência de limites para a preservação da saúde e da vida humana, assim como da liberdade reprodutiva, sob a perspectiva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade coerente com a liberdade científica e, em último fim, com a proteção à pessoa e com o princípio da dignidade humana, fundamento da ordem constitucional brasileira.

A possibilidade de alteração da natureza humana coloca em questão a ética do direito das gerações futuras, exigindo que se pense a respeito de quais valores devem ser apreciados pela sociedade a fim de garantir um futuro saudável à humanidade. É evidente que para resgatar esta valoração ética é necessário esclarecer qual o critério que se busca preservar como mais caro e essencial à sociedade.

Nesse sentido, deve-se partir da necessidade de que categorias jurídicas como pessoa e sujeito de direito sejam interpretadas nas relações jurídicas de maneira condizente com a base ideológica jurídica de nosso sistema que consagra a dignidade humana como fundamento para qualquer atuação, ainda que num cenário de respeito às liberdades individuais e da autodeterminação.

A partir desse marco teórico, inicia-se o primeiro capítulo com a discussão a respeito do conceito de vida humana para a medicina e qual o impacto que esse conceito produz no Direito, assim como é concebido pela dogmática moderna. Procura-se demonstrar a interpretação que vem sendo dada pela jurisprudência a partir de duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, quando foram objeto de análise os temas de pesquisa com células-tronco embrionárias e do aborto do feto anencéfalo. Em seguida, encaram-se as diversas perspectivas da Bioética sobre pessoa humana, até o surgimento do chamado Biodireito pela necessidade de se positivar valores encampados pela sociedade contemporânea, tendo como fundamento primordial a proteção da pessoa humana e, em último fim, de toda a humanidade. Evidentemente,

diante dos avanços biotecnológicos já mencionados há de se pensar como conciliar liberdade científica e proteção à vida.

No segundo capítulo, faz-se uma retrospectiva histórico-jurídico do termo pessoa e da personalidade jurídica, pontuando o dissenso terminológico que envolve também o conceito de sujeito de direito, visando reafirmar a mutabilidade dos valores encampados pelo Direito nas diferentes fases e épocas da humanidade. Tal ação é imprescindível, pois a partir do entendimento das razões do passado, a normatização de condutas no presente pode ser legitimada e justificada, proporcionando ao pesquisador a possibilidade de questioná-la e de propor novas soluções aos problemas. Nesse contexto, atenta-se para a proteção jurídica da vida humana em formação, em seus diversos estágios, em especial a problemática do nascituro e do embrião humano. No âmbito do direito brasileiro, impera a confusão sobre a natureza jurídica do embrião, o que gera um quadro de insegurança jurídica, deixando à margem de proteção efetiva a vida, nesse estágio incipiente. De outro turno, a proteção à pessoa manifesta-se em sua integralidade através da garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade e consubstanciada na autonomia ou liberdade de cada indivíduo quanto as suas escolhas em todos os aspectos de sua vida, inclusive quanto à saúde.

No terceiro capítulo, busca-se esclarecer o objeto propriamente dito da tese, explicando-se o conceito de “bebê salvador”, a utilização da técnica de fertilização “in vitro” com seleção embrionária através da realização do diagnóstico pré-implantacional, para checagem da compatibilidade HLA entre os irmãos, que servirá como doador de células-tronco oriundas do cordão umbilical, utilizadas no intuito de curar a criança doente. A partir daí surge a discussão sobre a eticidade e juridicidade de tal prática, expondo-se os pontos e contrapontos favoráveis e desfavoráveis à mesma. Nesse contexto, visita-se o cenário legislativo em alguns países da Europa e nos Estados Unidos que permitem a realização da técnica, e a situação do direito brasileiro no qual, consoante dito anteriormente, não há lei sobre reprodução assistida, gerando uma situação de insegurança jurídica grave no que tange à garantia da dignidade humana. Examina-se a problemática do “bebê salvador” à luz da família contemporânea e princípios que regem as relações nela travadas, com destaque para os princípios da autonomia no planejamento familiar, da parentalidade responsável, da solidariedade e

do melhor interesse da criança, identificando os limites estabelecidos pelo sistema jurídico brasileiro, de modo a justificar ou rejeitar o nascimento do “bebê salvador”. É certo que é garantida a liberdade no planejamento familiar, assim como os pais têm o dever de zelar pela saúde e pelo bem-estar de seus filhos, mas quais os limites do exercício dessa liberdade e, ainda dessa parentalidade responsável? É preciso verificar quais sacrifícios envolvidos e que valores éticos-jurídicos eles afetam, procedendo-se à ponderação entre os interesses jurídicos em conflito.

Por fim, o quarto capítulo aprofunda o objeto da discussão a partir do reconhecimento da necessidade de proteção das futuras gerações, enquanto sujeito de direitos, em face das novas biotecnologias médicas, para garantir a preservação do patrimônio genético e, em última instância, da própria humanidade. Nesse sentido, apontam-se soluções para a proteção do “bebê salvador”, enquanto sujeito de direito intergeracional. Para concretizar tal intento, alerta-se para o reconhecimento, pela dogmática jurídica, das futuras gerações como sujeito de direitos, que representam a continuidade da espécie humana. A proteção do patrimônio genético é direito de toda humanidade, independentemente do lugar e da época em que vive o ser humano, impondo-se o reconhecimento de uma relação jurídica intergeracional, da qual exsurtem deveres para as gerações atuais para com as gerações futuras, baseados nos princípios da responsabilidade e da solidariedade. E, em direção à conclusão, é nessa categoria que se propõe o enquadramento do “bebê salvador”, não como um sujeito de direito determinado, mas cuja compreensão deve envolver todo aquele ser humano (futura geração – sujeito de direito atual) que irá nascer (pessoa futura) para servir como tratamento a outrem, a merecer a proteção legal contra a coisificação.

Por oportuno, destaque-se que o método empregado neste trabalho é o dedutivo, já que se parte dos conceitos da bioética, das normas deontológicas e das normas jurídicas (regras e princípios) para abordar os diversos problemas que envolvem as questões relacionadas à saúde, à vida e à personalidade jurídica.

2 PESSOA HUMANA E SUA PROTEÇÃO: ANTIGOS PROBLEMAS E NOVOS DILEMAS

2.1 O início da pessoa humana segundo a medicina e sua repercussão no Direito: dúvidas e incertezas

O que é a vida humana? Quando ela se inicia? Tais questionamentos englobam opiniões de ordem religiosa, filosófica, jurídica e biológica e geram debates em todo mundo, não tendo havido consenso sobre o tema.

Ainda antes do nascimento de Cristo, já se procurava entender sobre o início da vida. Platão acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento. Aristóteles, por sua vez, afirmava que a vida começava com o primeiro movimento no útero materno. Apoiado por grandes teólogos da época como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho teve sua teoria aceita pela igreja por muito tempo, até que por volta de 1869, o papa Pio IX, chefe da igreja católica, estabeleceu como o marco do início da vida o momento da fecundação. Ainda assim, o embate continua até os dias atuais.³

Do ponto de vista médico-científico, não há consenso sobre o momento em que ela se inicia. Apontam-se cinco principais correntes científicas acerca do início da vida. A primeira, a corrente genética, defende que a vida se inicia com a fecundação entre espermatozoide e óvulos, que juntos passam a formar um novo ser único e irrepetível. É a teoria que possui mais adeptos e defendida pela religião católica e por algumas protestantes. Em defesa de tal visão, o prof. Dernival da Silva Brandão explica:

[...] A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma matéria germinante. Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma

³ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor., Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/viewFile/13499/12917>. Acesso em: 24 maio 2018.

pessoa em potencial que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Por quê? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é, amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo”.⁴

Também no mesmo sentido Keith Moore:

[...] A vida humana começa na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino, o espermatozoide, se une a um gameta feminino, ou ovócito (óvulo), para formar uma única célula chamada zigoto. Essa célula onipotente, altamente especializada, marca o início de cada um de nós como um indivíduo único”. “Um zigoto é o início de um novo ser humano (isto é, um embrião)⁵

Jérome Lejeune afirma que a “fecundação é o marco da vida” e que aceitar o fato de que, depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião, não é uma disputa metafísica, mas uma simples evidência experimental. Note-se que a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948, adotou como princípio o respeito da vida humana desde a concepção.⁶

A segunda, a corrente embrionária, defende que a vida humana se inicia com a gastrulação, que ocorre em média três semanas após à fecundação, quando o embrião, formado por três camadas distintas de células, chega ao útero, quando estaria estabelecida a individualidade humana, já que até este período o embrião pode dar origem a dois ou mais embriões.

A terceira corrente, a corrente neurológica, defende que a vida se inicia a partir das primeiras atividades cerebrais, entretanto, o início destas atividades é controverso. Alguns cientistas afirmam existir atividade cerebral a partir da 8ª semana, quando a formação de um circuito básico de três neurônios representaria um sistema nervoso de modo a permitir a racionalidade. Para outros, a partir da 20ª semana de gravidez, quando embrião é capaz de apresentar o primeiro reflexo como resposta a estímulos.

⁴ BRANDÃO, Dornival da Silva. O embrião e os direitos humanos: aborto terapêutico. In: Brandão e cols. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 26.

⁵ MOORE, Keith L. **The Developing Human: Clinically Oriented Embryology**. 7th edition. Philadelphia, PA: Saunders, 2003. p. 16.

⁶ Apud BRANDÃO, Dornival da Silva. Ob, cit, p.28.

Interessante observar que, até meados do século XX, para a medicina a morte acontecia quando cessava a respiração ou quando o coração parava de bater. Tornou-se necessário, no entanto, estabelecer critérios para caracterizar a morte, com o surgimento de aparelhos para auxiliar na respiração e em razão do surgimento da técnica de transplante de órgãos, nos anos sessenta. Atualmente, a medicina estabeleceu como critério de morte, a morte encefálica, momento em que cessou a atividade cerebral. Diante disso, é que esta teoria defende que se a vida se acaba quando o cérebro para de funcionar, ela se inicia com a formação do cérebro. Este é o pensamento de um grupo considerável de especialistas.

A quarta corrente, por sua vez, a corrente ecológica, entende que a vida humana tem início quando o feto tem condições de sobreviver fora do útero. Normalmente, isto ocorre quando os pulmões estão prontos, por volta da 20ª (vigésima) e da 24ª (vigésima quarta) semana de gestação. No entanto, não há como precisar este período, posto que os avanços tecnológicos estão viabilizando a sobrevivência de fetos cada vez mais prematuros.

Por fim, a quinta corrente, chamada corrente metabólica, defende que não há um momento único no qual a vida se inicia, sendo os espermatozoides e óvulos células vivas, de modo que a vida vai se formando como um processo contínuo, sendo irrelevante estabelecer um marco inicial, já que se trata de um processo desencadeado por vários estágios, todos eles igualmente importantes.

A partir de todas essas teorias questiona Lilian Albano:

[...] Será que há mesmo algum começo? Se célula é vida, será que nesse processo em que se encontram duas células vivas – óvulo e espermatozoide -e um embrião é formado (já que se uma delas não for viável não será possível a formação do embrião), a vida deixou de existir em algum momento, para só voltar a existir mais tarde: aos 14 dias, ou quando começam os batimentos cardíacos ou quem sabe quando se tem uma atividade de tronco cerebral, ou sabe-se lá quando? Acaso, não seria um *continuum*?⁷

⁷ ALBANO, Lílian Maria Jose. **Biodireito**: os avanços da genética e seus efeitos éticos jurídicos. São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 38.

O problema do início da vida envolve um critério de valor, sujeito a influências culturais e ao dinamismo histórico, de modo que a obtenção de um consenso não é fácil.

Na verdade, a questão do início da vida repercute nas relações sociais e, em especial no Direito, como critério de solução de uma série de conflitos, tais como a questão do momento da morte, do aborto, da doação de órgãos, da pesquisa com células-tronco, etc. de forma que muitos ordenamentos jurídicos se socorrem dos conceitos médico-científicos para disciplinar matérias ligadas ao início da vida humana.

Importante destacar que as proposições teóricas em torno do começo da vida humana foram desafiadas na atualidade, especialmente, a partir da disseminação das técnicas de reprodução humana assistida e pelo cultivo de células-tronco embrionárias, *mediante técnicas complexas e variadas que buscam uma fundamentação ética para continuar investigando e se desenvolvendo por caminhos que a imaginação humana ainda não consegue captar por completo.*⁸

Para solucionar a impossibilidade de procriar, vários estudos foram realizados. No século XX, aconteceram grandes descobertas no campo da genética. A partir da descoberta das leis de Mendel e dos estudos de Morgan⁹ despertou-se o interesse pelas pesquisas genéticas, cujo marco, no que diz respeito à engenharia genética foi o trabalho apresentado por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, descobridores da estrutura do DNA.¹⁰ Da engenharia genética, conjunto de técnicas para leitura e

⁸ KOTTOW, M. A bioética do início da vida. In: SCHRAM, FR., and BRAZ, M., orgs. **Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?** [Online]. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. Criança, mulher e saúde collection, pp. 19-38. ISBN: 978-85-7541-540-5. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/wnz6g/epub/schramm-9788575415405.epub>

⁹ Mendel foi considerado o pai da genética, em face dos estudos com ervilhas, que estabeleceu regras previsíveis para o processo da hereditariedade, que se chamaram as leis de Mendel. Segundo as mesmas, no processo de reprodução havia uma passagem de elementos físicos que controlavam características hereditárias distintas, dos genitores para a prole, que mais tarde foram denominados genes. As descobertas de Mendel não foram reconhecidas na época e a importância de suas pesquisas só foram compreendidas em 1900. ALBANO, Lílian Maria Jose. **Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos éticos jurídicos.** São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 1.

¹⁰ Três grupos de cientistas disputaram a descoberta da estrutura do DNA: a) James Watson e Francis Crick, do laboratório Cavendish, em Cambridge; b) Marice Wilkins e Rosalind Franklin, do King's college, em Londres; e c) Linnus Pauling, o maior do mundo naquela época, da Caltech, na Califórnia. Wilkins e Rosalind descobriram o modelo espacial e formularam a estrutura helicoidal do DNA, em 1953, mas apenas Watson e Crick forma agraciados com o premio nobel de fisiologia e medicina, nove anos depois por essa descoberta. ALBANO, Lílian Maria Jose. Op, cit, p. 4.

manipulação do código genético, foi possível evoluir para a reprodução assistida, conjunto de técnicas para superar a esterilidade.¹¹

Nos anos setenta, intensificaram-se os estudos sobre a fertilização *in vitro*, mediante a coleta de óvulos e de espermatozoides, a fertilização dos mesmos e a formação de embriões fora do corpo humano, para posterior implante no corpo da mulher. Assim, em 1978, no *Oldham General Hospital*, em Manchester, nasceu o primeiro bebê de proveta do mundo, uma menina chamada Louise Brown, deixando perplexo o mundo, diante do poder da ciência.¹²

¹¹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 25-26.

¹² Quarenta anos após o primeiro 'bebê de proveta', 8 milhões já nasceram pelo método. Em países como a Dinamarca, 9% da população atual são fruto de fertilização *in vitro*. RIO - O dia 25 de julho de 1978, há exatos 40 anos, foi marcado por uma revolução na medicina: o nascimento do primeiro “bebê de proveta” do mundo, Louise Brown, na Inglaterra. De lá para cá, uma revolução ainda maior ganhou espaço, com grandes avanços diários. Estima-se que, desde que a menininha inglesa veio ao mundo, mais de oito milhões de pessoas tenham nascido por meio de fertilização *in vitro* (FIV), anunciou este mês a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia. Em países como a Dinamarca, por exemplo, 9% da população atual são fruto da técnica. Nesses 40 anos, as mudanças no método foram tantas que traçar um paralelo entre o que é feito hoje com o que foi experimentado há quatro décadas é “como comparar uma bicicleta com um automóvel”, diz o especialista Marcio Coslovsky, membro da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida. Enquanto a mãe de Louise, Leslie, precisou ter a barriga aberta em uma cirurgia com anestesia geral para que os médicos pudessem coletar seus óvulos, hoje uma mulher que tenta a fertilização *in vitro* faz tudo sem qualquer corte, por ultrassom transvaginal. Desde o acompanhamento da estimulação dos óvulos até a coleta propriamente dita. **GESTAÇÕES TARDIAS** A mulher que procurar a técnica em 2018 vai encontrar, ainda, outros procedimentos — que não existiam em 1978 — para aumentar as chances de ter um bebê. Há a biopsia embrionária, que diz quais embriões gerarão bebês saudáveis, e há o congelamento de óvulos, que possibilita gestações em idades mais avançadas. — Foi muita emoção quando confirmei a gravidez. Meu médico havia implantado dois óvulos, e eu lembro que achei pouco. Perguntei “só, doutor?”. Achei que precisaria de mais para ter alguma chance. Mas os dois fertilizaram — conta ela. — Eu achava que ia me deparar com muito preconceito, por conta da minha idade, mas a maioria das pessoas reagiu melhor do que eu esperava. Um caso como o de Vera era inconcebível há quatro décadas. A mãe do primeiro “bebê de proveta” tinha apenas 29 anos, idade dentro da faixa considerada ideal pelos médicos para produção de óvulos saudáveis. Para os especialistas, embora seja um passo fundamental tornar possíveis gestações de mulheres mais velhas, é importante também que a população feminina passe a procurar tratamentos de fertilidade mais cedo — ou que congelem os óvulos, para ainda serem capazes de engravidar no futuro. A taxa média de sucesso da FIV hoje é de 36%. Mas esse índice, lembra o médico Marcio Coslovsky, seria muito maior caso as pacientes procurassem o método mais jovens. — Só 14% das mulheres que me procuram para fazer o tratamento têm até 35 anos. As que têm de 35 a 39 anos formam 40% das minhas pacientes, e as que estão na faixa dos 40 aos 44 são 42,9% do total. Ou seja, a esmagadora maioria das pessoas procura ajuda muito tarde — diz ele, que dirige clínica Primordia. — Isso diminui a possibilidade de sucesso. Há duas razões para essa diminuição. A primeira é que a chance de produzir óvulos considerados bons para fertilização cai drasticamente após os 35 anos. E a segunda é que, quanto mais velha, mais risco a mulher tem de sofrer complicações obstétricas durante uma gravidez, como pré-eclâmpsia, prematuridade e diabetes gestacional. Ela também tem cada vez mais probabilidade de aborto espontâneo: a taxa é de apenas 12% para quem tem até 35 anos de idade, e passa para 90% quando se chega aos 45. — Se a mulher espera muito tempo depois dos 35, o risco de se frustrar é maior — explica o especialista Marcello Valle, médico que fez o tratamento de Vera Lúcia. — A única forma de a mulher

A partir da evolução dessas técnicas, a questão relativa ao início da vida humana se torna cada vez mais crucial, posto que milhares de embriões vem sendo criados em clínicas e, muitas vezes, descartados, fazendo emergir o debate sobre a natureza desses embriões.

Da mesma forma ocorre a partir das pesquisas com células-tronco. As primeiras células que formam o embrião humano, as chamadas células-mãe ou células-tronco ainda não estão diferenciadas no tocante ao órgão/tecido que integram. Assim, podem se transformar em células ósseas, neurónios, células renais, etc. dependendo da necessidade de regeneração de cada órgão. O tratamento vem sendo bem-sucedido em vários casos, como, por exemplo, para regeneração do coração. As células-tronco adultas podem ser encontradas principalmente na medula óssea.

Ocorre que, no ano de 1998, descobriu-se que as células-tronco mais potentes são as embrionárias, com três ou quatro dias de desenvolvimento, já que podem se replicar mais velozmente e se transformar em qualquer um dos duzentos e dezesseis tipos de tecidos humanos.¹³ Então, mais uma vez surge o problema acerca do início da vida humana, posto que essas pesquisas são feitas com embriões, que são destruídos. Nesse contexto, o marco inicial da vida revela-se importante para se optar ou não acerca da possibilidade de realização de pesquisas.

No Brasil, a matéria foi disciplinada pela Lei nº 11.105/2005, de 24 de março de 2005, chamada Lei de Biossegurança, cujo art. 5º dispõe:

se proteger do tempo é congelando óvulos, como a Vera fez. Com isso, os óvulos usados eram 12 anos mais jovens do que ela. Ainda assim, por já ter passado dos 50, ela precisou fazer muitos exames, para nos assegurarmos de que sua saúde estava suficientemente boa. Desde 2015 não é mais preciso que o Conselho Federal de Medicina (CFM) autorize tratamentos de fertilidade em mulheres com mais de 50 anos. Basta que o médico avalie a saúde da paciente e conclua que ela tem chance de levar uma gravidez até o fim. No Brasil, foram feitas cerca de 40 mil fertilizações in vitro somente em 2017. O custo médio de cada ciclo, atualmente, é de R\$ 6 mil a R\$ 8 mil. Quando Louise Brown nasceu, choveram críticas aos médicos, de ordem religiosa e ética. Quarenta anos depois, com a prática popularizada, Valle afirma que tal reprovação se dissipou. — O papel da fertilização in vitro para a sociedade moderna, hoje, é tão grande que a crítica se encolheu. O futuro é muito mais a reprodução assistida do que a natural — diz ele, que é diretor da clínica Origen, no Rio. — Em qualquer país ocidental, o número de bebês nascidos vivos de mulheres de mais de 35 anos vem crescendo muito nos últimos 35 anos. É um fenômeno social. Estima-se que sejam feitos por ano, no mundo, 2 milhões de ciclos de fertilização in vitro. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/quarenta-anos-apos-primeiro-bebe-de-proveta-8-milhoes-ja-nasceram-pelo-metodo-22916421>. Acesso em: 02 out 2018.

¹³ REHEN, S. K; PAULSEN, B. S. **Células-tronco: O que são? Para que servem?** Rio de Janeiro: Vieira & Lent Casa Editorial, 2007, p. 96.

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

I – Sejam embriões inviáveis

II – Sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.¹⁴

De logo, o conteúdo da norma foi objeto de várias discussões por parte de religiosos, pesquisadores, eticistas, promovendo intenso debate na sociedade civil, sobre haver ou não ofensa à vida humana, ao se permitir a pesquisa com células-tronco de embriões.

Note-se que o referido dispositivo legal ensejou a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 3510), pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, com base na violação ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito à vida. Defendeu-se, na ação, a tese de que a vida se inicia com a fecundação, de modo que o embrião é vida humana e como tal merece total proteção e respeito, não podendo, assim, ser objeto de pesquisas científicas, de modo que a lei em discussão contraria a inviolabilidade do direito à vida e a preservação da dignidade da pessoa humana.

O julgamento da ação foi aguardado com muita ansiedade e deu ensejo a várias manifestações, favoráveis e contrárias ao uso, tendo o Supremo Tribunal Federal promovido a realização de audiência pública com pesquisadores (22 cientistas fizeram

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 11.105/2005**. Regulamenta os incisos I, 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 – CTN-Bio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei 8974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória 2191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n 10814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1547-1552.

explicações) religiosos e membros da sociedade civil, a fim de buscar subsídios para a decisão, acerca do tema do início da vida em face da Constituição Federal de 1988.¹⁵

¹⁵ Segundo Marcos Machado, na audiência pública, os pensamentos dos cientistas foram divididos em dois blocos: o favorável e o contrário à pesquisa com células-tronco, em face da divergência quanto ao marco inicial da vida humana, conforme abaixo: Primeiro bloco: favorável à pesquisa com células tronco: MAYANA ZATZ, Pós-doutora em biologia genética pela USP, presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano. Mayana Zatz se posicionou a favor das pesquisas com células-tronco embrionárias, o que, segundo ela, é também a posição da Academia Brasileira de Ciências. A especialista citou que academias de ciência de 66 países já se declararam a favor de tais pesquisas. Segundo Zatz, as células-tronco adultas não servem para o tratamento de doenças genéticas porque todas as células do corpo de um paciente doente apresentam o mesmo erro genético. Zatz citou a Distrofia muscular de Duchenne e a Atrofia espinhal progressiva como exemplo de doenças que podem ser combatidas com o uso futuro de terapias celulares com célulastronco embrionárias. Para ela, “pesquisar células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é resultado de um ato de aborto, porque o embrião congelado por si só não é vida, se não for transferido para o útero, por si só não é vida”, argumentou. PATRÍCIA HELENA LUCAS PRANKE, farmacêutica, doutora pelo Centro de Genoma de Nova Iorque, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da PUC-RS e presidente do Instituto de Pesquisa com Célula-Tronco. Para Patrícia Pranke, é importante decidir qual será o destino dos embriões que já se encontram congelados no Brasil caso sejam proibidas as doações para pesquisa. Para ela, o descarte não pode ser a melhor idéia. “ Porque não utilizá-los em pesquisa?” questionou. “DIU e pílula do dia seguinte são permitidos no Brasil, distribuídos pelo SUS e são procedimentos que impedem o desenvolvimento da gravidez dentro do corpo da mãe, mesmo assim não são condenados nem considerados uma forma de aborto”, lembrou. Para Pranke, “o pré embrião, até o décimo quarto dia, não apresenta as células do sistema nervoso central, o que poderia ser comparado com o parâmetro utilizado para determinar a morte encefálica”, sugeriu. LÚCIA BRAGA, neurocientista e pesquisadora-chefe da Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação e diretora da sociedade mundial de neurologia. Segundo a especialista, problemas neuronais afetam cerca de 18 milhões de pessoas ao ano, e estes problemas vem atingindo pessoas de todas as camadas da população. A especialista afirmou que a partir da década de 80, começou-se a utilizar célulastronco adultas para o tratamento de músculo, cartilagem e ossos, mas para os neurônios, este tipo de célula não funciona. A esperança em termos de tratamento é o uso das células-tronco embrionárias e as células do bulbo olfatório, “duas possibilidades que não podem ser ignoradas pelos cientistas”, afirmou. STEVENS REHEN, PhD, professor da UFRJ, pesquisador do Scripps Research Institute (Califórnia - EUA) e presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências. Rehen mostrou, em sua apresentação, que as células-tronco embrionárias utilizadas em pesquisas com camundongos não são iguais às de humanos, portanto, é necessária a intensificação das pesquisas nesta área para que se possam produzir neurônios a partir de células tronco embrionárias. Segundo ele “A comunidade científica reconhece este potencial e não pode se eximir de tal responsabilidade”, alertou. ROSÁLIA MENDEZ OTERO professora titular de Biofísica e Fisiologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Segundo a especialista, a utilização de células-tronco é de total importância no tratamento de doenças neurológicas, que têm grande incidência na população e altos índices de mortalidade e morbidade. “O acidente vascular cerebral (AVC) é a primeira causa de morte no Brasil. No mundo, é o segundo motivo de óbito. E os que sobrevivem ficam com enormes seqüelas”, explicou. Ela defendeu que as células-tronco são fontes seguras e que devem estar disponíveis em nosso país. “Se não tivermos nossas células embrionárias, os brasileiros terão que procurar esse tipo fora do país”, alertou. JÚLIO CÉSAR VOLTARELLI, coordenador da Divisão de Medicina Óssea da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP), e Coordenador da Unidade de Transplante de Medula Óssea da USP. Logo no início de sua fala, Voltarelli esclareceu não ser verdadeiro um dos argumentos utilizados por parte dos que são contra o uso das células de embriões: de que estas células não seriam necessárias pois benefícios clínicos poderiam ser conseguidos com as células adultas. Segundo ele “Em países onde a pesquisa com células-tronco adultas estão mais adiantadas, chegou-se a conclusão de que as células-tronco embrionárias são muito necessárias”, afirmou. Dr. RICARDO RIBEIRO DOS SANTOS pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz/Bahia e coordenador científico do Hospital São Rafael. Para Santos, a vantagem da utilização de

células-tronco embrionárias é a sua plasticidade: Ela é capaz de se transformar em mais de 220 tipos de células diferentes. Segundo ele, é importante corrigir a falácia: de que células-tronco embrionárias se transformam em tumor. "Em condições normais, as células tronco embrionárias humanas não se transformam em tumor. Não podemos comparar o estudo em camundongos com o estudo em humanos", destaca. Outra distinção importante é entre embrião e célula-tronco embrionária: Esta é uma linhagem de células, cujo conhecimento vai nos dar possibilidade de melhor entender o câncer, por exemplo. Já realizamos vários transplantes de fígado com células adultas, mas os pacientes não ficarão totalmente curados. "Eles ainda precisarão de mais", afirmou. LYGIA V. PEREIRA, professora associada do Departamento de Genética e Biologia Evolutiva da USP. Para Lygia, há erro de foco na convocação da Audiência Pública "Não é importante saber quando começa a vida para discutir a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Precisamos esclarecer que tipo de embrião humano estamos tratando na lei. São os embriões congelados, que vão ser descartados. Não vamos produzir embriões só para utilização em pesquisa", destacou. A pesquisadora também considera que é necessário trabalhar com todos os tipos de células tronco, para se saber que tipo de célula pode ser capaz de resolver determinada doença "nenhum cientista hoje pode dizer que se pode abrir mão de algum tipo de célula-tronco, porque precisamos de mais pesquisas", afirmou. Segundo Lygia, nem todos os artigos científicos publicados em revistas indexadas podem ser encarados como verdade absoluta "os avanços não podem ser consolidados enquanto não puderem ser reproduzidos por outros grupos. São apenas indicações de caminhos que precisam ser confirmadas", afirmou. LUIZ EUGÊNIO DE MORAES MELLO, vice-presidente da Federação das Sociedades de Biologia Experimental e professor de fisiologia da Unifesp. Luiz Eugênio Moraes destacou que "não existe a possibilidade da utilização de células embrionárias de camundongos ou outros animais para aplicação em seres humanos, por existirem diversas diferenças entre elas", o que reforça a necessidade de pesquisar as células embrionárias humanas. O especialista também defende a analogia entre o marco da vida e o marco da morte "como a morte do ser humano é coincidente com a morte encefálica, então, se a morte coincide com o término da atividade do sistema nervoso é lícito supor o início da vida humana com o estabelecimento dos três folhetos embrionários, que segundo a Resolução 33/2006 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ocorre 14 dias após a fecundação". DÉBORA DINIZ, antropóloga, UnB, diretora da ANIS. A antropóloga revelou acreditar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 parte de uma falsa premissa, de que a fecundação é o início da vida. Débora considera que a resposta mais razoável para a pergunta 'quando tem início a vida', que guiou a audiência, acena para uma "evidência de regressão infinita sobre a origem da vida". E que para se dar uma resposta científica, seria necessária "uma demarcação entre ciência e pseudociência". Ela ressaltou, ainda, que a Lei 11105/05, questionada na ADI, determina que a pesquisa com células-tronco será preferencialmente conduzida com embriões inviáveis, ou seja, "embriões para os quais não há como se imputar a tese da potencialidade de vida". Para Débora, é muito importante se avaliar a questão sobre o marco ético da pesquisa científica com humanos e partes do corpo humano. E sobre o marco religioso, a pergunta-guia diz mais respeito ao debate político sobre aborto e direitos reprodutivos. "Uma possível resposta do Supremo à tese da ADI poderia trazer implicações para o debate político e sanitário sobre o aborto, com repercussões imediatas para a garantia de direitos reprodutivos e promoção de saúde das mulheres", afirmou. GRUPO CONTRÁRIO AO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA PESQUISA: LENIZE APARECIDA MARTINS professora-adjunta do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília (UnB). Para a especialista, há um embasamento científico claro de que a vida humana começa na fecundação. "No primeiro momento, na fecundação, já estão definidas as características únicas de um indivíduo. Todas as suas características genéticas estão reunidas, portanto, o embrião já é um indivíduo, sem cópia igual", defendeu. Para Lenize Aparecida, os termos "pré-embrião" e "montinho de células" não existem: "Se o embrião não é um ser humano desde a sua primeira fase de desenvolvimento, o que ele é? A que espécie ele pertence?", indagou. CLÁUDIA MARIA DE CASTRO BATISTA, professora-adjunta da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Para a especialista, a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo que começa a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide. "A mudança que passamos ao longo da vida é apenas funcional, e não genética", afirmou. Cláudia Batista citou Robert Spalmann, professor emérito de filosofia da Universidade de Maunchen: "Spalmann diz que a primeira célula que surge da fecundação é viva, já é vida. É a fecundação que permite que o desenvolvimento do indivíduo seja disparado", afirmou. Sobre os que argumentam que o zigoto é um ser humano em potencial, Cláudia analisa: "O começo da vida está no início do processo e não no início do final,

ou seja, temos que respeitar o ser humano a partir da fecundação. A sustentação desta afirmativa é biológica e o argumento é racional", afirmou. LÍLIAN PIÑERO-EÇA. Pesquisadora em biologia molecular da Universidade de Bauru e presidente do Instituto de Pesquisa com células-tronco (IPCTRON). Para a especialista, o início da vida se dá na fecundação, porque, "cerca de 2 a 3 horas depois, o embrião já se comunica com a mãe". De acordo com Lílian, que estuda sinais de células de embriões no útero (por meio de moléculas marcadas), pelo menos 100 neurotransmissores são emitidos pelo embrião para os 75 trilhões de células existentes no corpo da gestante, que começa a sofrer mudanças hormonais. Células existentes no corpo da gestante, que começa a sofrer mudanças hormonais. Esta comunicação entre o embrião e a mãe é a prova de que existe vida desde o primeiro momento", argumenta. ALICE TEIXEIRA FERREIRA, Universidade Federal de São Paulo/Escola Paulista de Medicina (UNIFESPE/EPM). A especialista Alice Teixeira, que trabalha com estudos pré-clínicos em células-tronco adultas, foi enfática ao afirmar que "Estamos caminhando para que, através da bioengenharia, possamos descobrir quais fatores atuam/regulam sobre as células-tronco para que estas provoquem a diferenciação em todas as células do organismo para que elas próprias se encarreguem de recuperar os danos das doenças degenerativas". Em um futuro próximo, não vamos mais precisar nem das células-tronco adultas, opinou. Para Alice, "não é necessário estourar o ser humano para se extrair dele as células-tronco embrionárias. Nos EUA, muitos pais resolveram ter mais filhos ou estão assinando autorizações para ceder os embriões congelados para adoção, evitando assim, que os embriões perdessem a vida", afirmou. Outro argumento para o não uso de células-tronco embrionárias apresentado por Alice Teixeira foi que a célula-tronco parcialmente, ou mesmo totalmente diferenciada, pode voltar a assumir sua característica original de célula pluripotente. Essa foi a primeira demonstração comprovada, em animais, de que se pode transformar células-tronco adultas em células com características embrionárias. A pesquisadora relatou outra experiência, no mesmo sentido, na qual o cientista Francisco Silva, na Califórnia (EUA), usou células espermatogônias (germinativas, masculinas, existentes no testículo humano) para transformá-las em células de características de células embrionárias. Para a doutora Alice isso significa que "eu posso agora fazer um auto-transplante de células embrionárias humanas em indivíduos do sexo masculino". Para isso, segundo a professora, "eu recolho as espermatogônias, revento elas para o estado embrionário, tenho elas em estado pluripotentes, que se multiplicam bastante, e posso tê-las em número suficiente para tratar qualquer doença degenerativa." A doutora Alice, diz que no caso das mulheres, também se pode utilizar as células chamadas ovogônias e revertê-las para o estado de células com características embrionárias, podendo ser implantadas na mulher em caso de regeneração celular. Assim, conclui a pesquisadora, "tanto no homem como na mulher, temos experiências com células germinativas (já diferenciadas) que podem ser revertidas para células com características de células embrionárias, pluripotentes, que podem ser utilizadas na medicina regenerativa". A professora paulista expôs diversas pesquisas que indicam o caminho da medicina regenerativa a partir de célulastronco do cordão umbilical. Assim, com o avanço dessas pesquisas, a partir dessas células poderão ser "fabricados" tecidos que servirão para auto-transplante de órgãos vitais, assim como testar remédios para um tratamento personalizado. MARCELO VACCARI MAZETTI da UNIFESF. Marcelo Vaccari, destacou que até o momento, as terapias com células-tronco embrionárias e as experiências com clonagem não apresentaram nenhum resultado importante. Para Mazetti "O êxito da aplicabilidade das células-tronco adultas nas várias especialidades médicas deve ser valorizado através da cooperação entre o pesquisador e o médico", destacou. Segundo ele, "Há mais de 100 anos é dito que o início da vida é na fecundação", afirmou. Completando: "os cientistas têm a obrigação do pragmatismo. É preciso decidir e agir sobre o que acontece hoje. E a realidade hoje é que não há necessidade de se interromper a vida para utilizar células-tronco", afirmou. ELISABETH KIPMAN CERQUEIRA, médica especialista em ginecologia e obstetrícia. Para Elisabeth, responder a pergunta proposta nesta Audiência Pública é difícil porque não se sabe o começo da vida humana. Segundo ela, a discussão deve girar em torno de quando a vida de um novo indivíduo tem início. "Neste sentido, o começo de uma nova vida é quando o espermatozoide atravessa o óvulo", afirmou. Segundo Elisabeth, para levar a discussão para o ambiente in vitro, basta constatar que o embrião cresce por ele mesmo, não dependendo da intervenção humana "Após o quinto, dia, se este embrião não for transferido para o útero da mãe ele morre, mas o seu desenvolvimento até este dia é autônomo", argumentou. Para a professora de Bioética "é importante que a comunidade científica una esforços para obter algo que traga desenvolvimento, mas que não agrida a vida humana". Para ela, o ser vivo é um todo que passa por diferentes etapas e que sem si contém uma unidade interior que é a vida. RODOLFO ACATAUASSÚ NUNES, mestre e doutor em cirurgia geral pela

Universidade Federal do Rio de Janeiro. Para Rodolfo Nunes, “não seria respeitoso com a dignidade humana utilizar classificações didáticas para remanejar o marco inicial da vida de um ser humano e, a partir daí, passar a executar lesões físicas à sua estrutura, com a justificativa de que abaixo do período arbitrado já não haveria vida quando todas as evidências mostram o contrário”. De acordo com ele, esta postura prejudica a formação do futuro médico ou de outros profissionais de saúde. “Essa aparente confusão atrapalha na transmissão do zelo pela vida humana”, disse. Em relação à prática médica e pesquisa com embriões, o mestre em cirurgia geral destacou que a tendência atual na pesquisa é o respeito absoluto ao ser humano e que cada vez os comitês de ética estão mais rigorosos, para o bem dos pacientes. Ele afirmou que “não é compreensível, do ponto de vista ético, mesmo em nome do progresso e da ciência, envolver o ser humano em uma pesquisa que irá inviabilizar a sua vida, ainda que o seu prognóstico seja incerto, pois mesmo que o seu prognóstico seja incerto, não temos essa autoridade”. “É no mínimo contraditória a situação em que uns embriões são usados para pesquisas enquanto que outros são ofertados às condições para prosseguir no seu desenvolvimento. Essa alternativa incomoda”, salientou. Rodolfo Acatauassú Nunes observou a existência de uma tendência crescente de se evitar o embrião excedente, entre outras razões, para que diminuir a possibilidade de comércio dos embriões. “Parece preferível deixar os embriões pelo menos a possibilidade de completar o seu desenvolvimento através de seus genitores ou eventualmente por adoção”, completou. O doutor revelou que relatos recentes com aprimoramento das técnicas de conservação de embriões têm mostrado implantações uterinas bem sucedidas com nascimentos de crianças normais após doze anos de congelamento. “Os métodos de congelamento, de preservação, estão melhorando e isso protege aquele embrião congelado”, contou. Para Nunes, uma das consequências da manipulação do marco do início da vida na prática médica seria uma incongruência da prática profissional. “Uma revitalização de certa forma de uma prática eugênica, um mau hábito de querer decidir quem vive ou quem morre”, disse. Outra consequência apontada por ele é a alteração do papel social do médico, como agente da morte. “Isso abala a relação médico/paciente e não é correto. A relação médico/paciente tem que ser preservada. Não podemos ter desconfiança de um médico que atua também como agente da morte”, analisou. “As leis podem orientar ou estimular pesquisas para um determinado foco, para uma determinada área”, assinalou o mestre em cirurgia geral, lembrando que, para ele, as células-tronco adultas têm apresentado resultados clínicos positivos e atenderiam os pacientes que anseiam por resultados rápidos. HERBERT PRAXEDES - Professor emérito da Faculdade Federal Fluminense (UFF) e coordenador do comitê de ética em pesquisa – UFF. O médico Herbert Praxedes, durante a exposição no STF, defendeu o uso de células-tronco adultas como opção ética – no lugar da utilização de células embrionárias – para a pesquisa científica. Praxedes lembrou a metafísica dos costumes, de Emmanuel Kant, que diz “a dignidade é o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada apenas como um meio, mas como um fim em si mesma”. Com esta afirmativa, Praxedes justificou o problema ético em destruir os embriões para utilização das células embrionárias em pesquisa. O professor citou carta de 57 cientistas norte-americanos encaminhada a um candidato à presidência dos EUA que tinha como peça central da plataforma política a promoção da pesquisa de células-tronco embrionárias, inclusive a clonagem de embriões humanos para fins de pesquisa. O candidato justificava sua prioridade em respeito à ciência, que deve ser isenta de ideologia, “para proporcionar “as curas miraculosas para numerosas doenças”. Aqueles cientistas se mostraram alarmados com as justificativas do candidato que, para eles, “essas colocações representam inadequadamente a ciência, pois a ciência não é uma política ou um programa político, ela é um método sistemático para se desenvolver e testar hipóteses sobre o mundo físico. Ela não promete curas miraculosas com provas inconsistentes”. A carta dos cientistas lembrou ao candidato que ele mesmo havia declarado que a fertilização produz um ser humano. Na carta eles advertiram o candidato: “Equiparar o interesse desses seres a uma mera ideologia é negar toda a história dos esforços para proteger seres humanos da pesquisa abusiva”. DALTON LUIZ DE PAULA RAMOS professor de bioética da Universidade de São Paulo. Para o professor Dalton Ramos, é fato que uma nova vida começa no momento da fecundação. Neste ponto, cria-se um patrimônio genético único, diferente da mãe. “O cérebro se desenvolve porque o embrião se desenvolve. Não é a mãe que desenvolve o cérebro do feto”. Para ele, “É importante corrigir inconsistências conceituais sobre o início da vida humana, como por exemplo, pessoas que se referem ao embrião na sua fase inicial da vida como “conglomerado de células”. Para ele, “o embrião humano não é um simples aglomerado de células porque o comportamento é completamente diferente das de outras células”, afirma. Dalton explicou que “se for oferecido ao embrião condições de proteção, acolhida e alimentação,

Após tais discussões, a referida Corte, em 29 de maio de 2008, decidiu, por maioria (6 votos a 5), nos termos do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, pela improcedência do pedido, cuja ementa a seguir se transcreve:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. AYRES BRITTO REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS INTDO.(A/S) : CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH ADV.(A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS INTDO.(A/S) : MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO INTDO.(A/S) : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA DIREITOS HUMANOS E GÊNERO ADV.(A/S) : DONNE PISCO E OUTROS ADV.(A/S) : JOELSON DIAS INTDO.(A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB ADV.(A/S) : IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS 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

ele vai se desenvolver de acordo com um processo, fazendo surgir a vida humana como processo contínuo (com um ponto de início e um ponto de fim), coordenado (autossuficiente, possuidor de instruções para que a vida prossiga) e progressivo (em condições ideais, sempre passará para um estágio seguinte, sem regressos)”. Para Dalton, essas evoluções, desde a fecundação, compõem a biografia do indivíduo. Dr. ROGÉRIO PAZETTI, graduado em Biologia pela Universidade Mackenzie e doutorado em Ciências pela Faculdade de Medicina da USP. Para Rogério Pazetti, antes de qualquer nova pesquisa científica, antes de utilizar as novas tecnologias a serviço da ciência é fundamental a observação das regras morais. A utilização de células embrionárias não é moralmente justificável, opina. Pazetti também discorda que o embrião na sua primeira fase de desenvolvimento é um aglomerado de células “o embrião humano são células ligadas umas às outras com informações precisas e específicas desde a primeira divisão”, informou. De acordo com Rogério Pazetti, da mesma forma que as células-tronco embrionárias, as células-tronco adultas possuem um grande potencial terapêutico, além disso podem ser isoladas de tecido do próprio paciente eliminando problema da rejeição e da destruição de embriões. Ele contou que no mundo ainda não há aplicação de terapia com células-tronco embrionárias por problemas de fraude e pela grande possibilidade de geração de tumores. “A ciência séria é utilizada de forma ética em modelos experimentais mais simples, que nos ajudam a desvendar o mistério da complexa e fascinante biologia humana”. MACHADO, Marcos. Considerações jurídicas acerca do início da vida humana na perspectiva do Supremo Tribunal Federal/STF – ADI 3510. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa**, UBM, RJ Págs 53-76 ISSN 2238-7390. Ano VI – N.º 9 – 1º Semestre 2016, p. 53-76. Disponível em: <http://www.ubm.br/revistas/direito/pdf/55f71b6f39fce9333946823edb97e53a.pdf>. Acesso em: 21 out 2018.

TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. 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 espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". 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 aquele 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. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional {ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. 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). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra

tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir 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 irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra corporalmente produzido e também extra corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. 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 se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). 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. 5a 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. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (Ministra Carmen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDENCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente

improcedente. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente. Brasília, 29 de maio de 2008. Ministro Ayres Britto, Relator. ¹⁶

Esses oito itens consistem nos pilares da argumentação jurídica que sustentam a improcedência da ação.

De logo se infere que a Constituição Federal Brasileira não traz um conceito de início da vida, de modo que é relevante verificar como o Direito protege a vida humana, o que se dá a partir do conceito jurídico de personalidade. Portanto, é importante ter em mente que a vida é o pressuposto da personalidade, sem vida não há personalidade, que é, na verdade, um conceito jurídico. O voto do Relator explica bem essa questão, consoante se infere do seguinte trecho:

“[...] 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” (...) 19. Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil” (...) Onde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica (...) com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte. (...) 22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo) (...) E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (...) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém (...) não estou a ajuizar

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF**, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. (...) 24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (...) a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (...) direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para avançar, concretamente na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versedada pelas ciências médicas e biológicas (...)”¹⁷

Por conseguinte, 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 suas várias etapas de desenvolvimento, ou se há gradações. Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, “*há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana*”.¹⁸

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF**, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF**, Voto da Min. Carmen Lucia. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

Prevaleceu, então, o entendimento de que o Direito Brasileiro trata de maneira diferenciada o ser humano em suas 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.

Não se pode olvidar, no entanto, a importância dos votos divergentes cujos fundamentos corroboram a dificuldade no enfrentamento do tema. A propósito, veja-se o voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

“[...] Múltiplas posições podem ser assumidas no tocante ao exato momento em que se inicia a vida, dependendo das convicções filosóficas, religiosas ou científicas daqueles que se debruçam sobre a questão. 32 Para os materialistas, a vida resume-se a um fato da natureza, experimentalmente verificável, ao passo que para a maioria dos crentes ela representa um dom divino, transmitido aos seres humanos no momento da concepção. Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado - e nem vocacionado - para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor preparadas. No campo da ciência, alguns entendem que a vida começa apenas no momento da implantação do embrião no útero materno, ou seja, depois do sétimo ou sexto dia da concepção, constituindo, antes desse momento, um mero aglomerado de células da espécie biológica humana.³³ Já outros acreditam que o embrião somente se transforma numa pessoa a partir do décimo quarto dia. É que, até então, “não se poderia falar em indivíduo humano propriamente dito, pois existe a possibilidade de que um indivíduo se converta em dois (ou mais) ou de que dois (ou mais) indivíduos se convertam em um”. 34 Outros sustentam, ainda, que o embrião somente adquire subjetividade no momento em que é formado o sistema nervoso central, permitindo a percepção do prazer e da dor, ou quando se estrutura o córtex cerebral, epicentro da racionalidade. Estes últimos defendem a tese do paralelismo entre a “morte cerebral” e a “vida cerebral”, como marcos cruciais da existência humana.³⁵ A convicção pessoal acerca do início da vida, ademais, pode variar em função da perspectiva gnoseológica adotada pelo observador, que chega a conclusões distintas, dependendo da ótica que adote com relação ao fenômeno: sincrônica, se o compreende como um conjunto de fatos coincidentes no tempo; diacrônica, se o considera em sua evolução temporal. O começo da existência humana pode, também, ser estudado sob o prisma de lógicas distintas, baseadas quer no raciocínio analítico, quer no dialético. Essas duas lógicas, historicamente, trilharam caminhos paralelos e, como regra, contrapostos.³⁶ Na analítica predomina o exame das proposições e o sistema silogístico de argumentação, ao passo que, na dialética, busca-se a “grande síntese”, a partir do jogo dos opostos, em constante evolução. Dialéticos e analíticos, em geral, não se entendem, pois empregam linguagens com sintaxes diferentes. A dialética tem origem em Heráclito e Platão; a analítica em Parmênides e Aristóteles. A primeira foi cultivada por Platão e, em parte, por Santo Agostinho, na Antiguidade. No período medieval, Johannes Cotos Jurígena e a Escola de Chartres, bem como outros filósofos neoplatônicos, debruçaram-se sobre ela. Viu-se estudada, no Renascimento, por Nicolaus Cusanus, Ficino, e Giordano

Bruno. Na Modernidade, foi empregada por Espinosa, Schelling, Hegel e Marx, dentre outros. Lamark, Darwin e quase todos os grandes biólogos contemporâneos, como Richard Dawkins e Stephen Jay Gould, adotaram-na, igualmente, como substrato metodológico. Inclusive os renomados físicos da atualidade, a exemplo de Stephen Hawking, com suas teses sobre os “buracos negros” e a teoria do Big Bang, podem ser considerados neoplatônicos. Já a lógica analítica foi, na Idade Média, desenvolvida por Alberto Magno, São Tomás de Aquino, Duns Scotus e Guilherme de Ockham, passando, na era Moderna, por Descartes, Leibnitz, Kant, Frege e Wittgenstein. O raciocínio analítico ganhou espaço, predominando na lógica, matemática e física contemporâneas, disciplinas que se fizeram credoras das ideias de Galilei, Copérnico, Newton e Einstein. No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Dentre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter supralegal ou, até mesmo, como norma dotada de dignidade constitucional, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte. De fato, em notável voto proferido na sessão de 12 de março do corrente, no HC 87.585-TO, o Ministro Celso de Mello defendeu, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. E, em não menos substancial voto, o Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, cujo julgamento ainda não foi concluído, sufragou a tese de que os tratados, nesse campo, teriam a estatura de direito supralegal, ou seja, estariam, hierarquicamente, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Tudo indica, pelas manifestações exteriorizadas por vários Ministros ao longo daqueles julgamentos, que o STF caminha no sentido de ampliar o valor que vinha conferindo aos textos internacionais relativos ao tema, atribuindo-lhes uma classificação, no mínimo, superior às normas que integram a legislação comum. A se levar às últimas consequências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, Concessa vênias, que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo. Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do óocito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extracorpórea -, estabelece, *tout court*, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção” (grifei). Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a idéia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in útero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. Um exemplo típico consiste na exclusão da antijuridicidade do chamado “aborto necessário”, contemplada no art. 128, I, do Código Penal Brasileiro, que corresponde àquele praticado por médico, quando não há “outro meio de salvar a vida da gestante”. Daí segue-se, a meu ver, que esse conceito jurídico, abrigado em um tratado internacional de direitos humanos, regulamente subscrito e ratificado pelo País, a saber, de que a vida começa na concepção, não é abalado, data vênias, pelo raciocínio arrimado, fundamentalmente, no Código Civil, segundo o qual a legislação pátria somente

ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento”.¹⁹

Infere-se, desse voto, a adoção da teoria da concepção quanto ao início da vida humana. Por conseguinte, para além do campo médico, a dúvida se estende para a seara jurídica, no que tange à interpretação das próprias normas jurídicas quanto à proteção da vida humana.

Em uma segunda oportunidade, o Supremo Tribunal Federal tratou da matéria, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54, em que se analisou a possibilidade de realização de aborto em caso de feto anencéfalo, afastando-se a ilicitude da conduta. O Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, teceu considerações a respeito da vida e da viabilidade do feto, consoante se infere do seguinte trecho de seu voto:

[...] De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral. Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter ettersen[36], que afirmou: “nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central”. Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop[37], representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso”. Por sua vez, o Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia[38], asseverou: “A anencefalia é incompatível com a vida (...)” [39]. Dessa posição não divergiu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão[40]. Consoante Sua Excelência, a “anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero” [41]. De fato, em

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF**, Voto do Min. Ricardo Lewandowski. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral. Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop[42], a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral [43]. E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino [44]. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas [45]. Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha [46] na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero[47] ²⁰

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, bem pontua a questão do conceito de vida humana para o direito:

[...] Há outro exemplo interessante e mais próximo do ponto controverso aqui tratado. O uso do conceito “vida” em biologia é razoavelmente estável, significando, simplificada, a existência de um organismo com metabolismo próprio e capacidade de reprodução. No entanto, a biologia se vê às voltas com a aplicação do conceito aos vírus. Estes “organismos” se reproduzem ou apenas se replicam em razão de suas cadeias de DNA ou RNA? A capacidade de se replicar e adaptar a algumas circunstâncias novas poderia ser aplicada aos chamados vírus de computadores, que obviamente não são seres vivos. Com relação ao critério de presença de metabolismo próprio, os vírus não são capazes de metabolizar carbono ou qualquer tipo de energia [2] [2]. A definição sobre a “vida” dos vírus é uma questão de escolha em razão das necessidades de definição e desenvolvimento coerente do conhecimento na biologia. Além disso, a falta de definição não impede que a virologia continue funcionando adequadamente como um ramo da biologia. É de se deixar claro que, nos dois exemplos citados (o problema da definição de Plutão como planeta e dos vírus como seres vivos), não se trata de discutir qual é o caso, o que está correto, o que é a verdade, mas sim de demonstrar que os conceitos em ciência não são decorrentes de definições lógicas ou

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF**, Voto. Min. Marco Aurelio Mello. Decisão por maioria. Brasília, 12.04.2012. DJ de 30.04.2013. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

empiricamente precisas ou inquestionáveis, mas fruto das necessidades procedimentais e descritivas de acordo com o padrão de conhecimento em um determinado momento. Não é diferente o caso do conceito de vida para a Medicina, que é o ponto sensível na discussão sobre a anencefalia. Antes do critério da morte encefálica, a Medicina tratava um indivíduo como morto após a falência cardiorrespiratória. No entanto, o desenvolvimento de técnicas que poderiam “recuperar” a vida do indivíduo após a parada cardíaca ou da respiração fez a medicina repensar o seu padrão. Identificou-se que era o funcionamento do cérebro que viabilizava a recuperação e era a falência desse órgão do corpo humano que tornava impossível a recuperação. Mas, e a situação em que o organismo continua funcionando após a morte encefálica? Está vivo o indivíduo? Ora, a Medicina o considera morto, pois a falência dos demais órgãos é iminente e sem nenhuma chance conhecida de recuperação. Além disso, há um critério utilitário: com a declaração da morte cerebral como critério para o fim da vida é possível captar órgãos para transplantes que ainda estejam funcionando (e é necessário que ainda estejam em atividade para que sejam transplantados) [3] [3]. Assim, o critério de morte encefálica permite o reconhecimento da irreversibilidade do estado de morte ao mesmo tempo em que reconhece o funcionamento de outras partes do organismo humano, mas que em breve sucumbirão. Também na morte encefálica vê-se que o critério é utilitário, ainda que baseado na certeza atual sobre a irreversibilidade da perda da atividade cerebral. Nada impediria que, com a continuidade do funcionamento dos órgãos, ainda que por aparelhos e apoio médico, se considerasse o indivíduo vivo, mas apto a doar porque a morte é iminente.²¹

Toda essa discussão tem como objetivo esclarecer que a ciência é uma atividade social que busca uma descrição acurada dos fatos que lhe são pertinentes, mas não um conhecimento à parte, fora das condições sociais e com a capacidade de definir e descrever os fenômenos empíricos em suas verdades últimas.

Mesmo tendo os fatos como critério de suas correções, todo tipo de ciência, da física à medicina, tem de lidar com o limite de significabilidade da linguagem e com a incapacidade de acesso total aos fatos (que decorre do limite do uso da linguagem para a descrição de fenômenos). Assim, os conceitos são meramente funcionais em ciência, eles servem para descrever coerentemente os fenômenos e podem ser mudados ou abandonados conforme as necessidades da descrição e do funcionamento do conhecimento estabelecido.

Nesse contexto, o conceito de vida para a medicina possui impacto no Direito, entretanto, para o Direito, esse conceito terá um significado próprio coerente com a

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF**. Rel. Min. Marco Aurelio Mello. Voto. Min. Cezar Peluso.. Decisão por maioria. Brasília, 12.04.2012. DJ de 30.04.2013. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

dogmática jurídica, posto que o campo do conhecimento empírico não se confunde com o campo da ação humana. Note-se que, isto não importa dizer, que o Direito não deva ou não possa se valer de outros ramos do conhecimento ou da regulação da ação (da ciência e da ética de uma maneira geral). Significa, apenas, que nenhum deles determina o Direito ou o seu conteúdo como condição necessária, como algo que vincule as decisões jurídicas. E é também importante ressaltar que toda essa discussão não pretende colocar o Direito como alheio, intangível ou superior no que se refere aos outros saberes, mas apenas estabelecer os seus pressupostos e necessidades próprios.²²

Para os fins do Direito, todas as demais áreas do conhecimento são importantes no auxílio à compreensão dos limites daquilo que pretende regular e para a aplicação dos conceitos de forma coerente com os seus próprios pressupostos. Os outros ramos do conhecimento informam ao Direito como se estabelecem e qual a gramática dos fenômenos que a ele estão submetidos em forma de ação, para que se mantenha coerente com seus princípios e objetivos.

Não se pode olvidar, ainda, que esses fenômenos ocorrem em determinados contextos históricos que influenciam na regulação e nas respostas que serão dadas aos dilemas e problemas.²³ Por isso, é forçoso reconhecer que esse conceito é mutável,

²² Para Edelman, o Direito tem essa particularidade: “Et, certes, il est indéniable que le droit fournit des réponses à des questions qui viennent d’autres lieux et d’autres pratiques; il est indéniable que le droit n’invente rien, au sens fort ni l’atome, ni la cybernétique, non plus, d’ailleurs, que la famille ou l’État. Mais, si le droit n’invente rien, c’est pourtant à lui que s’adressent le savant, le médecin, l’industriel ou l’État lui-même pour faire sanctionner leurs pratiques. L’intérêt du droit se situe donc ailleurs que dans l’invention: il se situe dans le type de réponse qu’il apporte”. EDELMAN, B. **La Personne en Danger**. Paris: PUF, 1999, p. 19. Tradução nossa: “[...] E, portanto, é inegável que o direito fornece respostas a questões que vêm de outros lugares e de outras práticas; é inegável que o Direito não inventa nada, em sentido forte, nem o átomo nem a cibernética, nem mesmo, aliás, a família ou o Estado. Mas, se o Direito não inventa nada, é, contudo, a ele que se dirigem o sábio, o médico, o industrial ou o próprio Estado para sancionar suas práticas. O interesse do Direito situa-se, então, para além da invenção: ele situa-se no tipo de respostas que ele fornece”.

²³ Venceslau Tavares enfatiza a necessidade de um olhar à História do Direito, posto que “[...] A História do Direito enquanto história dos problemas (Problemgeschichte) aborda as diversas soluções talhadas para um dado problema – o tratamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo – nas diversas fases do “desenvolvimento” do direito. Sob esse prisma, a história do direito compreende as soluções postas pelo direito vigente como uma entre várias soluções historicamente possíveis para aquele problema. Assim, permite-se a apreciação do direito positivo e suas peculiaridades sob o pano de fundo dos problemas gerais. TAVARES, Venceslau. O direito entre a história e a razão: uma perspectiva sisífica. **Revista dos Tribunais on line**, v. 85/2018 | p. 15 - 26 | Jan / 2018. Disponível em: [www. Acesso em: 25 maio 2018. DTR\2018\10319](http://www.dtr201810319). Nesse sentido, inclui-se também o problema do início da vida para o Direito e suas soluções.

sujeito à evolução ética e científica. Consoante pontua de Francisco Amaral, o Direito não é neutro. Tanto o sistema jurídico, como os conceitos e as categorias jurídicas, são representações materiais dos valores historicamente defendidos e pretensamente realizáveis. O direito é resultado de um processo histórico, em que diversos valores vão se sedimentando.²⁴

É necessário, então, perquirir sobre como o Direito regula a vida, para, depois, tentar-se extrair uma prática que possa ser razoavelmente coerente sobre o uso do conceito e que seja suficiente para, de fato, dar-lhe a proteção adequada.

2.2 A pessoa como fundamento da bioética

2.2.1 Bioética: uma definição ainda pendente

Os avanços nas ciências biológicas e médicas e os problemas éticos gerados despertaram a necessidade de se estabelecer limites para a atuação do cientista. Tal processo se deu através de um estudo ético aplicado às ciências da vida. Assim, a ética aplicada à biologia passou a se chamar bioética. Tal termo surgiu na década de 70 e quem primeiro o utilizou foi Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, Madison, nos Estados Unidos, em um artigo *“the science of survival*. Em janeiro de 1971, o mesmo autor publicou a obra *Bioethics bridge to the future*²⁵. Entretanto, não se pode deixar de citar o marco inicial da bioética como sendo o Código de Nuremberg, de 1947, elaborado no intuito de não mais permitir que se repetissem as atrocidades praticadas na época do nazismo, por médicos que realizavam as mais degradantes experiências com seres humanos.

²⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5ª ed.. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar: 2003, p. 165.

²⁵ OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito**. Manipulação genética e dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2006, p. 43.

A bioética estuda as dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, mediante a utilização de metodologias éticas num contexto multidisciplinar.²⁶

Eduardo Leite afirma que o que gerou o nascimento da bioética foi “a necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas práticas biomédicas, sendo que o desenvolvimento das tecnologias modernas aniquilou os consensos antigos, os ideais e as regras que animavam as condutas coletivas e individuais, as práticas profissionais”²⁷

A partir da segunda metade do século XX, mais precisamente entre as décadas de 60 e 70, os resultados positivos obtidos com transplantes, diagnóstico de morte cerebral, descobertas da psicofarmacologia, diagnóstico pré-natal etc. levaram à criação de grupos de debates que deram origem aos comitês de bioética nos hospitais em Baltimore, Nova Iorque e Madison, nos Estados Unidos.²⁸ Não se pode olvidar alguns casos ocorridos nos Estados Unidos da América que despertaram atenção do governo, tais como, em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em pacientes idosos; entre 1950 e 1970, no Hospital de Willowbrook, Nova York, injetaram hepatite viral em crianças portadoras de Síndrome de Down; desde os anos 40, no Estado do Alabama, no caso Estudo tuskegee, 400 negros sífilíticos foram deixados sem tratamento para pesquisar o curso natural da doença, embora a penicilina já tivesse sido descoberta. Esses casos chocaram a população americana e levaram o governo a criar uma comissão especial para estudar a questão relativa aos direitos dos pacientes.²⁹

Nesta senda, a bioética passou a ocupar lugar de destaque nos estudos da conduta, saúde e vida humana, visto que aborda questões referentes à deontologia médica e tudo aquilo ligado à vida e à saúde humana.

²⁶ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I: fundamentos e ética biomédica**. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Editora Loyola, 1996, p. 213.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 148.

²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010, p.8.

²⁹ LEITE, Salomão George. Bioética Constitucional. GODINHO, Adriano; LEITE, George Salomão; Dadalto, Luciana (coord). In: **Tratado Brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, 22-34

Segundo Clotet, a bioética visa resolver, de forma racional, os problemas biomédicos que surgem em face de visões diferentes dos mesmos, depois de considerados os princípios e valores morais. Exige-se a reflexão a respeito de o homem estar utilizando a ciência ou de ser objeto da mesma.³⁰ A bioética vai ser utilizada para dirimir conflitos nestas áreas, dentro de uma visão pluralista e multidisciplinar, certo de que a tarefa nunca é fácil diante da dificuldade de padronização de valores.

Portanto, a bioética busca aplicar a ética às questões que venham a surgir em decorrência das novas tecnológicas; é a ética ordinária, fundamental, geral ou substantiva aplicada a uma área especializada de problemas, ao bio-reino.³¹

A ética da vida, como é chamada a bioética, por alguns, surge no contexto de imprevisibilidade dos resultados das experimentações nas pesquisas com geneterapia, novas formas de procriação com profundas consequências nos conceitos de maternidade e paternidade, sendo premente a necessidade de proteger a espécie humana em face de avanços médicos, tendo como base os princípios éticos, visando sempre buscar os benefícios para o ser humano, dentro dos limites da dignidade humana.

Segundo Vicente de Paulo Barretto:

[...] A bioética surge, assim, como o mais novo e complexo ramo da ética filosófica, pois trata da responsabilidade em relação à humanidade do futuro e, ao mesmo tempo, considera a pessoa humana como detentora de direitos inalienáveis. Contribuem, assim, para estabelecer os seus fundamentos duas linhas do pensamento contemporâneo: a primeira, peculiar à tradição liberal, onde se proclamam e afirmam os direitos da pessoa humana, como limites à ação do Estado e dos demais indivíduos; a segunda, socorre-se de uma nova linha do pensamento filosófico, originária da primeira, mas que passa a pensar a ação do indivíduo, não somente no quadro de suas consequências imediatas, mas principalmente em função de suas repercussões futuras.³²

³⁰ CLOTET, Joaquim apud NEVES, Maria do Céu Patrão. A fundamentação antropológica da bioética. In **Bioética**. Brasília, v. 4, n. 1, p. 14, 1996.

³¹ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução Nelson Souza Canabarro. Bauru (SP): EDUSC, 1999, p. 47-48,

³² BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8.html. Acesso em: 19 ago. 2017.

Consoante explicam André Marcelo M. Soares e Walter Esteves Piñero, a história da bioética pode ser dividida em três fases: A primeira, no período de 1960 a 1977, em que surgem os primeiros comitês de bioética no mundo; a segunda, no período de 1978 a 1997, quando surgem grupos internacionais de estudo em bioética, associação europeia de centros de ética médica, o convênio europeu de biomedicina e direitos humanos, entre outros, diante das grandes descobertas como o nascimento do primeiro bebê de proveta; e uma terceira fase, iniciada em 1998, que teve como ponto culminante a descoberta do genoma humano e da técnica de clonagem.³³

Atualmente, os temas afetos à bioética extrapolam os limites do ambiente acadêmico, na medida em que repercutem no dia a dia das pessoas, tais como o aborto, a fertilização *in vitro*, a doação de órgãos e transplantes, a eutanásia etc e são objeto de debate constante nas conversas e nas redes sociais.

Leo Pessini destaca que vivenciamos uma realidade complexa, multicultural, com diversos valores religiosos e científicos, sendo necessário o diálogo multidisciplinar e a tolerância, peças chave para o avanço. Isto porque a bioética é transcultural, de forma que enquanto na América Latina os temas centrais discutidos são referentes à bioética e a à saúde pública, nos Estados Unidos predomina a discussão sobre a tomada de decisões, a partir de casos, com formulação de opções, ou seja, a partir de um pragmatismo e na Europa, por sua vez, há uma preocupação maior com a fundamentação ética dos procedimentos.³⁴

Um dos desafios que a bioética contemporânea se depara consiste nos limites éticos em face da pesquisa científica principalmente a que lida com a vida humana, diante da diversidade de valores inerentes a cada sociedade, bem como em face da formação do ponto de vista religioso, filosófico e moral que interferem na regulação da matéria pelos legisladores. Sem dúvida, esses paradigmas não são estáticos e evoluem à medida em que avança a biotecnologia, sendo certo que a preocupação com a proteção e com o respeito à vida é ponto comum.

³³ SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito**: uma introdução, São Paulo, p. 21-29.

³⁴ PESSINI, Leo. O desenvolvimento da bioética na América Latina – algumas considerações. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Fundamentos da bioética**. 2ª ed. São Paulo: Paulus, 2002, p. 9

Maria Claudia Crespo Brauner alerta que se deve adotar “um critério de prudência e de responsabilidade para a aceitação das novas intervenções sobre o ser humano e sua descendência.”

Infere-se, portanto, que bioética não possui um conceito unívoco e sua definição é ainda um desafio pendente. Definir a bioética requer considerar as mudanças científico-tecnológicas e sociais ocorridas e que demandaram o surgimento da bioética, tratando-se de uma demanda de reflexão, para colaborar na hora de elucidar problemas atinentes aos direitos humanos. Deve-se ter em mente que o reconhecimento do pluralismo como valor social e jurídico, característico das sociedades democráticas, supõe a convivência de distintas opções morais e que obriga também a assumir a existência de distintas concepções de bioética, considerando a diversidade e as diferenças culturais, o que, no entanto, não pode ser considerado um obstáculo para acordos e soluções caracterizadas pelo consenso e pela provisoriedade típica de um mundo em constante transformação.³⁵

2.2.2 Os fundamentos da bioética: principais correntes

2.2.2.1 O *principialismo*

Os princípios da bioética foram mencionados, primeiramente, no Relatório de Belmont, apresentado com resultado do trabalho da Comissão Norte-Americana para a Proteção da Pessoa Humana na Pesquisa Biomédica e Comportamental, em 1978, os quais consagravam a vontade da sociedade e da comunidade científica, visando orientar as atividades científicas. Tal documento menciona três princípios, conhecidos como a trindade bioética, que são o princípio da autonomia, o da beneficência ou não maleficência e o da justiça.³⁶

Mais tarde, Tom Beauchamp e James Childerss, que haviam integrado a comissão redatora do Informe, elaboraram um paradigma ético dirigido aos médicos e

³⁵ LECUONA, Itziar de. **Los comités de Ética como mecanismos de protección en investigación biomédica: análisis del régimen jurídico español.** Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 26-27.

³⁶ OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito.** Manipulação genética e dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2006, p. 47.

cientistas para oferecer uma referência conceitual prática a fim de ajudar a solucionar os conflitos bioéticos.³⁷ No livro “*Principles of Biomedical Ethics*” defendem que os princípios da bioética representam uma “moral comum” aceita pelas sociedades em geral, de modo que devem ser utilizados para solucionar os conflitos éticos. Embora os autores entendam que esses princípios possuem igual peso ou dimensão, resta claro que o princípio da autonomia ocupa lugar de destaque.

Assim, para o principialismo, o estudo da bioética buscou obter respostas na formulação de princípios éticos que serviriam como fonte de obrigações morais e pretendiam regular a pesquisa e engenharia genética. Tais princípios passaram a constituir o ponto de partida obrigatório para qualquer discussão a propósito dos temas relacionados com as ciências.³⁸

O princípio da autonomia é considerado por muitos doutrinadores como o mais importante da bioética. A autonomia está relacionada ao direito do homem de escolher a que procedimentos médicos pretende se sujeitar, devendo os profissionais da área de saúde respeitar os valores morais de cada pessoa, sem imposições. É importante sempre que o paciente manifeste seu consentimento livre e informado, evitando, assim, que se torne objeto ou coisa. Para tal, o médico deve fornecer informações claras e precisas ao seu paciente sobre o seu estado clínico e os tratamentos possíveis, permitindo que este diante de tais informações, possa optar por aquilo que julgar adequado. Beauchamp e Childress explicam o princípio da seguinte forma:

[...]To respect autonomous agents is to acknowledge their right to hold views, to make choices, and to take actions based on personal values and beliefs. Such respect involves respectful actions no merely a respectful attitude... Respect, in this account, involves acknowledging the value and decision-make rights of persons and enabling them to act autonomously, whereas disrespect for autonomy involves attitudes and actions that ignore, insult, demean, or are inattentive to others ‘rights of autonomous action.’³⁹

³⁷ NORIEGA, Maria Lacalle. **La persona como sujeto del derecho**. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, SL, 2013, p. 136.

³⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. **Princípios da Bioética e do Biodireito**. Disponível em: www.portalmédico.org.br/revista/bio2v8/simp1.pdf. Acesso em: 22 jan. 2008.

³⁹ BEAUCHAMP, Tom L. & CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Madri: Masson, 1989, p. 33. Tradução nossa: Respeitar os agentes autônomos é reconhecer seu direito de manter opiniões, fazer escolhas e tomar ações baseadas em valores e crenças pessoais. Tal respeito envolve ações respeitadas e não apenas uma atitude respeitosa ... O respeito, neste relato, envolve reconhecer o valor e os direitos de decisão das pessoas e permitir que atuem autonomamente, enquanto o desrespeito

Vale ressaltar, entretanto, que o conceito de autonomia muitas vezes é mal compreendido na seara médica. Autonomia não significa o respeito a qualquer escolha, mas apenas as escolhas para as quais a pessoa é capaz.⁴⁰ Nessa linha, Gogliano critica a exacerbação da autonomia na bioética:

[...] No momento em que a Bioética coloca a autonomia do sujeito como seu fundamento e seu princípio, por ser o homem o ser racional, deixa de compreendê-lo em sua totalidade, em sua essência mais profunda, como ser dotado de "humanistas", não só como aquele que quer e decide, como aquele que se autodetermina, como aquele que sofre, que chora, que sente e se angustia. Essa visualização fragmentada do ser humano, reflete-se sobretudo nos atos que envolvem a prática médica, no agir, na ação humana, em que o sensível resta esmagado pelo inteligível. E o ser humano completamente desvinculado da existência e da experiência.⁴¹

Portanto, a liberdade de escolha não deve ser considerada ilimitada: ela deve ser afastada em prol do bem comum, quando refletir negativamente na sociedade.

No que diz respeito ao princípio da beneficência, este está ligado ao bem-estar do paciente, estabelecido na tradição hipocrática.⁴² As pesquisas e técnicas devem ser realizadas no intuito de melhorar a saúde do homem e evitando o máximo possível causar-lhe qualquer dano, daí alguns também invocarem o princípio da não maleficência como ínsito ao da beneficência e outros autores, como um princípio independente.⁴³ As mesmas devem visar sempre o bem da pessoa, que é prioritário em relação aos interesses da sociedade e da ciência.⁴⁴

à autonomia envolve atitudes e ações que ignoram, insultam, rebaixam, ou estão desatentos aos direitos dos outros de ação autônoma.

⁴⁰ Assim, a recusa de uma criança ou de um enfermo mental a um tratamento pode ser desconsiderada, já que não possuem capacidade de para decidir livremente.

⁴¹ GOGLIANO, Dayse. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista de Direito Sanitário**, v.1, n. 1, Novembro 2000, p. 107-127.

⁴²A tradição hipocrática vem da Escola de Hipócrates, do V Século a.C., segundo a qual a Ética Médica baseia-se em dois deveres absolutos, considerados necessários e suficientes para determinar se o agir do médico é ou não correto e que são constitutivos da assim chamada deontologia médica. Trata-se dos deveres de não maleficência e de beneficência.

⁴³ Jonathan Herring explica: "the importance of the non-maleficence principle is that it urges against harming one patient to help another. This point can be demonstrated by the American case of MacFall v Shimp. MacFall needed a bone marrow transplant to improve his chances of surviving a serious medical condition. MacFall's cousin, Shimp, was found to be compatible for donation. Shimp, having initially

Por sua vez, o princípio da justiça, no contexto da bioética, estabelece que todos tenham acesso igualitário aos benefícios dos serviços de saúde. Aparece entrelaçado com uma acepção de justiça como justiça distributiva e também com a política de saúde garantidora de benefícios e acessos igualitários. Em condições de escassez de recursos, os problemas de justiça distributiva aumentam e geram diferentes leituras na hora da sua aplicação. Dentre elas, destaca-se a de N. Daniels, para quem o ponto de partida é considerar que há um conflito de interesses entre os que precisam dos serviços de saúde e os que suportam seus gastos, sendo certo que fundamentar uma justiça distributiva nas necessidades pode gerar conflitos de classe, pois quanto maior o gasto mais recursos deverão ser aportados pelas classes médias e mais acomodadas. O fundamento da justiça distributiva reside em garantir os cuidados para o funcionamento normal dos indivíduos, na medida em que isto condiciona e determina o acesso a postos de trabalho e a outros bens sociais em igualdade de condições.⁴⁵

A regra principal para a aplicação do princípio da justiça consiste em considerar que o paciente não pode exigir menos do que aquilo que a sociedade considere digno

indicated that he would be willing to donate bone marrow, changed his mind and decided against it. MacFall sought an order that Shimp had to donate. The court refuse the decision could be seen as support for the principle of non-maleficence: it would be wrong to harm Shimp by taking the bone marrow without his consent, even though it would be being done for a good motive – saving MacFall’s life. Notice, however, that this principle would not be infringed if Shimp had consented to the bone marrow transplant. Although he would have suffered a harm in sense (there would be physical pain involved in the donation), because he consented to it, it would not be seen a wrong against him. So what counts as harm is determinated to a significant extent by the individual concern”. HERRING, Jonathan. **Ethics and medical law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 29. Tradução livre: “A importância do princípio da não-maleficência é que ele insiste em prejudicar um paciente para ajudar outro. Este ponto pode ser demonstrado pelo caso americano de MacFall versus Shimp. MacFall precisava de um transplante de medula óssea para melhorar suas chances de sobreviver a uma condição médica séria. O primo de MacFall, Shimp, foi considerado compatível para doação. Shimp, tendo inicialmente indicado que estaria disposto a doar medula óssea, mudou de idéia e decidiu contra isso. MacFall procurou uma ordem que Shimp teve que doar. O tribunal recusou que a decisão pudesse ser vista como apoio ao princípio da não-maleficência: seria errado prejudicar Shimp tomando a medula óssea sem o seu consentimento, mesmo que isso estivesse sendo feito por um bom motivo - economizando o MacFall vida. Observe, entretanto, que este princípio não seria infringido se Shimp tivesse consentido no transplante de medula óssea. Embora ele tivesse sofrido um dano no sentido (haveria dor física envolvida na doação), porque ele consentiu, não seria visto um erro contra ele. Então, o que conta como dano é determinado de forma significativa pela preocupação individual.

⁴⁴ OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética – o sétimo dia da criação**. 5 ed.. São Paulo: Moderna, 1995, p.56.

⁴⁵ ARNAIZ, Graciano González R. **Bioética: Un nuevo paradigma**. *De ética aplicada a ética de la vida digna*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 56.

nem tampouco pode pedir mais do que aquilo que a sociedade possa lhe oferecer, de acordo com a distribuição equitativa dos recursos de saúde.

Tal princípio encontra-se consubstanciado na Constituição Federal Brasileira de 1988, que, no art. 196, dispõe:

[...] Art. 196 - A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁴⁶

Trata-se da aplicação do conceito de justiça como equidade, no sentido de garantir o acesso igualitário aos serviços de saúde. Nesse mesmo sentido, John Rawls defende que uma sociedade somente será justa se:

[...] todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, ingressos e riquezas, assim como as bases sociais e o respeito a si mesmo – forem distribuídos de maneira igual, a menos que uma distribuição desigual de algum ou de todos esses valores redunde em benefício para todos, em especial, para os mais necessitados.⁴⁷

O princípalismo é atualmente a principal corrente da Bioética, talvez porque se apresente com aparente simplicidade e de maneira bastante pragmática. Vale ressaltar, no entanto, que a aplicação de tais princípios apresenta problemas de ordem racional, na medida em que a sua aplicação não pode ser feita de maneira conjunta, posto que partem de pressupostos que são mutuamente excludentes.

Enquanto o princípio da beneficência prega que o médico deve envidar todos os esforços para manter o paciente vivo, mesmo contra a sua vontade, o princípio da autonomia reconhece o direito do paciente de decidir, na relação médico-paciente. O princípio da justiça, por sua vez, visa garantir a todos, indistintamente, o direito à saúde.

⁴⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172.

⁴⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 94.

Percebe-se que a aplicação literal dos três princípios da bioética de modo mecânico, sem que sejam discutidos os seus fundamentos éticos, podem tornar-se conflitantes, contraditórios e auto excludentes, já que apresentam pontos centrais, por vezes, convergentes.

Consequentemente, torna-se, então, necessário assegurar a integração entre os princípios, de forma que a autonomia seja preservada, a solidariedade garantida e a justiça promovida.⁴⁸

Entretanto, como pontua Herring, embora os princípios integrem uma lista de verificação útil na discussão ética, eles não devem ser considerados como a palavra final, já que há uma série de outras questões e argumentos que devem ser considerados, mesmo que eles não se encaixem na abordagem dos referidos princípios.⁴⁹

Embora seja difícil, como salienta Sílvia da Cunha Fernandes, obter a neutralidade nas pesquisas científicas, dada à condição humana do próprio cientista, cujas conclusões e descobertas com ele mesmo se relacionam, os princípios não deixam de servir como paradigmas a serem observados pelos profissionais envolvidos.⁵⁰

2.2.2.2 *A ética da virtude*

A ética da virtude é uma corrente da bioética que tem cada vez mais aceitação entre os profissionais da área, que propõe reformular a moral que passará de um conjunto de regras à experiência e ao homem como sujeito, retomando escritos de Sócrates e Aristóteles.

Partindo do efeito da ação moral sobre o sujeito, considera-se a necessidade de se adquirir bons hábitos – virtudes – para construir um sujeito capaz de tomar decisões

⁴⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8.html. Acesso: em 19 set. 2017.

⁴⁹ HERRING, Jonathan. **Medical law and ethics**. 6 th edition. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 32.

⁵⁰ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16.

corretas. A partir desta perspectiva, entende-se que a função da bioética é formar profissionais conscientes e capazes de encarar o conjunto de decisões que devem tomar, mas do que construir apenas códigos de conduta.

O principal expoente desta corrente, o professor Edmund Pellegrino baseia-se na linha exposta por Aristóteles em sua “Ética a Nicómaco”, segundo o qual a virtude consiste em agir segundo o justo meio e o critério do justo meio é a reta regra.⁵¹ No mesmo sentido, o Professor Alasdair Macintyre sustenta que apenas a Ética das Virtudes garante a vida feliz, que é objetivo do homem, por natureza. Para ele, o caráter é mais importante do que o cumprimento das normas. E explica:

[...] As virtudes deveriam ser recomendadas e cultivadas ao longo do tempo mediante interações educacionais, modelos de atuação etc. Uma pessoa moralmente boa, com a adequada configuração de desejos e motivos tem mais possibilidades de entender o que deve fazer, de realizar as ações necessárias e de criar e atuar segundo os ideais morais. Uma pessoa de confiança tem motivações e desejos profundamente arraigados de realizar ações corretas. O caráter é composto de um conjunto de expressões ou manifestações estáveis que determinam a maneira de julgar e de atuar de uma pessoa. É por isso que admiramos, louvamos e apontamos como modelo moral toda pessoa disposta por seu caráter a ser generosa, cuidadosa, piedosa e justa, e não aquelas pessoas que seguem estritamente as regras.⁵²

A virtude pressupõe, no contexto médico, hábitos que conduzam ao bem do paciente. A virtude é a ética em ação, é o conjunto de qualidades que deve desenvolver todo bom profissional da saúde: a benevolência, a abnegação, a fidelidade ao juramento, a compaixão, a humildade, a justiça e a prudência. Assim, *o modelo básico de pessoa moral é aquele que está disposto por seu caráter a ter bons motivos e desejos corretos.*⁵³

Esta corrente apresenta razões para a atuação moral, porém possui alguns inconvenientes. Em primeiro lugar, parece que abandona o conceito de dever; em

⁵¹ PELLEGRINO, Edmund D. & THOMASMA, David C. **For the patient's good: the restoration of beneficence in health care.** New York: Oxford University Press, 1988

⁵² Apud LIMA, Alexandre. Contribuições do princípalismo e da ética das virtudes à bioética. **Revista Guairacá de Filosofia**, Guarapuava-PR, V32, N1, P. 46-58, 2016. Disponível em: www.revistas.unicentro.br . Acesso em: 17 ago 2018.

⁵³ LIMA, Alexandre. Contribuições do princípalismo e da ética das virtudes à bioética. **Revista Guairacá de Filosofia**, Guarapuava-PR, V32, N1, P. 46-58, 2016. Disponível em: www.revistas.unicentro.br . Acesso em: 17 ago 2018.

segundo lugar, não considera os princípios e as normas. Se não se incluem, junto à virtude, princípios, normas e deveres, pode-se cair em um círculo argumentativo do qual é impossível sair: o ato moralmente bom é aquele em conformidade com a virtude, realizado por uma pessoa virtuosa e quem é uma pessoa virtuosa? É aquela que pratica ações de acordo com a virtude.

A única maneira de sair desta circularidade é aceitar que existem princípios éticos com os quais a conduta humana deve estar em conformidade para que seja considerada realmente virtuosa. Sem princípios e normas objetivas cai-se facilmente em um relativismo.

Para suprir essa deficiência, Beauchamp e Childress, embora defendam a corrente principialista, explicam que:

[...] a teoria das virtudes é compatível com a teoria baseada em obrigações, pois mesmo as pessoas corretas necessitam de princípios, regras e ideais para distinguirem entre o correto e o incorreto. Apesar de não haver uma correspondência perfeita entre todos os princípios e virtudes, Beauchamp e Childress acreditam na compatibilidade entre elas visto que, de algum modo, as normas de conduta se corresponderiam com os critérios de virtude. Assim, um princípio como, por exemplo, o respeito à autonomia, se corresponderia com a virtude da respeitabilidade, assim como a regra da veracidade se corresponderia com a virtude da sinceridade. Contudo, os autores procuram salientar que não existe uma virtude para cada obrigação. Por exemplo: a preocupação, compaixão, cuidado, coragem, modéstia e paciência não se correspondem com normas de obrigação, mas contribuem e melhoram as ações realizadas por obrigação.⁵⁴

Emily Jackson resume que a ética da virtude tem em vista não se uma ação é permitida ou não, mas sim se ela é a coisa correta a ser fazer.⁵⁵

Na realidade, os teóricos da ética de virtudes não aceitam que os princípios sejam neutros e universais. Ao contrário do principialismo, a ética da virtude pretende um maior foco no agente, na formação do seu caráter, a partir de hábitos capazes de formar pessoas virtuosas. Assim, mais do que dar atenção às regras e princípios, a

⁵⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Madri: Masson, 1989, p. 37.

⁵⁵ JACKSON, Emily. **Medical Law, text, cases and materials**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.15.

ética das virtudes correlaciona-se com as ações justas⁵⁶, a partir dos indivíduos e de como eles são moralmente.

Pode-se dizer que a superação do relativismo e a inclusão dos princípios e do dever moral em um esquema ético das virtudes será dada por inclusão de uma base ontológica que permita realizar uma adequada hierarquização dos bens em conflitos, requisito imprescindível para um atuar correto.

2.2.2.3 O utilitarismo

Esta corrente de pensamento baseia-se nas teorias de Jeremy Bentham⁵⁷ e Stuart Mill e considera que é bom aquilo que produz bem-estar ou benefício para um maior número de pessoas. A utilidade da ação está situada acima de outros bens, de modo que se as consequências de uma ação beneficiarão um número maior de pessoas, esta ação pode ser tida como moralmente correta.

O utilitarismo está intimamente ligado à escola iluminista, posto que a razão é tida como mecanismo de compreensão do mundo que nos cerca. A sua grande marca consiste no uso de métodos utilizados pelas ciências naturais às ciências morais (que analisam as condutas humanas). Aparisi afirma que a corrente utilitarista aflora nas sociedades modernas, especialmente nas mais desenvolvidas, por uma espécie de impulso infreável de satisfazer todo tipo de desejo material⁵⁸, levando até à instrumentalização do ser humano.

O utilitarismo parte da premissa de que o ser humano é um ser cognitivo, capaz de conhecer pela razão. A ideia é a de que existiria um princípio que, se adotado,

⁵⁶ LIMA, Alexandre. Contribuições do princípalismo e da ética das virtudes à bioética. **Revista Guairacá de Filosofia**, Guarapuava-PR, v. 32, n. 1, p. 46-58, 2016. Disponível em: www.revistas.unicentro.br. Acesso em: 17 ago 2018.

⁵⁷ Jeremy Bentham é considerado o fundador da escola utilitarista, a partir da publicação, em 1789, da sua obra intitulada “Introdução aos Princípios da Moral e Legislação”, seguido por Stuart Mill, que publicou em 1871 o livro “Utilitarismo”.

⁵⁸ MIRALLIS, Ángela Aparisi. Bioética, Bioderecho y Biojurídica. **Anuario de Filosofia del Derecho**, nº 24, ano 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/472067>. Acesso em: 21 aug 2018.

tornaria possível uma espécie de teoria da conduta humana. Trata-se do princípio da utilidade ou princípio da felicidade do maior número.

Assim sendo, o princípio da utilidade é um princípio que aprova ou desaprova as condutas humanas segundo a tendência que possui de aumentar ou de diminuir a felicidade das pessoas que possuam interesse nesta ação, sendo a felicidade entendida como sinônimo de prazer⁵⁹. Nesse contexto, o acerto moral de uma decisão consiste no cálculo do prazer que ela proporciona.

Diferentemente de Bentham, Stuart Mill defende que a análise da felicidade não seja apenas numérica, devendo-se levar em consideração a qualidade dos prazeres, já que existem prazeres superiores em relação a outros, em relação aos quais deveriam ser feitas as opções. Sobre os possíveis desvirtuamentos nessas escolhas, defende:

“[...] Pode-se objectar que, sob a influência da tentação, muitos daqueles que podem aceder aos prazeres superiores preferem ocasionalmente os inferiores. Mas isto é inteiramente compatível com um total reconhecimento da superioridade intrínseca dos prazeres superiores. Devido à fraqueza de caráter, os homens elegem frequentemente o bem que está mais à mão, embora saibam que este é menos valioso; e isto ocorre tanto quando a escolha é entre dois prazeres corporais como quando é entre prazeres corporais e mentais. Entregam-se a vícios sensuais que prejudicam a saúde, embora estejam perfeitamente conscientes de que a saúde é o maior bem.”⁶⁰

Para Mill, porém, a felicidade dos outros também é relevante na análise do acerto das condutas e não apenas a felicidade isolada do indivíduo, devendo-se procurar a multiplicação da felicidade.⁶¹

Igualmente defensor do utilitarismo, Peter Singer, diferentemente do que prega o utilitarismo clássico, defende a busca das melhores consequências, que deve ser compreendida, no entanto, como o significado de algo que, examinadas todas as alternativas, favorece os interesses dos que são afetados, e não como algo que

⁵⁹ GRACUS, Aulus; KOBUS, Renata Carvalho. Utilitarismo: alguns apontamentos a partir de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Michael Sanders. **RJLB**, Ano 4 (2018), nº 5.

⁶⁰ GUIÁN, Esperanza. **Utilitarismo**. In: Dicionário Moral e Política – instituto de Filosofia e Linguagem. Disponível em: <http://www.ifl.pt/private/admin/fichei-ros/uploads/02260f474ec258a8a6512fb0779695df.pdf>. Acesso em: 14.02.2018, p. 09.

⁶¹ Idem, p. 11.

simplesmente aumenta o prazer e diminui o sofrimento. Chega a afirmar que a vida humana pode ser tão miserável a ponto de não valer a pena de ser vivida, justificando, por exemplo, a eutanásia. Suas afirmações levaram-no a ser silenciado na Alemanha, na Áustria e na Suíça.⁶²

Michael J. Sandel, em sua obra intitulada “Justiça: o que é fazer a coisa certa”, procura explicar o pensamento utilitarista a partir de um caso histórico. Relata que em um naufrágio ocorrido em 1884 no Atlântico Sul, estavam a bordo 4 tripulantes, o capitão, o primeiro oficial, um marinheiro e um jovem taipeiro de 17 anos de idade. No barco salva-vidas havia apenas algumas latas de nabo em conserva. Não havia água potável. À certa altura, tendo acabado a comida, o jovem taipeiro, que estava desesperado, ingeriu muita água salgada e começou a passar mal. Assim, o capitão sugeriu que eles realizassem um sorteio para definir quem se sacrificaria para que os demais pudessem sobreviver até o resgate. De pronto, todos rejeitaram a ideia. O capitão, entanto, decidiu que o jovem taipeiro já desmaiado deveria ser sacrificado e com um golpe de canivete no pescoço matou o mesmo, que serviu de alimento durante quatro dias, quando enfim, o resgate chegou. Relata Sandel que as autoridades tomaram conhecimento do ocorrido, de modo que eles foram presos por homicídio, tendo, contudo, alegado que agiram em estado de necessidade. Indaga-se se seria moralmente justificável sacrificar uma pessoa para salvar outras três. A partir da ótica utilitarista, o referido autor pondera que o jovem taipeiro já estava bastante doente e fraco e não possuía família, permitindo a reflexão moral sobre a possibilidade de se sopesar a vida por um critério meramente quantitativo: matar um para salvar três, ou não matar ninguém e morrerem os quatro?⁶³

Neste caso, portanto, infere-se que a ótica do utilitarismo não respeita direitos individuais, além de reduzir valores diferentes a uma única escala. De outro turno, o conceito de felicidade apresenta-se vago e inconsistente. Dussel, sobre as falhas do utilitarismo, pondera:

⁶² IMMIG, Claudio Vicente. **Correntes da bioética frente às pessoas com deficiência**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewFile/8066/5705>. Acesso em: 20 out 2018.

⁶³ SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 48.

“[...] O utilitarismo indica a importância de um aspecto do critério material subjetivo: a felicidade (momento em que apenas as morais formais atuais negam sem nuances); mas não chegou a definir um critério (que será para nós a ‘vida humana’ concreta) capaz de subsumir os outros aspectos materiais (tais como os valores, a lógica das pulsões, etc.) e que possa fundar-se ou desenvolver-se como um princípio ético universal.”⁶⁴

Para Rawls, a justificação do utilitarismo encontra-se na “maximização do bem-estar coletivo” em detrimento aos direitos individuais acarretando uma situação de injustiça, já que não há uma preocupação com a igualdade nem com a liberdade e com outros direitos fundamentais. Assim, conclui o referido autor que não há garantia de que a realização do princípio de utilidade beneficie efetivamente todos os membros da sociedade de forma igualitária, uma vez que a obtenção desse propósito requer o sacrifício das expectativas de vida das pessoas, mediante renúncia de determinados benefícios “em favor de um bem maior para todos”.⁶⁵

A fundamentação utilitarista encontra-se muito presente nas sociedades capitalistas, embora às vezes passe despercebida. Por exemplo, na questão do fornecimento de medicamentos, quando se pensa que os recursos públicos são escassos, de modo que garantir um tratamento de saúde de alto custo a um único indivíduo pode implicar desassistência a inúmeros outros, tem-se uma fundamentação utilitarista para justificar a decisão negativa.

Bem ressaltam Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz que não é possível, em hipótese alguma, fazer valer os princípios do utilitarismo social, segundo o qual se justifica o sacrifício de alguns para a felicidade de um grupo de pessoas. Para o bem-estar da maioria é justo que se faça menos da felicidade e até mesmo da vida de alguns poucos. A aceitação desta fórmula é meio caminho para a prática de barbárie contra inocentes.⁶⁶

⁶⁴ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 3 ed.. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 115.

⁶⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 193.

⁶⁶ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito *in vitro***: da bioética ao biodireito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 66.

2.2.2.4 O contratualismo

O contratualismo parte do pressuposto da impossibilidade de se alcançar uma ética universal, com a qual todos estejam de acordo, de forma que a única fonte de autoridade seria o consenso.

A partir do momento em que verdades reconhecidas há séculos deixaram de existir, pondo em xeque a própria existência da verdade e da capacidade humana de compreendê-la, todos são igualmente livres para estabelecer o que seria o bem coletivo, a partir da subjetividade de cada um, então a fonte última da ética só pode ser o consenso ou, na sua falta, a vontade da maioria.⁶⁷

Esta corrente considera a complexidade das relações sociais da atualidade e evidencia as insuficiências de ética hipocrática. Propõe em termos, por assim dizer contratualistas, as relações entre médico e paciente e entre médico e sociedade. Robert Veatch, um dos expoentes dessa teoria, em sua obra “*A Theory of Medical Ethics*”, propõe uma teoria de triplo-contrato (*a triplece-contract theory of medical ethics*), ou seja, uma teoria de um contrato celebrado em três níveis: na sociedade em geral e acerca dos princípios orientadores da relação médico-paciente; entre os médicos e a sociedade; entre médicos e pacientes.⁶⁸

Em relação ao “Contrato Social Básico” Robert apresenta sete princípios de conteúdo moral: beneficência, não-maleficência, autonomia, cumprimento de promessas ou fidelidade, dizer a verdade ou honestidade, evitar matar e justiça. No contrato entre a sociedade e o grupo profissional são estabelecidos os respectivos deveres imputados a cada grupo na sua interação, em conformidade com a moralidade do contrato social. Por último, o contrato entre os profissionais de saúde e os doentes, onde serão detalhadamente especificadas as obrigações de cada grupo.⁶⁹

Derivado do contratualismo clássico, elaborado por Hobbes, Locke e Rousseau, o neocontratualismo é uma teoria deontológica que vislumbra no acordo convencional

⁶⁷ NORIEGA, Maria Lacalle. **La persona como sujeto del derecho**. Madrid: Dykinson, 2013, p. 142.

⁶⁸ VEATCH, Robert. **A theory of medical ethics**. New York: Basic, 1981, p. 54.

⁶⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão. **Comissões de ética**. Das bases teóricas à actividade quotidiana. 2 ed. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2002, p. 52.

as razões do dever ser. Esse acordo estipulado entre os indivíduos em sua comunidade. Portanto, os juízos morais se fundamentam não em fatos, mas naquilo que os indivíduos expressaram, através do consenso, como uma situação neutra, onde foram feitas escolhas racionais.

Hugo Tristram Engelhard, por sua vez, defende a existência de uma “moralidade secular geral”. O agente precisa ser capaz de compreender que as decisões podem ser moralmente consideradas e assim é possível que as pessoas possam resolver controvérsias morais, mesmo sem serem amigas morais ou metafísicas, introduzindo a categoria de estranhos morais, enquanto discordam na essência da vida moral. Propõe a possibilidade de serem feitos acordos para que a ciência possa resolver as disputas empíricas de maneira racional, em conformidade com o que foi moralmente decidido.⁷⁰

De outro giro, Rawls redefine o argumento do contrato inicial posicionando-o não como um mero acordo para a instauração de uma determinada forma de governo, mas para uma escolha coletiva que objetiva à adoção de princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade. Em face da existência de múltiplas concepções do bem e crenças numa mesma sociedade democrática liberal, a estabilidade social apenas pode ser conseguida através de um acordo ou pacto celebrado por todos aqueles comprometidos com a efetivação da justiça.⁷¹

Entretanto, a fundamentação contratualista não está livre de ponderações. Primeiramente, há a questão do chamado “estabelecimento” para a instância do acordo. Quem deve ser incluído (por exemplo, uma seleção aleatória de pessoas, pessoas “razoáveis”, pessoas pobres ou deficientes ou vulneráveis ou menos favorecidas, etc.)? A inclusão de pessoas que possam ser mais afetadas pela política ou posição é crucial, assim como aqueles que agem “razoavelmente” no sentido de estarem dispostos a fazer algumas concessões, mas sendo fortes o suficiente para sustentar os outros, a fim de evitar o sacrifício excessivo. Também é crucial que as circunstâncias para este exemplo de acordo envolvam a liberdade, afastando qualquer tipo de coerção ou fraude. Uma segunda preocupação com a abordagem contratualista

⁷⁰ DURAND, Ruy. **Introdução geral à bioética: História, conceitos e instrumentos**. São Paulo: Loyola, 2003, p.43

⁷¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54.

é semelhante ao dilema de Eutífron na filosofia da religião - os deuses amam e comandam o bem porque é bom ou o bem é só porque os deuses o amam e comandam? Se o último, a preocupação é que eles poderiam comandar qualquer coisa (mesmo ruim) e seria bom apenas pelo fato de que eles comandaram. Há um tipo similar de preocupação com o contratualismo. E ainda mais preocupante, pode-se perguntar qual o papel que a “contratação” realmente desempenha.⁷²

Na realidade, isso não quer dizer que o contratualismo não seja uma abordagem viável em potencial para os dilemas éticos, mas apenas que o contratualismo tem desafios tanto práticos quanto normativos a serem cumpridos.

2.2.2.5 *O personalismo*

O núcleo central desta corrente consiste em considerar a pessoa como unidade psicossomática e sempre tem em mente o respeito a sua dignidade, desde o momento da sua concepção até a sua morte natural. *Sgreccia*, expoente maior desta corrente, defende que a pessoa humana é uma totalidade que deve ser considerada em todas as suas dimensões (psíquica, física, espiritual, social e moral) e que sua proteção deve ser a fundamentação de qualquer ação. E explica:

[...]A tradição personalista aprofunda suas raízes na própria razão do homem e no coração de sua liberdade: o homem é pessoa por que é o único ser em que a vida se torna capaz de reflexão sobre si, de autodeterminação; é o único ser vivo que tem a capacidade de captar e descobrir o sentido das coisas, e de dar sentido às suas expressões e à sua linguagem consciente.⁷³

A fundamentação ética a partir do personalismo pretende promover a verdade plena sobre o homem, ter a pessoa humana como valor fundante, transcendente e

⁷² BLUMENTHAL-BARBY, J.Sr. **The age of contractualism in bioethics?** Disponível em: <http://www.bioethics.net/2015/09/the-age-of-contractualism-in-bioethics/>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁷³ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I: fundamentos e ética biomédica**. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996, p. 87-109.

normativo e trata das questões éticas referentes à vida humana através de uma perspectiva que reconhece o ser e a dignidade da pessoa como valores absolutos.

Consequentemente, põe como *primum principium* o respeito incondicional de sua inviolabilidade e a tutela de sua livre expressão, a partir dos direitos humanos. Sgreccia esclarece que o personalismo que defende não pode ser confundido com o individualismo subjetivista, para o qual a constituição da pessoa se mantém exclusivamente na sua capacidade de auto decisão e de escolha, mas preconiza um estatuto ontológico da pessoa, em sua totalidade.⁷⁴

A partir deste fundamento ontológico, propõe-se que as ações e escolhas sejam guiadas por quatro princípios: a defesa da vida, o princípio da totalidade ou terapêutico, o princípio da liberdade e da responsabilidade e o princípio da socialização e subsidiariedade.⁷⁵

O princípio da defesa da vida destaca que o valor fundamental da pessoa é a vida, sem o qual nenhum outro valor pode existir. Ainda que a pessoa não se esgote no seu corpo, este é essencial e através dele ela expressa seus valores, de modo que o respeito à vida humana é o primeiro imperativo ético. Assim, Garcia explica que:

“[...] la vida física, corpórea, es el valor fundamental de la persona porque la persona no puede existir si no es en un cuerpo. Tampoco la libertad puede darse sin la vida física: Para ser libre es necesario ser viviente. No se puede ser libre si no tenemos la vida. La vida llega anteriormente a la libertad; por eso, cuando la libertad suprime la vida, es una libertad que se suprime a sí misma.”⁷⁶

⁷⁴ RAMOS, D. L. P. **Fundamentos e princípios da bioética**. Notandum, v. 9, 2002. Disponível em: www.hottopos.com/notand9/dalton.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁷⁵ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I: fundamentos e ética biomédica**. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996, p. 87-109.

⁷⁶ GARCÍA, José Juan. **Bioética personalista y bioética principialista**. Perspectivas. en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética. Disponível em: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/203-bioetica-personalista-y-bioetica-principialista-perspectivas>. Acesso em: 12 maio 2018. Tradução livre: A vida física, corpórea, é o valor fundamental da pessoa, porque a pessoa não pode existir se não estiver em um corpo. Nem a liberdade pode ser dada sem a vida física: ser livre é necessário estar vivo. Não se pode ser livre se não tivermos vida. A vida vem antes da liberdade; É por isso que, quando a liberdade suprime a vida, é uma liberdade que se suprime a si mesma.

O princípio da liberdade e responsabilidade preconiza que o homem é livre, porém tem o dever moral de colaborar para salvaguardar sua vida e a dos demais, assim como o profissional de saúde deve guiar-se pela liberdade em relação aos tratamentos, mas com responsabilidade de não dispensar aquilo que não for necessário.

Já o princípio da totalidade ou princípio terapêutico, por sua vez, preconiza que o corpo humano é um todo orgânico, composto por partes distintas, mas que formam uma existência única. A partir deste entendimento, intervenções sobre uma parte do corpo podem ser justificadas se forem necessárias para salvar o todo, que não haja outros meios para superar a doença, uma alta probabilidade de êxito e, por fim, o consentimento do paciente.

De acordo o princípio da socialização e da subsidiariedade, a vida deve ser encarada não apenas como um bem individual, mas também como um bem social, sendo dever da comunidade promover o bem de cada um, através da promoção do bem-comum.

[...] La persona está inserta en una sociedad, es más, es el centro de la sociedad, por eso debe ser beneficiaria de toda la organización social, porque la sociedad se beneficia de la persona, de todo hombre y de todos los hombres. La relación social es también ayudada por el concepto de subsidiaridad. Es decir, que todo el bien que puede hacer la persona por sí misma debe ser respetado, así como todo el bien que pueden hacer las personas asociadas — en familia o en las libres asociaciones— debe ser respetado también. Pero este principio no termina ahí. También implica que sean ayudados aquellos que no pueden ayudarse por sí mismos, que no tienen posibilidad de buscar lo necesario por sí mismos, lo necesario para su alimentación, para su salud, para su instrucción. La sociedad es una verdadera sociedad cuando es solidaria. El "Principio de Subsidiaridad" puede definirse también como Solidaridad.⁷⁷

⁷⁷ GARCÍA, José Juan. **Bioética personalista y bioética principialista**. Perspectivas. En García, José Juan (diretor): Enciclopedia de Bioética. Disponível em: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/203-bioetica-personalista-y-bioetica-principialista-perspectivas>. Acesso em: 12 maio 2018. Tradução livre: A pessoa está inserida em uma sociedade, é mais, é o centro da sociedade, por isso deve ser o beneficiário de toda organização social, porque a sociedade se beneficia da pessoa, de todo homem e de todos os homens. A relação social também é auxiliada pelo conceito de subsidiariedade. Isso quer dizer que todo o bem que a pessoa pode fazer por si mesmo deve ser respeitado, assim como todo o bem que as pessoas associadas podem fazer - em família ou em associações livres - também deve ser respeitado. Mas esse princípio não termina aí. Implica também que aqueles que não podem se ajudar, que não têm possibilidade de procurar o que é necessário para si, o que é necessário para sua nutrição, para sua saúde, para sua instrução, são ajudados. A sociedade é uma sociedade verdadeira quando é solidária. O "Princípio da Subsidiariedade" também pode ser definido como Solidariedade.

Kant já asseverava que “o *homem, e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim de si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade*” (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.⁷⁸

Todas essas fundamentações têm um papel importante quando de se tenta fundamentar o status moral de uma decisão. Nesta senda, pontuam Nils Hope e José Miola que *in many cases, particular the very difficult ones, it is very much worth trying to see through the lenses of all of them to get the best possible picture.*⁷⁹

2.2.2.6 Bioética e transumanismo

O conhecido historiador Yuval Noah Harari, no seu livro *Sapiens*, afirma que no século XXI o *homo sapiens* está começando a violar as leis da seleção natural, substituindo-as pelas leis do design inteligente, através de três formas: por meio da engenharia biológica, engenharia cyborg ou engenharia de vida inorgânica. A primeira consiste na intervenção humana deliberada no nível biológico com o objetivo de alterar a forma, as potencialidades, as necessidades ou os desejos de um organismo. Através dela se está em jogo a possibilidade de prolongar a vida humana indefinidamente, dominar doenças incuráveis e aprimorar nossas capacidades cognitivas e emocionais. Uma verdadeira violação das leis da seleção natural. Por sua vez, através da engenharia cyborg, haveria a combinação de parte orgânicas com inorgânicas, como, por exemplo, braços biônicos ou a interface direta de mão dupla entre o cérebro

⁷⁸ KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. (Contendo a doutrina do direito e a Doutrina da Virtude). Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 57.

⁷⁹ HOPPE, Nils; MIOLA, José. **Medical law and medical ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.14. Tradução livre: Em muitos casos, especialmente os muito difíceis, vale muito a pena tentar ver através das lentes de todos eles para obter a melhor imagem possível.

humano e o computador. E, por último, a engenharia de vida inorgânica seria capaz de produzir seres completamente inorgânicos, como programas de computador e vírus de computador que podem sofrer evolução independente.⁸⁰

A biologia, a medicina e a biotecnologia encontram-se, portanto, em sua época áurea. Segundo Leo Pessini:

[...] Avanços na neurociência trazem a promessa de poderosas e novas compreensões dos processos mentais e comportamento, bem como da cura de doenças mentais devastadoras. Instrumentos nanotecnológicos geniais, implantáveis no corpo e cérebro humano, trazem esperança de superação da cegueira e surdez, bem como de aprimoramento das naturais capacidades humanas de consciência e ação. Pesquisas na área da biologia do envelhecimento e senescência sugerem a possibilidade de diminuir o processo de declínio dos corpos e mentes e, talvez, até mesmo aumentar ao máximo o tempo da vida humana. De inúmeras maneiras, as descobertas dos biólogos e as invenções dos biotecnologistas estão aumentando o poder de intervir no funcionamento de nossos corpos e mentes e alterá-los por um plano racional. Existem muitas pessoas que manifestam grande entusiasmo em relação a tais desenvolvimentos. Antes mesmo que tragam benefícios práticos, suas perspectivas voltam-se ao aprofundamento do conhecimento sobre como funcionam a mente e o corpo humanos. Mas as promessas em torno dos benefícios médicos de tais descobertas são o que alimentam, especialmente, essa admiração. Portadores de inúmeras patologias e suas famílias esperam ardentemente a cura para suas doenças devastadoras e ansiosamente antecipam alívio de tanta miséria humana. Como já se fez no passado, certamente se acolherão as novas descobertas tecnológicas que podem ajudar a conquistar corpos mais saudáveis, experimentar menos dor e sofrimento, bem como alcançar paz de mente e vida mais longa.⁸¹

Ao mesmo tempo que esses avanços geram otimismo e entusiasmo igualmente criam inquietações que remetem à reflexão sobre esse empoderamento humano sobre a sua própria vida.

Nesse contexto, o movimento transumanista ou pós-humanista aparece, por volta da década de 80, com escritos do filósofo Ihab Hassan, que utiliza o termo pós-humanismo em um trabalho intitulado “*Prometheus as Performer: Towards a Posthumanist Culture*”, como uma nova roupagem de ideias que permearam a época iluminista quanto à visão reducionista da vida humana, porém calcada no relativismo

⁸⁰ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**. Uma breve história da humanidade. 30ª ed.. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017, p. 417.

⁸¹ PESSINI, Leo. **Bioética e o desafio do transumanismo**: ideologia ou utopia, ameaça ou esperança? Disponível em: Acesso em: 20 out. 2018.

típico da contemporaneidade. Esta afirmação pode ser observada a partir da obra *L'homme machine*, publicada em 1748, de Julien Offray de La Mettrie, na qual ele assevera que os humanos são animais e máquinas. Condorcet, outro filósofo da época iluminista, em 1794 escreveu que para o aperfeiçoamento das faculdades humanas não há limites.⁸²

Importante destacar o “Manifesto Transumano”, difundido por Natasha Vita-More, em 1983, que veio a transformar-se, posteriormente, na “Declaração Transumanista” preconizando oito premissas:

1. A humanidade deve ser profundamente afetada pela ciência e tecnologia no futuro. Nós imaginamos a possibilidade de ampliar o potencial humano ao superar o envelhecimento, deficiências cognitivas, sofrimento involuntário e nosso confinamento no planeta Terra.
2. Nós acreditamos que o potencial da humanidade continua em grande parte ainda não alcançado. Existem possíveis cenários que levam a humanidade a condições maravilhosas e extremamente interessantes.
3. Reconhecemos que a humanidade enfrenta sérios riscos, especialmente pelo uso indevido de novas tecnologias. Existem possíveis cenários que levam à perda da maior parte, ou mesmo de tudo, do que consideramos valioso. Alguns destes cenários são drásticos, outros sutis. Embora todo progresso seja mudança, nem toda mudança é progresso.
4. Precisa ser investido na pesquisa que se esforça para entender essas perspectivas. Precisamos deliberar cuidadosamente a melhor maneira de reduzir os riscos e acelerar as aplicações benéficas. Também precisamos de fóruns onde as pessoas possam discutir de forma construtiva o que deve ser feito e uma ordem social onde as decisões responsáveis possam ser implementadas.
5. A redução dos riscos existenciais e o desenvolvimento de meios para a preservação da vida e da saúde, o alívio do sofrimento grave e as melhorias da prospectiva e sabedoria humanas devem ser perseguidas como prioridades urgentes, e fortemente financiadas.
6. A formulação de políticas deve ser guiada por uma visão moral responsável e inclusiva, levando a sério tanto as oportunidades como os riscos, respeitando a autonomia e os direitos individuais, e mostrando solidariedade e preocupação com os interesses e a dignidade de todas as pessoas ao redor do mundo. Nós devemos também considerar nossas responsabilidades morais em relação às gerações que existirão no futuro.
7. Defendemos o bem-estar de toda senciência, incluindo seres humanos, animais não humanos e quaisquer futuros intelectos artificiais, formas de vida modificadas ou outras inteligências às quais o avanço científico possa dar origem.
8. Nós preferimos permitir que os indivíduos tenham amplas opções de escolha pessoal sobre como eles querem viver suas vidas. Isso inclui o uso de técnicas que podem ser desenvolvidas para auxiliar a memória, concentração e

⁸² Idem.

energia mental, terapias de extensão de vida; Tecnologias de escolha reprodutiva; Procedimentos criônicos; E muitas outras possíveis tecnologias humanas de modificação e aprimoramento.⁸³

Outro marco do transumanismo que não pode ser olvidado foi a obra de FM-2030, com o título sugestivo: “Você é transumano? Uma monitorização e simulação de seu índice pessoal de crescimento em um mundo rapidamente mutante”, na qual defende o uso da tecnologia para converter o ser humano em um organismo pós-biológico e alcançar uma existência de duração indefinida.⁸⁴

A filosofia transumanista ou pós-humanista acoberta o intento de transformar substancialmente os seres humanos através da aplicação direta da tecnologia justamente através dessas atuações citadas por Harari, que levaria ao surgimento de uma nova e melhorada espécie, uma espécie pós-humana, descendente da nossa linhagem, porém muito mais avançada, a quem se pretende chamar de *homo excelsior*.

Nos últimos anos, o transumanismo começou a ser incorporado na agenda política de alguns países, tais como na Itália, pelo deputado Giuseppe Vatinho; na Rússia, através do partido da longevidade, na Inglaterra e na Alemanha, onde há o partido transumanista. Nos Estados Unidos, Zoltan Istvan fundou, no final de 2014, com registro no estado da Califórnia, o partido transumanista dos Estados Unidos, tendo contribuído para organizar o partido transumanista global, com delegações em mais de vinte países.

Atualmente, o principal centro acadêmico de reflexão sobre o transumanismo é a Universidade de Oxford, através do instituto *Future of Humanity Institute*, dirigido por Nick Bostrom e do Uehiro Centro de Ética Prática, dirigido por Julian Savulescu, merecendo destaque o trabalho desenvolvido por filósofos da Universidade Autônoma do México.

Segundo Antonio Diéguez, o transumanismo defende que devemos abandonar a passividade a que fomos submetidos no processo darwiniano, que nos fez tal como somos, uns primatas falantes e inteligentes, porém submetidos a múltiplas limitações

⁸³ Disponível em: <https://universoracionalista.org/declaracao-transhumanista/>. Acesso em: 16 maio 2018.

⁸⁴ DIÉGUEZ, Antonio. **Transhumanismo**. *La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*. Barcelona: Herder, 2017, p. 38

que poderiam ser superadas tecnologicamente, tendo chegado a hora de o ser humano controlar a sua própria evolução, fazendo dela uma evolução dirigida ou desenhada.⁸⁵

O pós-humanismo não é um movimento homogêneo, possuindo enfoques e orientações diversas. Aquelas mais radicais, vislumbram o ser humano como uma mera recordação em um mundo que será dominado por cyborgs, robôs e organismos superinteligentes. Outras, mais realistas, defendem a medicina do melhoramento e especialmente a genética encaminhada a tal fim diante dos benefícios que podem proporcionar aos seres humanos. Daí falar-se em transumanismo cultural ou crítico e o transumanismo tecnocientífico.⁸⁶

O transumanismo cultural inspira-se na crítica ao ideal humanista de naturalidade da concepção humana que se transmite de geração para geração. Não busca a transformação medicalizada ou mecanizada do ser humano, mas mostrar as frouxidões conceituais e os pressupostos acrícos que fundamentam a concepção humanista atual produto de preconceitos eurocêntricos, racistas, sexistas e especeístas, que entrou em colapso, pois gerou desigualdades e opressões, fazendo necessário o comprometimento afirmativo com o presente, já pós-humano. Nesse cenário, o ser humano maquinizado resolveria estes problemas.

Por sua vez, o transumanismo tecnocientífico, com o qual a bioética se preocupa, é proveniente, em uma de suas vertentes, do campo da inteligência artificial, da engenharia de software e da robótica, para o qual os seres humanos serão substituídos no controle do planeta por seus descendentes mentais ou culturais, os robôs superinteligentes. Sob a vertente da biologia e da medicina, por sua vez, preconiza o melhoramento biomédico humano, mediante a superação das barreiras biológicas, até se chegar ao ponto da conversão do ser humano em um organismo geneticamente redesenhado e potencializado.⁸⁷

⁸⁵ Idem, p.43

⁸⁶ Ibidem, p.43.

⁸⁷ À guisa de conhecimento, impede citar a posição de Peter Sloterdijk que toma elementos de ambas as vertentes, cultural e tecnocientífico, para alertar o fracasso do humanismo, que pode levar a destruição do homem por ele mesmo, propondo uma política de criação humana através da reprodução artificial, que envolveria a eugenia e manipulação genética.

Alguns críticos veem o pós-humanismo apenas como uma propaganda tecnológica utilizada como manobra para disfarçar os problemas presentes como desigualdade econômico-social, exploração de recursos naturais com degradação do meio-ambiente, injustiças sociais, criminalidade, etc., não passando de uma fantasia sem qualquer respaldo científico.

Outros, por outro lado, enxergam-no como verdadeira ameaça ao ser humano que, sob o pretexto de transformá-lo em um ser superior, na realidade, irá aniquilá-lo.

As inovações tecnocientíficas são reais: inteligência artificial, veículos sem condutores humanos, biomelhoramento, terapias gênicas que mexem com a estrutura do ser humano e despertam debates éticos, pois não se está mais tratando de mera ficção científica, estando em jogo o futuro da humanidade.

Por consequência, afigura-se um embate entre os pós-humanistas e os bioconservadores. Os primeiros preconizam a disponibilidade das tecnologias para o aperfeiçoamento humano, cabendo às pessoas o direito de escolher quais delas gostariam de utilizar sobre si ou em relação aos seus filhos. Já os bioconservadores rechaçam a ideia, com fundamento, principalmente, na violação que representa à dignidade humana. Sobre esse debate, explica Leo Pessini:

[...] Os transumanistas acreditam que enquanto existem perigos à sobrevivência da espécie, que precisam ser identificados e evitados, as biotecnologias para o aprimoramento humano oferecerão potencial valioso, com usos benéficos para a humanidade. Consideram ser possível que tais aprimoramentos possam tornar pós humanos os seres humanos contemporâneos ou seus descendentes diretos. Tais seres pós humanos podem vir a ter um tempo de saúde indefinido e faculdades intelectuais muito maiores que qualquer ser humano de hoje e, talvez, também novas sensibilidades e habilidades inteiramente novas, tal como a capacidade de controlar as próprias emoções. Assim, segundo o transumanismo, a abordagem mais sábia seria abraçar o progresso tecnológico, defendendo os direitos humanos e as escolhas individuais e agindo contra ameaças concretas, tais como o uso militar ou terrorista de armas biológicas, bem como os efeitos ambientais e sociais indesejados das biotecnologias. Segundo Bostrum, que se proclama pós-humanista, entre proeminentes expoentes dessa perspectiva destacam-se personalidades como Leon Kass, Francis Fukuyama, George Annas, Wesley Smith, Jeremy Rifkin e Bill McBibben. Em contrapartida, os bioconservadores, geralmente, se opõem ao uso de biotecnologias para modificar a natureza humana. A ideia central é que as tecnologias de aperfeiçoamento humano comprometerão a dignidade humana e podem potencializar fatores desumanizantes. Para interromper essa tendência em

direção a um estado pós-humano, os partidários dessa visão frequentemente argumentam que se deveria implementar amplas resistências, em termos de proibição dessas tecnologias.”

Não há dúvidas de que o pós-humanismo traz para a bioética questões referentes ao impacto do poder biotecnológico na humanidade, merecendo atenção a discussão sobre os objetivos que se pretende atingir e os perigos e ameaças à própria humanidade, impondo uma agenda de discussão pública com toda a sociedade, já que, não se pode duvidar que a busca da perfeição é constante na contemporaneidade.

De tudo isto, há de se concluir que está posta a necessidade de uma discussão ética, que permeie esse cenário claramente polarizado, em termos de ser a favor de uma nova realidade pós-humana ou contrário a ela. Se a inquietação em relação ao uso da biotecnologia e o temor quanto ao mau uso da manipulação genética estão manifestos, há que se refletir sobre o assunto para que qualquer decisão sobre ele manifeste, senão um consenso, ao menos uma perspectiva largamente ponderada, calcada na razoabilidade.

2.3 A proteção da pessoa e liberdade científica: da bioética ao biodireito

O rápido desenvolvimento das biotecnologias trouxe inúmeras indagações do ponto de vista da ética e do Direito e, ainda, o dilema de não frear os avanços científicos, mas de, ao mesmo tempo, não permitir afronta ao ser humano.

Consoante já salientado, emergiram dilemas a partir do célere desenvolvimento das biotecnologias, em especial o de se tentar conciliar os avanços científicos com a proteção ao ser humano e sua dignidade.

Não se pode, contudo, negar a realidade ou fechar os olhos, pois a evolução é inevitável, sob pena de se configurarem abusos. Ora, o que está em jogo é a própria criação do ser humano.

Após o sucesso de experimentos científicos de criação da vida humana em laboratório, várias comissões surgiram, em diversos países, no intuito de estudar alguns aspectos éticos decorrentes desse avanço científico. Na França, em 1983, foi criado o

Comitê Consultivo Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde; A Grã-Bretanha, em 1984, elaborou o relatório Warnock ⁸⁸. Nos Estados Unidos, formaram-se comissões nacionais para estabelecimento de diretrizes, surgindo o *Human Fertilisation and Embriology Act*, de 1990. Desta feita, o nascimento de Louise Brown representava um progresso considerável: a técnica, longamente explorada, abria novos horizontes à terapêutica da esterilidade e à ciência da embriologia. ⁸⁹

Nesse cenário, o Direito, ordem social mutável, sofre a exigência de uma grande transformação em virtude da substancial mudança social determinada pelas novas descobertas que, por sua vez, trouxe consequências para a bioética. Ainda que se tome a bioética em seu sentido estrito, ou seja, ética relacionada com as novas conquistas biotecnológicas, abrangente, então, de questões como manipulação genética, reprodução assistida, transexualidade, manutenção da vida artificial, eutanásia, etc (com todas as suas derivações), somente o limitado âmbito de problemas delas decorrentes já é suficiente.

O conjunto de relações sociais e jurídicas complexas, envolvendo valores religiosos, culturais e políticos que surgiu a partir do progresso científico e suas aplicações, repercutem no ordenamento jurídico, inclusive nas políticas públicas tecnológicas do Estado. Segundo Vicente de Paulo Barretto, o modelo atual de sociedade liberal individualista e socialmente atomizada é questionado pelo próprio relativismo moral que dela tomou conta, tornando necessário o Biodireito na pós-contemporaneidade. ⁹⁰

Apresenta-se como necessário estabelecer os comportamentos médico-científicos permitidos ou não permitidos e as respectivas sanções pelo descumprimento destas normas. Neste sentido, o termo biodireito pode ser entendido, também, para englobar todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas, voltadas a impor - ou coibir -

⁸⁸ Conhecido relatório Warnock, "Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology", elaborado sob a coordenação de Mary Warnock

⁸⁹ ALBANO, Lílian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus aspectos ético-jurídicos. São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 75.

⁹⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8.html. Acesso em: 19 set. 2007.

uma conduta médico-científica e que sujeitem seus infratores às sanções por elas previstas.

Desta maneira, pode-se dizer de forma mais concisa que Biodireito é o conjunto de normas que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação - sobre a necessidade de ampliação ou restrição - desta legislação.⁹¹

O Biodireito surge num contexto de necessidade de disciplinar as normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da medicina.⁹² Consequentemente, aproxima-se da ética, numa tentativa de positivá-la.

Neste sentido, explica Vicente de Paulo Barretto:

[...] A experiência totalitária, em suas duas versões, durante o século XX, as duas guerras mundiais, as atrocidades cometidas no campo de batalha e os bárbaros experimentos genéticos, levados a efeito pelos médicos nazistas em campos de concentração, fizeram com que se acordasse para uma empiria que situava a questão moral de maneira contundente e em estado puro. A história mostrava, assim, como o direito e suas pretensões normativas não atendera às necessidades mínimas de proteção da pessoa humana, o que obrigou a que se recorresse às fontes legitimadoras do direito. A recuperação do tema clássico das relações da moral com o direito renasceu, então, como meio de explicar e superar o impasse moral em que se encontrava mergulhada a consciência do homem ocidental. Nesse contexto de crise ética e da necessária restauração de parâmetros metalegais, as indagações suscitadas pelo passado recente e pelo avanço das pesquisas biológicas e suas aplicações tecnológicas do presente fizeram com que se procurasse estabelecer no campo da biologia, princípios destinados a garantir a humanização do progresso científico. Num primeiro momento, fixaram-se princípios de caráter moral abstrato, para logo em seguida, mesmo quando a questão ética não estava amadurecida, serem formuladas normas jurídicas, relativas às pesquisas e tecnologias biológicas. Restou, entretanto, um espaço vazio entre a formulação ética e a normatização jurídica, o que obrigou à retomada do debate clássico sobre a possibilidade da construção de normas jurídicas, que pudessem refletir valores éticos. Essa linha de investigação permite que se utilize a ideia do direito cosmopolita como estrutura racional dentro da qual possam racionalmente justificar-se os valores, discutidos em função dos avanços das ciências biológicas, e em que medida poderão constituir-se nos fundamentos da ordem normativa do biodireito.⁹³

⁹¹ CHIARINI JUNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre biodireito**. Disponível em: http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=2271&. Acesso em: 19 set. 2017.

⁹² KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007, p. 50.

⁹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8.html. Acesso em: 19 set. 2017.

Desta feita, o Biodireito volta-se a princípios éticos antes distanciados. Segundo Judith Martins-Costa:

[...] o termo indica a disciplina que visa determinar os limites de licitude do progresso científico (notadamente a biomedicina) não do ponto de vista das exigências máximas da fundação e da aplicação dos valores morais na práxis biomédica – isto é, a busca do que se “deve” fazer para atuar o “bem” – mas do ponto de vista da exigência ética mínima a saber: a relativa ao estabelecimento de normas para a convivência social.⁹⁴

Por sua vez, esclarece Heloisa Barboza:

[...] O encaminhamento das soluções jurídicas para todos confrontos decorrentes desses fatos, ainda que distintos em sua causa e efeitos, deve encontrar um ponto comum em princípios éticos, notadamente na valorização e preservação da dignidade e vida humanas, hoje princípios constitutivos do nosso sistema. Por conseguinte, após a constitucionalização do Direito Civil, todas as respostas devem, necessariamente, estar embasadas nos princípios estabelecidos pela Constituição Federal pertinentes à matéria, dentre outros: dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos fundamentais, direito à vida, paternidade responsável, melhor interesse da criança e do adolescente, vedação de qualquer tipo de comercialização na retirada das partes do corpo para fins de transplante, e preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético.⁹⁵

Embora exista um descompasso entre as conquistas decorrentes do desenvolvimento das ciências médico-científicas, tal descompasso não implica pensar num direito apenas como instrumento das conquistas tecnológicas, ou em atenção a um saber biotecnológico hermético.⁹⁶

Nesse cenário, vários diplomas legais e acordos de cooperação reconhecem a liberdade de investigação científica, sem, contudo, olvidar os seus limites. A Carta do Direitos Fundamentais da União Europeia consagra, em seu artigo 13, o direito fundamental à investigação científica (a arte e a investigação científica são livres), assim como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO

⁹⁴ COSTA, Judith Martins. Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito. In ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. V. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 87-109.

⁹⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

⁹⁶ Idem, p. 28.

estabelece como um dos seus objetivos “reconhecer a importância da liberdade de investigação científica. Por sua vez, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, também da UNESCO consagra o livre exercício de atividades de investigação sobre o genoma humano. No âmbito do Conselho da Europa, há de se fazer referência ao Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e à Dignidade humana em relação às aplicações da biologia e da medicina e seu protocolo adicional relativo à investigação Biomédica. A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 218, caput, estabelece que “*O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas*”

Parece mais acertada a posição doutrinária que sustenta que a proibição de obtenção de conhecimento é incompatível com os standards característicos de um Estado Democrático de Direito, ainda que seja legítimo o estabelecimento de limitações ou proibições dos métodos ou procedimentos que impliquem posições jurídicas de alcance jusfundamental que habilitariam o estabelecimento de mecanismos de ponderação.⁹⁷

Nesse contexto, dita liberdade, em nenhuma hipótese, é absoluta, pois é limitada pelos direitos fundamentais do indivíduo e, especialmente, em razão da dignidade, da identidade, da integridade e da não discriminação. Portanto, há limites objetivos em relação às pesquisas científicas, como consequência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. O convênio de Oviedo é taxativo no sentido de que o progresso científico não pode justificar nenhum sacrifício individual.⁹⁸

Por conseguinte, o desafio do biodireito é tentar implementar a ética, através do respeito aos direitos humanos, sendo certo que tal tarefa é árdua, na medida em que tais direitos são universais quando pensados de forma abstrata, sendo que quanto mais

⁹⁷ Tradução livre. Original: “Finalmente, una tercera posición sostiene que la prohibición de obtención de conocimientos es incompatible con los estándares característicos de un estado democrático de derecho, aunque es legítimo el establecimiento de limitaciones o prohibiciones de los métodos o procedimientos que involucren o impliquen posiciones jurídicas de rango jusfundamental que habilitarían por tanto el establecimiento de mecanismos de ponderación”. La investigación científica como espacio jusfundamental de normación. RODRIGUEZ, Ricardo Chueca. La investigación científica como espacio jusfundamental de normación. In: RODRIGUEZ, Ricardo Chueca. (Dir). **La investigación científica como derecho fundamental**. Granada-Espanha: Comares, 2002, p. 11-34.

⁹⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María. **La evaluación da la investigación biomédica**: los comités de ética de la investigación. In: RODRIGUEZ, Ricardo Chueca. (Dir). La investigación científica como derecho fundamental. Granada-Espanha: Comares, 2002, p. 201-221.

referidos a dados reais e mais concretizados, tanto mais contingentes e relativos se tornam.⁹⁹

Ressalta Gediel que o Biodireito continua a apostar em metodologias e formas inovadoras, mantendo-se ancorado no marco regulatório e seguindo a racionalidade jurídica moderna, procurando evitar ou diminuir os riscos e conciliar os interesses privados em conflito, para possibilitar o funcionamento da economia de mercado.¹⁰⁰

Na realidade, o conceito chave do biodireito é a dignidade, se o que se pretende é proteger verdadeiramente o ser humano. Certamente, tem-se que enfrentar o problema semântico linguístico que a palavra apresenta, posto que o termo dignidade é utilizado por todo o mundo, porém com significados distintos. É uma palavra “coringa” que com frequência se usa para defender coisas opostas, pois todos não a compreendem da mesma maneira. Richard E. Ashcroft destaca que em Bioética há diversas posições em relação à dignidade e em sua opinião:

“[...] Currently, scholars divide into four distinct groups as regards dignity. One group regards all “dignity talk” as incoherent and at best unhelpful, at worst misleading. I venture to suggest that this group is the mainstream of current English-speaking bioethics. Another group finds dignity talk illuminating in some respects, but strictly reducible to autonomy as extended to cover some marginal cases (...). The third group considers dignity to be a concept in a family of concepts about capabilities, functioning’s and social interactions (...). The final group considers dignity as a metaphysical property possessed by all only human beings, and which serves as a foundation for moral philosophy and human rights. This group is perhaps the mainstream in European bioethics and much theological writing on bioethical topics.¹⁰¹

⁹⁹ CAMBI, Eduardo. O caráter universal do direito moderno e os desafios fundamentais impostos pelo biodireito. In CORREA, Elidia Aparecida de Andrade, GIACOIA, Gilberto, CONRADO, Marcelo (Coords). **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p.67.

¹⁰⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In: **Diálogos sobre Direito Civil. Construindo a Racionalidade Contemporânea**. RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; GEDIEL, José Antonio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 327-345

¹⁰¹ ASHCROFT, Richard E. Making sense of Dignity”. **Jornal of Medical Ethics**, nº 31, ano 2005, pp. 779-682. Tradução livre: Atualmente, os estudiosos se dividem em quatro grupos diferentes quanto à dignidade. Um grupo considera todas as “conversas sobre dignidade” como incoerentes e, na melhor das hipóteses, inúteis, na pior das hipóteses enganosas. Eu me atrevo a sugerir que este grupo é o mainstream da atual bioética de língua inglesa. Outro grupo considera a dignidade discursiva em alguns aspectos, mas estritamente redutível à autonomia, ampliada para cobrir alguns casos marginais (...). O terceiro grupo considera a dignidade como um conceito em uma família de conceitos sobre capacidades, funcionamento e interações sociais (...). O grupo final considera a dignidade como uma propriedade

O tema obviamente demanda grandes debates e questionamentos, porém, de maneira bastante simplista, pode-se dizer que, de um lado, temos as correntes que negam a dignidade intrínseca do ser humano e, de outro, aquelas que consideram a dignidade ínsita a todo ser humano, que deriva do seu próprio ser e não de qualidades ou circunstâncias. Ou, segundo Perelman, a noção de direitos humanos implica que eles sejam vinculados à qualidade do ser humano, titular de uma dignidade que lhe é própria e que merece respeito enquanto sujeito moral, livre, autônomo e responsável.¹⁰² A partir desta última concepção, de que não há ser humano cuja vida seja desprovida de dignidade, pode-se efetivamente protegê-lo.

O art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento da dignidade da pessoa humana.¹⁰³

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, ao dispor sobre a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o constituinte:

[...] pretendeu outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.¹⁰⁴

Pela primeira vez uma Constituição Brasileira elege a dignidade da pessoa humana como fundamento, cuja consequência principal consiste em elevá-la ao

metafísica possuída por todos os seres humanos, e que serve como base para a filosofia moral e os direitos humanos. Este grupo é talvez o mainstream da bioética europeia e muita escrita teológica sobre tópicos bioéticos.

¹⁰² PERELMAN, Châim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 57.

¹⁰³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

patamar de principal fundamento (princípio e valor fundante) do sistema vigente e o último pilar da defesa dos direitos individuais.¹⁰⁵

Outros capítulos da Constituição brasileira também consagram o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa República, como, por exemplo, o art. 170, segundo o qual a ordem econômica tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna, ou o art. 227 que assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade, dentre outros.¹⁰⁶ Nesse mesmo sentido, a dignidade está prevista expressamente em textos constitucionais de outros países como da Alemanha (art. 1º, inc. I), da Espanha (Preâmbulo e art. 10.1), de Portugal (art. 1º), da Grécia (art. 2ª, inc. I), por exemplo.

Desta feita, o princípio da dignidade da pessoa humana ultrapassa os limites éticos e morais e passa a ser uma norma jurídica, um valor-guia que direciona as posições jurídico-subjetivas que definem os direitos, garantias de deveres fundamentais.¹⁰⁷

A razão da existência do Estado Brasileiro é a realização da pessoa humana e esta é sempre a destinatária final da norma.

Segundo pontifica Paulo Lôbo:

[...] A dignidade é tudo que não tem preço, segundo conhecida e sempre atual formulação de Immanuel Kant que procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹⁰⁸

¹⁰⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 05.

¹⁰⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172.

¹⁰⁷ MYSZCZUK, Ana Paula. **Genoma humano: limites jurídicos a sua manipulação.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 81.

¹⁰⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *In* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes Temas da Atualidade – Dano moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 354.

Na lição de Alexandre de Moraes:

[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que às pessoas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁰⁹

Em sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação do Estado, de modo que o poder público não pode praticar atos que a viole e deve ter como meta a promoção de uma vida digna para todas as pessoas. Por outro lado, impõe também limites nas relações entre os particulares, coibindo comportamentos inter-relacionais que violem a dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet comenta que:

[...] o princípio da dignidade humana vincula também o âmbito das relações entre os particulares. Tal constatação decorre de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.¹¹⁰

Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao médico e pesquisadores que ajam sempre com respeito ao ser humano, sendo certo que é este o comportamento a ser adotado diante das novas biotecnologias médicas.

A base de toda a bioética é a garantia constitucional da dignidade humana. E, por conseguinte, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador de qualquer utilização da biotecnologia médica e como limite à atuação do profissional, que não pode tratar a pessoa como meio para lucrar financeiramente ou para obter resultados em uma pesquisa científica, por exemplo, utilizando-a como cobaia, mas sim tratá-la com qualidade e respeito.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 128.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 119-120.

Por isso, em que pesem os problemas semânticos e imprecisão de dignidade da pessoa, Gonzalo Arruego destaca:

[...] La naturaleza tanto de los bienes afectados como de los eventuales peligros que se ciernen sobre ellos, atañen además a aspectos tan esencialmente ligados a la existencia del ser humano y a la vida humana em general, que la respuesta que se exige del ordenamento jurídico no solo há de ser certa; además debe serlo al máximo nivel normativo. Y cuano los principios constitucionales y derechos fundamentales sobre los que que tradicionalmente había pivotado el debate se muestran aparentemente insuficientes, el “vao pero poderoso” concepto de dignidade humana parece haberse revelado como el instrumento idôneo para dar respuesta a los nuevos interrogantes”¹¹¹

A tarefa do aplicador do Direito é árdua. O professor. Daniel Serrão, em 1996, já alertava que estamos a entrar em tempos difíceis, com a seguinte profecia:

[...] Bioética não é apenas uma palavra de fácil sucesso nos meios de comunicação social. Ou me engano muito ou a reflexão profunda que a palavra suscita nalguns dos mais brilhantes e responsáveis espíritos do nosso tempo vai abrir caminho para que a Bioética seja a grande e generosa utopia do séc. XXI sobre a qual se irá construir uma economia global mais justa, uma ecologia mais sensata, uma política mais responsável e uma religião mais alegre – tudo contribuindo para a realização do melhor bem dos seres humanos, em paz. ¹¹²

Nesse contexto, deve-se pensar em uma “*dignidade da humanidade*” que, *entendida concreta e, portanto historicamente, atue como guia, critério e limite aos dilemas trazidos pela revolução biotecnológica.*¹¹³

¹¹¹ RODRIGUEZ, Gonzalo Arruego. El recurso al concepto de dignidade humana em al argumentación biojurídica. In CHUECA, Ricardo. (Dir.) **Dignidad humana y derecho fundamental**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 415- 444. Tradução livre: A natureza dos bens afetados e os possíveis perigos que os afetam, também dizem respeito a aspectos tão essencialmente ligados à existência do ser humano e da vida humana em geral, que a resposta exigida pelo sistema jurídico não só de ser certo; também deve estar no nível normativo máximo. E quando os princípios constitucionais e os direitos fundamentais nos quais o debate tradicionalmente se articula parecem ser insuficientes, o conceito de dignidade humana "vao mas poderoso" parece ter sido revelado como a ferramenta ideal para responder a novas questões.

¹¹² SERRÃO, Daniel. Os desafios contemporâneos da genética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 369-379.

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito. In ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 87-109.

3 PESSOA E PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 Historiografia jurídica da pessoa humana e dos direitos da personalidade

A pessoa humana interessa ao Direito a partir de múltiplas perspectivas, desde a fundamentação metajurídica do próprio ordenamento até o desenvolvimento dogmático dos mais antigos institutos jurídicos. Em todas as épocas da história, a interrogação acerca do Homem preocupou o pensamento jurídico e a época em que vivemos não é exceção. Assim, é importante verificar qual é a juridicidade da realidade pessoal, qual é o dever ser acerca do homem, ou seja, o que é ser pessoa para o Direito. Diego Costa Gonçalves afirma:

[...] O que é ser Pessoa para o Direito, enquanto indagação do que é que o direito diz ser pessoa, nasce de uma necessidade da hermenêutica jurídica. O interprete aplicador, na presença de um conceito indeterminado como “pessoa”, “indivíduo” ou “personalidade” irá tentar indagar qual o sentido do conceito para determinar o conteúdo normativo contido e revelado na fonte que aborda. Partirá, assim, necessariamente do sistema, dos dados juspositivos, de um preceito legal em concreto para saber, respeitando as regras da hermenêutica jurídica, qual o sentido do conceito indagado. Interessa que realidade o Direito queria dizer quando referia pessoa ou personalidade.¹¹⁴

Destaque-se que a análise jurídica não abstrai a construção histórica que permeia a maioria dos conceitos de direito civil.

No Império Romano, o termo pessoa, além de designar as máscaras que os atores usavam em suas representações, também era utilizado como significado de ser humano, do homem em geral, incluindo os escravos, segundo as anotações de Gaio.¹¹⁵

A grande divisão do direito das pessoas era entre os escravos e os homens livres. Na realidade, no Direito Romano as noções de personalidade estavam ligadas ao

¹¹⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e ontologia: uma questão prévia de ordem jurídica. In ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudo de Direito da Bioética**. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 125-179.

¹¹⁵ Em sentido contrário afirma José Cretella Júnior que pessoa e homem são conceitos diversos no direito romano, posto que só o homem que reúne certos requisitos é pessoa. Assim, pessoa é o ser humano mas com atributos. CRETILLA JR, José. **Curso de Direito Romano**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 84.

status ostentado pelo homem. A personalidade e a capacidade jurídica plena, portanto, eram atribuídas apenas aos que gozassem, cumulativamente, do *status familiae*, do *status civitatis* e do *status libertatis*, isto é, a personalidade e a absoluta capacidade jurídica eram atributos apenas do cidadão livre e *paterfamilias*. Já os escravos, os habitantes das colônias (*latini*), os estrangeiros (*peregrini*) e os plebeus (*plebs*) possuíam direitos limitados, proporcionalmente ao seu *status*, atribuindo-lhes uma personalidade dotada de capacidade jurídica reduzida.¹¹⁶

Na Idade Média, o quadro econômico, social e político que favorecia a desigualdade entre os indivíduos, não permitiu maiores contribuições à construção jurídica da noção de geral e abstrata de pessoa nem à proteção dos direitos da personalidade.

No modo de produção feudal, os feudos, que possuíam organização administrativa e militar, comandados pela aristocracia, consistiam no território em que os senhores feudais dominavam a população nele situada, que era formada pelos servos, totalmente dependentes dos mesmos. O poder político era fragmentado sendo distribuído entre nobres, bispos, feudos, reinos, corporações, etc. e não havia propriamente uma distinção entre Estado e sociedade civil, pois não havia centralização, o que veio a ocorrer apenas na fase pós-medieval, com a implantação do modo de produção capitalista. Por conseguinte, o estatuto jurídico dos indivíduos dependia da sua situação de origem e social, predominando a igualdade tanto formal como material¹¹⁷

Vale ressaltar, ainda, a coexistência de múltiplas fontes do direito que atuavam paralelamente, sem interligação alguma e sem preocupação com contradições, onde cada grupo regulamentava seus próprios interesses que implantou uma estrutura particularista e desigual, calcada em privilégios e vantagens.

¹¹⁶ GARCIA, César Rascón. **Manual de Derecho Romano**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 159.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

A construção do sentido de pessoa coube à Igreja Católica, que monopolizava a cultura, a organização e as instituições em geral, de modo que o direito canônico dominou todo esse período medieval.¹¹⁸

O sentido de pessoa dizia respeito à imagem de Deus. Tudo aquilo que o clero pregava era tido como verdade absoluta porque representava a palavra de Deus. Bastante contribuíram para tais ideias Boécio e São Tomás de Aquino. Segundo Elimar Szaniawski, Boécio elaborou uma das mais antigas definições de *pessoa*, dizendo-a “*naturae rationalis individua substantia*, isto é, a substância individual de natureza racional”. Por essa definição – “expressão do jusnaturalismo cristão” - Boécio reconheceu o ser humano, a pessoa, como indivíduo e substância, isto é, como um ente que existia em si. Explica que, para São Tomás, diferentemente, a individualidade deriva da matéria – de uma substância concreta considerada num todo indivisível, ao passo que a pessoa é a substância individual dotada de uma dignidade originária da sua essência racional, de maneira que a personalidade seria “a substância individual de uma essência racional. A razão faria da pessoa um princípio de ação autônomo, sendo o “pressuposto de sua dignidade”.¹¹⁹

Embora o traço de desigualdade que marcou o período medieval, percebe-se que se plantou a semente da ideia de ser humano como pessoa e a sua valorização.

Vale ressaltar que o direito Romano continuou vivo, influenciando o direito canônico, sendo aplicado de forma supletiva, quando não conflitasse com ele.

A partir do movimento Renascentista, novos pensamentos a respeito do homem surgem, que passa a ser visto em sua dimensão individual e de liberdade para se autodeterminar. Interessante, porém, que essa autonomia é concedida por Deus,

¹¹⁸ Segundo Martins-Costa, “na Idade Média e por todo o Antigo Regime, ‘um substancial pluralismo domina o panorama jurídico e cada realidade estatal é, como experiência jurídica, uma realidade estatal baseada numa autêntica pluralidade de ordenamentos’, afirma Paolo Grossi, segundo o qual o direito privado era, aí, direito dos sujeitos privados, vale dizer, direito produzido pelo sujeitos privados, ‘por uma autoridade não investida de poderes públicos, uma realidade que vem de baixo, de matriz consuetudinária, que encontrava sua definição jurídica na *interpretatio* dos doutores, juízes e, porque não, também dos notários”. MARTINS-COSTA, Judith. **Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos:** contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia & Filia*. v. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan/jun., 2010, p. 76.

¹¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22

através do livre arbítrio¹²⁰ Assim, percebe-se uma convivência entre ideias antropocentristas e neocentristas.

Ocorre que, a partir dessa individualidade e aumento das atividades econômicas ligadas ao comércio, com o renascimento de cidades italianas dos séculos XI e XII, do indivíduo passa-se à noção de sujeito, que através dos contratos dita as próprias regras e faz as suas próprias leis. “Esse novo homem – atento à sua singularidade, voltado para a vida ativa – postula uma nova realidade normativa, novos conceitos e categorias, um método e – principalmente – um novo fundamento de legitimidade para os seus deveres, obrigações, interdições e responsabilidades.”¹²¹

Por conseguinte, a partir dessas relações comerciais e a liberdade individual surgem os conceitos de direito subjetivo e do sujeito de direito, este último calhado como a pessoa. Thomas Hobbes entendia a pessoa a partir do seu papel social, o papel que ela representava no mundo jurídico. Assim, Judith Martins-Costa explica a relação entre pessoa, indivíduo e sujeito de direito segundo Hobbes, em resumo:

[...] Hobbes encontrou a ideia estatutária de pessoa, isto é, a pessoa como posse de um estado. Juntando-a com a noção de indivíduo recortada pelos Humanistas, Hobbes subverte o estado em questão, utilizando o termo antigo – “pessoa” – para construir uma ideia nova: colada à noção de indivíduo pessoa passará a designar o “ator jurídico”, isto é, o sujeito de direitos, e de direitos não por acaso denominados “direitos subjetivos”, o primeiro deles sendo o domínio ou propriedade. Daí a conexão traçada entre ser humano/indivíduo/pessoa/sujeito de direitos (subjetivos). E daí, também, a conotação que podem extrair dessa articulação: o ser pessoa era atributo conotado ao ter direito de propriedade e autoridade para fazê-la circular na ordem sócio econômica por meio do exercício de um direito subjetivo, direitos dos sujeitos viventes no mundo regado pelo Direito.¹²²

Nesse contexto, a transição para a Idade Moderna é caracterizada pela centralização do poder nas mãos dos monarcas, surgindo o Estado Absolutista, fonte única de produção do Direito e, por conseguinte, dos direitos subjetivos.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos**: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia & Filia*. v. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan/jun., 2010, p. 77.

¹²¹ *Idem*, p. 78-81.

¹²² *Ibidem*, p. 88.

Paralelamente ao fortalecimento do Estado, o capitalismo como modelo econômico foi se desenvolvendo, cuja atividade principal era o comércio objetivando o lucro, fazendo surgir a classe burguesa, voltada para o liberalismo que confrontava com a força estatal, inimiga das liberdades individuais.

A partir daí inicia-se um processo revolucionário que culmina com a Revolução Francesa de 1789, calcada na liberdade, igualdade e fraternidade. Paulo Bonavides, entretanto, pontua que esses pilares eram apenas concebidos no sentido meramente formal, representando muito mais uma ideologia de classe do que propriamente uma preocupação com o homem em si, mas apenas como condição de sujeito de direito na transmissão da propriedade.¹²³

O pensamento de Savigny a partir da construção da sua teoria da relação jurídica desenvolve-se, portanto, na Idade Moderna e tem como ponto nodal a ideia de que o Direito é fruto de construção histórica e não da razão. Para ele a relação jurídica, “*é uma relação interpessoal determinada por uma regra de direito na qual essa regra determinante outorga a cada indivíduo um domínio sobre o qual a sua vontade reina independente de qualquer vontade estranha*”¹²⁴. A Escola Histórica, da qual é percussor, buscava respostas para garantir os ideais da burguesia de segurança nas transmissões de propriedade e na autonomia individual nas relações sociais. Daí que o sujeito de direitos é a pessoa que pode relacionar-se juridicamente, não qualquer pessoa. Savigny, portanto, desenvolve a ideia de que apenas as pessoas dotadas de capacidade jurídica para participar da relação eram sujeitos de direito. Assim, não se pode falar de uma teoria personalista, pois a preocupação era com o sujeito de direito, tratando-se de uma teoria subjetivista, posto que os sujeitos de direito eram os titulares de direitos subjetivos.

Savigny apresenta o direito subjetivo como um poder de vontade que em uma relação jurídica define direitos, deveres e sujeição, a partir da liberdade os sujeitos de direito envolvidos.¹²⁵ Segundo Manuel de Andrade “*relação jurídica stricto sensu vem*

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, p.42.

¹²⁴ Apud CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: 2005, p. 13.

¹²⁵ Afirma o autor: “A teoria do poder de vontade de Savigny foi desenvolvida por Windscheid. Esse poder de vontade não é, segundo este autor, soberano, nem resulta da natureza humana e da liberdade, de

*a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.*¹²⁶

É importante registrar o conceito de relação jurídica a partir dessa teoria haja vista a sua repercussão no conceito jurídico de pessoa. A relação jurídica é composta por sujeitos, pelo objeto, pelo fato jurídico (vínculo) e pela garantia e o estudo sobre pessoa humana reside justamente na categoria dos sujeitos jurídicos.¹²⁷

Destaca Jussara Meirelles que a relação jurídica nesses termos desenhada era fundamentada em uma visão patrimonialista do sujeito de direito, transformando o conceito de pessoa em um mero recurso técnico-jurídico, já que a pessoa era considerada apenas em razão de sua posição na relação, para tornar possível o tráfego jurídico da propriedade por meio do contrato.¹²⁸

Por conseguinte, o traço característico do direito civil tradicional dominado pelas ideias do liberalismo e do positivismo jurídico foi a ausência de correspondência entre o sujeito de direito e a pessoa considerada em concreto. E esta noção influenciou profundamente as codificações civis, em especial, no Brasil, o Código Civil de 1916.

É imperioso destacar, entretanto, que Teixeira de Freitas, ao esboçar esse diploma civil, trouxe uma concepção mais humanista de pessoa do que a proposta por Savigny, já que para aquele a própria condição de ser humano já atribuía a qualidade de pessoa, independentemente da capacidade jurídica, sendo esta apenas uma qualidade relativa à possibilidade de aquisição de certos direitos. Ainda assim, a visão patrimonialista se manteve já que ele entendia que apenas os direitos reais faziam parte do Direito Civil por serem corpóreos. Clóvis Beviláqua, por sua vez, também entendia que todo ser humano era pessoa, porém, não por conta da própria natureza,

que desfruta em razão dessa natureza, mas é um poder concedido pela ordem jurídica. Mais precisamente, o direito objetivo impõe regras de conduta aos seus destinatários, mas a exigência da observância dessas regras, está na dependência da vontade dos seus beneficiários. MIRANDA, Custódio de Piedade U. **Teoria geral do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 p. 186-187.

¹²⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. V. 1, sujeitos e objeto. Almedina: coimbra, 2003, p. 3.

¹²⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 168.

¹²⁸ MEIRELLES, Jussara. O ser o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 89.

mas porque entendia coincidirem a personalidade com a capacidade jurídica, de modo que também não reconheceu os direitos da personalidade por entender que havia uma impossibilidade lógica.¹²⁹

Nesse cenário, até a metade dos anos noventa, o conceito de pessoa permaneceu ligado ao tradicionalismo do Direito Civil, de cunho eminentemente patrimonial, cujo conteúdo residia no sujeito de direitos, que integrasse o polo ativo ou passivo de uma relação jurídica, entre credor e devedor.

Jussara Meirelles defende, como já salientado, que se tratava de um sujeito meramente virtual e não real e explica:

“[...] o sujeito virtual é reconhecido por ter um nome de família e registro; é absolutamente livre para auto regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos, ou eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito real”¹³⁰

A noção de pessoa oriunda do liberalismo valorizava a mesma pelo ter e não pelo ser. No liberalismo individualista o indivíduo constitui a base de todas as relações, sejam jurídicas, morais ou políticas. É a primazia da personalidade humana sob uma perspectiva individualista, sem que se considere sua dimensão social.¹³¹

Não apenas a partir da construção do Direito Civil oitocentista que houve a exacerbação do aspecto formal da pessoa humana. A Teoria Geral do Direito, através do positivismo normativista proposto por Hans Kelsen, também contribuiu para o formalismo do conceito de pessoa, na medida em que a entendia como portador de direitos e obrigações, unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um indivíduo. Assim, para ele, a pessoa não é uma realidade

¹²⁹ Apud CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36-37.

¹³⁰ MEIRELLES, Jussara. O ser o ter na codificação civil brasileira. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91-92.

¹³¹ DORAL, José A. Concepto filosófico y concepto jurídico de persona. *Persona y Derecho*. **Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos**. n.º 02, p. 113-131. Navarra, jan/dez, 1975, p. 95.

natural, mas uma formulação do pensamento jurídico, de modo que o conceito de pessoa está dissociado do conceito de ser humano, rejeitando a ideia de pessoa natural, porque todas as pessoas, como fruto da criação jurídica, são pessoas jurídicas.¹³²

Embora seja necessária, a conceituação meramente formal de pessoa é insuficiente para sua proteção.

A partir das guerras mundiais e, em especial, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, passou-se a perquirir acerca da importância de um conceito ontológico de pessoa, colocando-a como centro de proteção do Direito e do Estado, a partir de uma perspectiva personalista. O Estado e o Direito devem existir em razão da pessoa e não o contrário.

Como consequência, o Direito Privado volta-se para a proteção da pessoa e não apenas para o patrimônio, falando-se, assim, em repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil. É imperativo do Direito que todo ser humano é uma pessoa, diante do seu atributo da dignidade, afastando-se das concepções meramente formalistas, de que é a ordem jurídica que concede a qualidade de pessoa ao ser humano.

Esse impacto foi sentido no Direito Civil e no Direito Constitucional brasileiros, a partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana e com o Código Civil de 2002, que trouxe os direitos da personalidade nele expressamente elencados.

Na realidade, embora o reconhecimento dos direitos de personalidade como categoria de direito seja relativamente recente, decorrente principalmente da doutrina alemã e francesa, desde a antiguidade ofensas físicas e morais à pessoa eram punidas através da *actio injuriarum* em Roma ou da *dige kakegorias*, na Grécia¹³³.

¹³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 194.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118.

A noção de direitos da personalidade surge a partir do desenvolvimento do estudo dos direitos do homem, sobre cuja definição não há consenso, em face das várias posições filosóficas sobre o tema. Assim, explica Suzana de Toledo Barros:

[...] Como valores precípuos plasmados em uma Constituição, os direitos fundamentais traduzem, pois, as concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade, em um certo momento histórico. Estes valores fundantes do Estado são, ao mesmo tempo, fins da sociedade e direitos de seus indivíduos.¹³⁴

A origem histórica dos direitos do homem varia, portanto, de acordo com concepções positivistas, historicistas, jusnaturalistas. Segundo os jusnaturalistas, por exemplo, os direitos humanos seriam inatos, inerentes à condição humana e como tal, deveriam ser respeitados pelo Estado. Já para os positivistas, apenas seriam direitos humanos aqueles que ordenamento jurídico reconhece como tal.

Os direitos humanos devem ser vistos independentemente de tais concepções, como um todo, posto que como o homem vive em sociedade não se pode para fins de se reconhecer direitos fundamentais, separar o direito social do direito individual. O homem tem direito a que a sociedade proteja seus direitos individuais, mas, por outro lado, deve até certo ponto submeter o exercício dos seus direitos às exigências sociais.

135

Há, no entanto, um consenso no sentido de afirmar que eles constituem o núcleo essencial e inviolável dos direitos, sendo o cerne de um Estado Democrático de Direito.

136

A ideia de fraternidade universal, consagrada pelo cristianismo contribui, para se reconhecer a existência de direitos que eram próprios do ser humano. Considera-se, porém, como marco do reconhecimento dos direitos humanos a Declaração Universal

¹³⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 130.

¹³⁵ DINIZ, Geilsa Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos: análise e perspectivas jurídico filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 22.

¹³⁶ Idem, p. 18.

dos Direitos Humanos, de 1789 ¹³⁷ que, no art. 1º dispôs que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, são dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.¹³⁸

Tal declaração baseou-se nos pilares da revolução francesa, liberdade, igualdade e fraternidade e tinha a proposta de consagrar os direitos do homem, seja qual fosse sua nacionalidade, ou seja, de universalidade. Segundo Norberto Bobbio:

[...] O núcleo doutrinário da declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos, que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação.¹³⁹

Embora muitas vezes se utilizem as terminologias direitos do homem, direitos fundamentais, direitos subjetivos, como sinônimos para Canotilho:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁴⁰

Desta feita, direitos fundamentais são os valores básicos e fundamentais de uma sociedade, previstos, por isso mesmo, em sua Constituição, que é o fundamento de toda ordem jurídica.¹⁴¹ Atualmente, a terminologia que predomina é a de que os direitos

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118.

¹³⁸ TOSI, Guiseppa. **Direitos humanos, direitos humanizantes**. Disponível em www.pge.sp.vobr.br/tesesdh/tese%230.htm. Acesso em 06 mar. 2017.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 93.

¹⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 387.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Manuel de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 51.

fundamentais são aqueles que foram positivados pela Constituição, com apregoa Canotilho.

Há de se salientar, porém, que os direitos do homem são dotados de fundamentalidade e, por isto, superiores a quaisquer outros do ordenamento jurídico de modo que vinculam até mesmo o legislador originário.

A importância de se tutelar constitucionalmente os direitos do homem restou evidente e se tornou motivo de preocupação diante das atrocidades cometidas no pós-guerra, tanto que os mesmos foram declarados na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas.¹⁴² Desta feita, foram as Constituições do pós-guerra que positivaram os direitos do homem, quando passaram a consagrar o princípio da proteção à pessoa humana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e os direitos que materialmente emergem da dignidade e da sua afirmação e proteção foram tomados como fundamentais¹⁴³.

Os direitos fundamentais costumam ser divididos em gerações ou segundo alguns, em dimensões¹⁴⁴, de acordo com o momento histórico e o modelo de Estado correspondente.

À época do Estado liberal, quando se pregava a menor intervenção estatal possível, predominavam os direitos fundamentais de primeira geração. Ingo Wolfgang Sarlet assim explica:

[...] Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona

¹⁴² DINIZ, Geilsa Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos: análise e perspectivas jurídico filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 20.

¹⁴³ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites de transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro. In CORREA, Elidia Aparecida de Arruda; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. (Coords). **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p.189.

¹⁴⁴ A terminologia gerações é criticada por alguns por dar a ideia de sucessão cronológica, de substituição de uma por outra, daí utilizarem a expressão dimensões dos direitos fundamentais.

de não – intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.¹⁴⁵

Os direitos fundamentais de primeira geração reconhecidos pelo Estado liberal tinham como objeto o dever do Estado de se abster de violar direitos humanos, na concepção jusnaturalista. Ou seja, na ideia da mínima intervenção estatal, tais direitos são conhecidos como direitos individuais ou direitos de liberdades públicas, do indivíduo de agir segundo seu livre arbítrio. Paulo Bonavides esclarece:

[...] os direitos de primeira geração têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico: enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte, correspondem, por prisma histórico àquela fase inaugural do constitucionalismo no ocidente.¹⁴⁶

Por conseguinte, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais, ditos como direito à liberdade, oponíveis ao Estado, mas também àqueles outros indivíduos que não são seus titulares.

Os direitos fundamentais de segunda geração são fruto de um período histórico conturbado, situado entre o século XIX e os primeiros anos do século XX, em que a questão social, em face das desigualdades econômicas e sociais entre os cidadãos colocava o liberalismo e o capitalismo em xeque. Nesta época, apenas garantir a liberdade dos indivíduos não era mais suficiente, sob pena de não haver igualdade concreta.

Marco Bruno Miranda Clementino explica:

[...] Ao longo do presente século XX, o liberalismo irá se confrontar com a tradição socialista e com a generalização das expectativas por igualdade social desencadeada por esse novo processo de referências histórico-universais. O titular dos direitos (econômicos, sociais, culturais) dessa segunda geração de direitos humanos, também conhecidos como direitos de crédito do

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p. 48.

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996, p. 517.

indivíduo em relação à coletividade (direito do trabalho, saúde, educação) continuava sendo o indivíduo singular. Segundo Celso Lafer, em que pese o caráter complementar destas duas séries distintas (primeira e segunda geração), parece claro que os direitos humanos de primeira geração queriam limitar os poderes do Estado, enquanto que os da segunda geração trazem com pressuposto uma ampliação dos poderes do mesmo.¹⁴⁷

Consistem, assim, nos direitos econômicos e sociais, reconhecidos primeiramente pela Constituição mexicana, de 1917 e pela alemã de 1919. Nas diversas constituições de vários outros países aparecem como direitos de proteção ao trabalhador, direitos previdenciários, direito à saúde, direito à educação, etc. Na Constituição Brasileira de 1988, tem-se o dever do Estado à saúde, educação, cultura, etc.

O Estado, portanto, deve agir para garantir a igualdade no seio social, mediante uma prestação exigível pelos cidadãos.

Com a massificação das relações sociais, marcada pelo desaparecimento da individualidade dos cidadãos, surgem os direitos de terceira geração, conhecidos por direitos de solidariedade.¹⁴⁸ Acerca dos mesmos, diz Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] Os direitos fundamentais de terceira dimensão, de acordo com a lição de Perez Luno, podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de poluição das liberdades, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias, assumindo especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação, etc., mas suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

Os direitos fundamentais de terceira geração caracterizam-se pela sua transindividualidade, pelo que entram em sua categoria os direitos à paz, à

¹⁴⁷ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **Algumas questões de direitos humanos**. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/qdirhum.html. Acesso em: 02 maio 2007.

¹⁴⁸ DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 46.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 51.

autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, dos consumidores, ao meio-ambiente, ou seja, de titularidade coletiva. A partir do momento em que as relações sociais deixaram de seguir o modelo individualista e passou-se a prestar mais atenção na relevância e não na titularidade do direito, o Estado teve que assegurar direitos com foco na coletividade e não apenas no titular da relação jurídica material.¹⁵⁰ Por isso que tais direitos são difusos e coletivos.

A Constituição Federal de 1988 consagra tais direitos, assim como o Supremo Tribunal Federal reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, como direito fundamental de terceira geração.

Com o surgimento do Estado globalizado, principalmente em face dos avanços no campo da tecnologia e da biologia, a maior parte da doutrina defende o surgimento da categoria dos chamados direitos de quarta geração. Não há consenso, no entanto, quanto à existência e conteúdo de tais direitos.

A formação de relações humanas globalizadas passou a requerer o reconhecimento de direitos pertencentes ao gênero humano, seja a que Estado pertença o indivíduo. Paulo Bonavides, que defende a existência de tais direitos, diz que são direitos dos quais depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, tais como direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.¹⁵¹

Consideram-se os direitos relativos à manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, tratando de discussões sobre a vida e a morte, pressupondo sempre um debate ético prévio.

Bobbio reconhece a existência de direitos de quarta geração, tendo em vista os efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo, em relação as quais é preciso se estabelecer limites.¹⁵²

¹⁵⁰ WEISS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 124.

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 524-525.

¹⁵² Bobbio classifica os direitos fundamentais da seguinte forma: a) Direitos de primeira geração: direitos fundamentais de cunho individual, civis e políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade (liberdades clássicas como a liberdade à segurança, liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de expressão), à propriedade, à igualdade (ainda no plano formal, igualdade perante a lei), entre outros. b) Direitos de segunda geração: direitos sociais, onde o objetivo é levar o indivíduo a alcançar a igualdade

Por sua vez, questiona-se a efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão de direitos fundamentais, ao argumento de que, em sua essência os direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo sua base maior o princípio da dignidade humana.¹⁵³

Na esteira deste pensamento, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que os novos direitos, na verdade, podem ser adaptados nas categorias já existentes, sendo que estas seriam adaptadas às novas exigências do momento. E continua afirmando que a garantia contra certas manipulações genéticas expressa nada mais do que o clássico direito à vida, adaptado à modernidade, em face dos avanços biotecnológicos.¹⁵⁴

Em que pesem as discussões sobre a existência e conteúdo dos direitos fundamentais de quarta geração, entende-se que sua consolidação é irreversível, sendo certo que, através deles, estabelecem-se os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais. Essa geração se ocupa do redimensionamento de conceitos e limites biotecnológicos, rompendo, a cada nova incursão científica, paradigmas e, por fim, operando mudanças significativas no modo de vida de toda a Humanidade. Urge a necessidade de seu reconhecimento para que não fique o mundo jurídico apartado da evolução científica.

material através da intervenção positiva do próprio Estado, com proteção do direito ao trabalho contra o desemprego; direito de instrução contra o analfabetismo; assistência para a invalidez e a velhice; direito à saúde, ao lazer e à cultura; proteção às chamadas liberdades sociais; c) Direitos de terceira geração: direitos de Solidariedade ou de Fraternidade, que englobam os direitos pertencentes a todos os indivíduos, constituindo interesses e direitos comuns e difusos, transcendendo a titularidade do indivíduo para a titularidade coletiva ou difusa. Já não se pensa no homem como um ser único, mas sim como integrante de um grupo humano. Nesta geração de direitos, a proteção deixa de ser individual e passa a ser transindividual. São direitos de terceira geração os direitos à paz, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, à conservação e fruição do patrimônio histórico e cultural, à autodeterminação dos povos, à comunicação, à informação, ao progresso, etc. d) Direitos de quarta geração os direitos denominados Direitos da Responsabilidade, ligados à necessidade de se colocar limites às pesquisas genéticas e à pesquisa no campo da cibernética. São os chamados direitos de promoção da Ética da Vida defendida pela Bioética, proteção da biodiversidade, direito à biossegurança. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6. Poucos são os autores defendem a existência dos direitos de quarta geração, englobando-os nos de terceira geração.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 1998, p. 52.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. [et. Alii]. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 113.

Realizadas tais considerações, cumpre destacar a posição dos direitos de personalidade dentro da teoria dos direitos fundamentais.

De início, salienta Paulo Lobo:

[...] os direitos da personalidade são espécies do gênero direitos fundamentais e não se confundem com todos os direitos fundamentais, inclusive com os de primeira geração, máxime os que configuram garantia aos indivíduos em face do Estado, pois são externos à pessoa; não são inatos. Do mesmo modo, o caráter de exterioridade está presente nos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. Todavia, os direitos de quarta geração, referidos por Bobbio, apresentam pertinência com os direitos da personalidade, pois a integridade genética é direito inato à pessoa humana, não podendo ser substancialmente modificada.¹⁵⁵

Ensina o eminente jurista, portanto que todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. E continua afirmando que os direitos da personalidade são pluridisciplinares e, portanto, são objeto de estudo do Direito Civil, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, a partir da perspectiva de análise de cada um destes ramos do Direito. Afirma que na perspectiva do direito constitucional são espécies do gênero direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Já na perspectiva do Direito Civil, constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.¹⁵⁶

Jorge Miranda observa que, apesar dos traços coincidentes, não são assimiláveis direitos fundamentais e direitos da personalidade. Os direitos da personalidade pressupõem relações de igualdade enquanto os direitos fundamentais pressupõem relações de poder.¹⁵⁷

Neste contexto, José Castan Tobeñas leciona:

¹⁵⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 04 out. 2017.

¹⁵⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 04 out 2007

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. 4, p. 61.

[...] uns e outros podem ser conceituados como direitos naturais já que, como aponta Legaz, os direitos da personalidade representam atributos que correspondem à pessoa por sua própria natureza e estão enraizados na própria condição do ser humano. A atual doutrina científica amplia bastante o âmbito dos direitos de personalidade, admitindo a categoria de direitos públicos subjetivos da personalidade. Mas, de todos os modos, tem sempre uma esfera mais reduzida que a própria dos direitos humanos. Nesse conceito moderno, tão amplo, dos direitos fundamentais do homem, politicamente ou internacionalmente garantidos são somente uma espécie deles, quando estejam dotados dessa garantia, os direitos da personalidade.¹⁵⁸

Os substratos teóricos que fundamentaram, na atualidade, os direitos de personalidade se desenvolveram a partir da ideia de que:

[...] o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma livre existência; como participe do consorcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instancias específicas da personalidade.¹⁵⁹

Com efeito, predomina a doutrina da concepção dos direitos de personalidade como poderes que o indivíduo exerce sobre sua própria pessoa – *ius in se ipsum*.¹⁶⁰ É a posse de determinados bens e valores que garante a existência de uma entidade biológica e psíquica da pessoa. Sem tais atributos, simplesmente não se pode falar em pessoa. Tais bens são coisas que pertencem aos correspondentes sujeitos, que delas têm de se valer necessariamente para lograr normal desenvolvimento de vivencia social.¹⁶¹

Segundo Pontes de Miranda:

[...] os direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que também se analisa no ser

¹⁵⁸ TOBEÑAS, Jose Castan. **Los derechos del hombre**. 4. ed. Madrid: Réus, 1992, p. 30.

¹⁵⁹ GIAMPICCOLO, Giorgio. La tutela quirídica della persona umana e il c.d. diritto allá riservatezza. Apud TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

¹⁶⁰ BARRETO, Wanderlei de Paula. Arts. 1 a 39. *In* ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.102-103.

¹⁶¹ MORAES, Walter. Direito de personalidade. *In* **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 16. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal.¹⁶²

Para Limongi França, os direitos de personalidade constituem um conjunto de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.”¹⁶³

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam-se os direitos de personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.¹⁶⁴

Para Carlos Alberto Bittar, são direitos de personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana considerada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos¹⁶⁵.

Silvio Rodrigues argumenta que os direitos de personalidade são inatos, de forma que não se pode conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à imagem e àquilo que ele crê ser sua honra.¹⁶⁶

Conforme se pode inferir da conceituação dos direitos de personalidade, esta varia de acordo com o enfoque jusnaturalista ou positivista que é dado pelo autor. Com efeito, para os jusnaturalistas os direitos de personalidade seriam inerentes à condição humana, sendo, desta forma, anteriores ao próprio ordenamento jurídico, e, portanto, supralegais. Já os positivistas entendem que tais direitos necessitam de norma jurídica que os reconheçam formalmente.

¹⁶² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000, p. 31.

¹⁶³ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 567, p. 9-16, jan. 1983.

¹⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.

¹⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Ver. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003, p. 75.

¹⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 61.

Tais teorizações, no entanto, mostram-se, nos dias atuais, insuficientes, em face da complexidade que caracteriza as relações sociais hodiernas, cada vez mais movidas pelo desenvolvimento tecnológico célere e que a cada dia põe em risco os atributos essenciais da pessoa humana. Efetivamente, o mais importante de toda discussão é a proteção dos direitos de personalidade.

José Joaquim Gomes Canotilho fundamenta com destreza os direitos de personalidade vez que:

[...] estes abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.¹⁶⁷

No Brasil, a proteção aos direitos da personalidade, como espécie de direitos fundamentais, encontra-se na ordem constitucional de 1988, em alguns dispositivos, didaticamente indicados por Paulo Lobo:

[...] Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição são variados, podendo ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade); 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica⁽¹⁷⁾); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão ; art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, *caput* (direito à vida, direito à integridade física e

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1998, p. 362.

direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).¹⁶⁸

No entanto, é impossível catalogar na lei todos os direitos de personalidade, incluídos dentre os direitos fundamentais, o que não importa em exclusão de vários outros direitos que, embora não mencionados expressamente, consistem em direitos de personalidade e como tal merecem total proteção.

Trava-se controvérsia doutrinária quando se discute a técnica a ser utilizada para introduzir os direitos da personalidade no ordenamento civil. Apresentam-se duas correntes teóricas. A primeira, que defende um direito geral de personalidade, conhecida por teoria monista, para a qual haveria um único direito geral de personalidade que envolvesse todos os valores essenciais da pessoa humana. E a segunda, a corrente pluralista, ou atomística, que, por sua vez, subdivide-se em duas, sendo que uma vertente teórica defende a tipificação das prerrogativas jurídicas personalíssimas e outra a existência de uma pluralidade de direitos indeterminados.¹⁶⁹

Estas duas sub-vertentes da teoria pluralista discutem, justamente, se haveria um número determinado de direitos de personalidade ou se tais direitos são previstos *numerus apertus*, sendo seu rol normativo meramente exemplificativo. Os que defendem a tipicidade dos referidos direitos afirmam que só merecem tutela aqueles expressamente previstos no texto legal, o que implica dizer que estaria desprotegido qualquer outro aspecto da pessoa humana que, injustamente sofresse violação, à míngua de existência de expressa previsão normativa. Todavia, os que defendem que se tratam de direitos atípicos argumentam que os direitos de personalidade não podem ser reduzidos apenas àquelas categorias legais, porque diversos são os interesses e bens mais elevados do ser humano e, assim, difícil haver uma previsibilidade legal

¹⁶⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 10 jan 2008.

¹⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed, rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 154.

satisfatória e integral.¹⁷⁰ Desta feita, os diferentes direitos devem ser tutelados, ainda que não previstos de forma expressa.

Nas lições de Nelson Nery Junior:

[...] cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado a agir em decorrência da formulação geral da própria cláusula geral, que natureza de diretriz.¹⁷¹

No pensar de Tereza Arruda Alvim Wambier:

[...] Cláusulas gerais são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que tem a função de dar ao Código Civil aptidão para acolher (=passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, estas cláusulas, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional, mais minuciosas e que contem em si mesmas descrita sua hipótese de sua incidência. AS cláusulas gerais utilizam em sua formulação linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, e esta técnica tem diversas funções. Às vezes, a lei se serve de conceitos precisos e, por outras vezes, cada vez mais frequentemente, de conceitos que linguisticamente têm sido chamados de conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo: união; bom pai de família, interesse público, etc.).¹⁷²

Com efeito, pela consagração do princípio da dignidade humana, a pessoa humana ocupa lugar de destaque, sendo o valor máximo do ordenamento jurídico e, assim, merecedora de tutela em todas as relações jurídicas que integre. Por esta razão, afirma-se que o ordenamento jurídico brasileiro “no tocante à tutela da personalidade humana adotou um sistema de proteção misto, pois traz um sistema geral de proteção da personalidade ao lado de direitos especiais de personalidade, especificados na Constituição”.¹⁷³

¹⁷⁰ BERNARDO, Wesley de Oliveira Luouza. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

¹⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. **O novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 6.

¹⁷² WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002: a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 831, p. 59-60, jan. 2005.

¹⁷³ SZANIAKSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

Para Paulo Lôbo, os direitos de personalidade não podem ficar sem tutela jurídica ao pretexto de não estarem previstos expressamente na lei, já que defende que existe uma tipicidade aberta em relação aos mesmos. E explica:

[...] A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: a) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral.¹⁷⁴

Desta feita, não se pode determinar aprioristicamente as situações jurídicas subjetivas merecedoras de tutela, tendo em vista que o objeto tutelado é o valor da pessoa humana. A tutela, portanto, deve ser integral, seja qual for a espécie de relação jurídica, seja qual for o atributo. Qualquer previsão exauriente de hipóteses a serem tuteladas excluiria novas exigências e manifestações da personalidade surgidas com o envolver da sociedade igualmente merecedoras de proteção.¹⁷⁵

A Constituição Federal de 1988 elegeu como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e previu a não exclusão de outros direitos e garantias, mesmo não expressos, que decorram dos princípios adotados pela Constituição. (art. 5º, §2º).

Através de uma interpretação sistêmica permite-se verificar a consagração de uma cláusula geral de tutela da personalidade humana. Assim, embora nossa Constituição não contenha, em seu texto, dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral da personalidade através do princípio da dignidade humana da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.¹⁷⁶

¹⁷⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em 10 jan. 2008.

¹⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) *In Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54.

¹⁷⁶ SZANIZKSKI, Op. cit., p. 137.

3.2 Início da personalidade jurídica perante o ordenamento jurídico brasileiro e principais correntes doutrinárias

Após apresentadas as discussões acerca do problema biológico e ontológico da definição de pessoa, cumpre analisar o tratamento dado à questão pelo ordenamento jurídico positivado. A própria terminologia utilizada varia.

O Código Civil Brasileiro adota a expressão pessoa natural, considerando que a personalidade é oriunda da própria natureza humana.¹⁷⁷ No direito francês e italiano, por sua vez, adotou-se a expressão pessoa física. O Código Civil argentino dispõe que a existência da pessoa humana se inicia com a concepção.¹⁷⁸

O art. 1º do Código Civil Brasileiro dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, portanto sujeito de direitos e deveres. Impende ressaltar que a noção de personalidade se encontra intimamente associada à ideia de ser capaz de direito, ou de poder o agente ser titular e estar apto à prática de determinados atos no plano do direito.¹⁷⁹

A atribuição de personalidade pelo Direito nem sempre esteve associada à condição humana. Na antiguidade greco-romana, por exemplo, a noção de pessoa estava ligada à de liberdade, daí a justificar-se que os escravos não eram reconhecidos como pessoas, ideia esta que perdurou por muito tempo. A coincidência entre os conceitos de pessoa e ser humano apenas ocorreu com o fim da escravidão, porém, ainda assim, muitas pessoas não possuíam iguais direitos, basta lembrar das crianças e mulheres.

¹⁷⁷ Paulo Lôbo considera mais adequada a expressão “pessoa física”, pois pessoa natural conduziria ao paradoxo de considerar a pessoa jurídica como não natural ou artificial. Ora, para os fins do direito, a personalidade é atributo jurídico, sem estar condicionada ao dado da natureza. Assim, a pessoa jurídica é juridicamente tão “natural” quanto a pessoa “física”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 94

¹⁷⁸ ARGENTINA. Lei 26.994, de 1º de outubro de 2014. Institui o Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 07 maio 2018.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 11.01.2002. Código Civil, Comercial, Processo Civil, Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 255-490.

Compete ressaltar que a noção de personalidade se encontra intimamente associada à ideia de ser capaz de direito, ou de poder o agente ser titular e estar apto à prática de determinados atos no plano do direito.¹⁸⁰ Por isto se diz que os direitos de personalidade são aqueles para cujo exercício é suficiente a titularidade da personalidade, entendida em seu sentido de aptidão para ter direitos e obrigações.¹⁸¹

A pessoa em Direito é a pessoa nas suas relações jurídicas, que interessa muito mais que a pessoa em si mesmo considerada. Por isso, mais adequado seria se falar em pessoas, no plural, como faziam os clássicos romanos, frente ao racionalismo moderno que prefere o singular e que faz com que o conceito jurídico de pessoa seja ininteligível. Assim, por exemplo, a pessoa jurídica em sentido Kantiano se entende como um ser livre, sem vínculos, radicalmente autônomo. Kant apenas tem em conta a pessoa à margem dos âmbitos que se desenvolvem a vida humana – como a família, o trabalho, etc., - e desligada de qualquer função. O individualismo leva à concepção da pessoa isolada dos demais, como indivíduos independentes sem nenhum vínculo de união com o resto dos indivíduos, o que não se coaduna com a realidade, pois as pessoas não podem deixar de relacionar-se entre si. Portanto, a pessoa em sentido jurídico é a pessoa em suas relações concretas com os demais e nas funções sociais que cada um representa, pois é a partir da natureza dessas relações que se pode conhecer o alcance dos direitos e obrigações de cada parte.¹⁸²

De outro turno, o art. 2º do Código Civil Brasileiro dispõe que a personalidade da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida, resguardados os direitos do nascituro.¹⁸³ Nascimento com vida é uma questão afeta à biologia. A principal prova do nascimento com vida tem sido a docimasia pulmonar que apura se o pulmão chegou a respirar.

¹⁸⁰ REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. In **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, a.1, n.1, p. 10, 2001.

¹⁸¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181.

¹⁸² Tradução livre. NORIEGA, Maria Lacalle. **La persona como sujeto del derecho**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2016, p. 232.

¹⁸³ BRASIL. **Lei 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 11.01.2002. Código Civil, Comercial, Processo Civil, Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 255-490. .

Desta forma, o nascimento com vida faz surgir a personalidade jurídica, a esta é assegurado o exercício de todos os direitos por lei reconhecidos. E aqueles direitos que não têm objeto econômico e que são inatos e essenciais à realização da pessoa são direitos da personalidade¹⁸⁴. No mesmo sentido, as legislações da Itália, de Portugal, da Suíça e da Alemanha estabelecem como requisito para a personalidade, o nascimento com vida.

É possível observar que referente à matéria do início da personalidade jurídica, três grandes teorias podem ser destacadas. A teoria natalista, segundo a qual a personalidade se inicia apenas com o nascimento com vida, inexistindo direitos anteriormente a este momento; a teoria da personalidade condicional, pois os direitos do nascituro existem desde a concepção, porém, no que tange aos direitos patrimoniais, estes estão condicionados ao nascimento com vida e, por fim, a teoria concepcionista, que reconhece a personalidade desde o momento da concepção, porém, igualmente condiciona os direitos patrimoniais ao nascimento com vida. Em razão disso é que Cristiano Chaves e Rosenvald lecionam:

[...] A distinção entre a teoria condicionalista e a teoria concepcionista é, tão somente, relativa à qualificação jurídica: para os concepcionistas, se o nascituro dispõe de direitos da personalidade é porque já tem a própria personalidade jurídica, apesar dos direitos patrimoniais ficarem condicionados; de outra banda, os condicionalistas afirmam que, apesar de já titularizar os direitos da personalidade, se os direitos patrimoniais estão condicionados, a personalidade jurídica como um todo está condicionada. ¹⁸⁵

Na realidade, alguns doutrinadores expandem o conceito de personalidade para justificar os direitos reconhecidos ao nascituro. Entretanto, há entes que não possuem o atributo jurídico da personalidade, porém podem ser titulares de direitos e de deveres jurídicos. Em face disto, advém a necessidade de se distinguir os conceitos de sujeito de direito e de pessoa.

¹⁸⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 10 jan 2008.

¹⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Teoria Geral. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 242.

3.3 A necessária distinção entre sujeito de direito e pessoa

O conceito de sujeito de direito é concebido por muitos doutrinadores como coincidente com a ideia de pessoa e de ser humano. Não se pode olvidar, entretanto, que nem sempre essas ideias coincidiram. Basta lembrar a situação das crianças na época romana, dos escravos e das mulheres que, embora seres humanos, não podiam ser considerados sujeitos de direito.

Já o conceito de relação jurídica é extremamente novo, formulado pela pandectística alemã, sofreu grande evolução no século XIX. Savigny concebeu a relação jurídica segundo uma concepção personalista. Vislumbrou-a como uma relação socialmente estabelecida entre dois ou mais sujeitos no exercício autônomo da vontade originária do seu poder de autodeterminação e alçada à condição de vínculo jurídico pela incidência de uma norma jurídica originária do poder estatal ou da vontade dos próprios sujeitos no exercício da mesma autonomia legalmente reconhecida. Essa relação jurídica teria como elementos existenciais, portanto, um acontecimento de ordem material, correspondente à relação ou situação social vislumbrada na conduta dos sujeitos, e outro de ordem formal, correspondente à norma de direito incidente sobre aquela relação ou situação social, responsável pela sua juridicização, ou seja, pela sua transformação “(...) em vínculos pessoais qualificados pela norma jurídica, vale dizer, vínculos normativos (...)”.¹⁸⁶ Nesta senda, extrai-se da relação jurídica um direito subjetivo com correspondente dever jurídico e sujeição como categorias jurídicas, onde se prima pela autonomia da vontade do sujeito.

Savigny criou a categoria sujeito de direito como sujeito universal com aptidão para assumir a posição de titular do direito subjetivo que se diferenciava de pessoa humana, embora incluísse na definição desse sujeito de direito os seres humanos, dotados de vontade livre, que possuíam capacidade jurídica, ou seja, “aptidão concedida pela ordem jurídica, para ser titular de direitos subjetivos”. Sob esta perspectiva, a pessoa humana teria uma definição natural enquanto o sujeito de direito uma definição normativa, como sendo aquele que a ordem jurídica dotasse de

¹⁸⁶ Apud AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 2003, p. 162

capacidade jurídica. Dessa forma, para Savigny, todo o ser humano era pessoa, ao passo que o sujeito de direito somente seria a pessoa em sentido jurídico, ou melhor, o ente dotado de capacidade jurídica. De acordo com essa concepção, a pessoa humana podia ser mais ou menos que o sujeito de direito segundo a comunidade que fosse considerada, se a humana ou a jurídica.¹⁸⁷

É importante ressaltar que ele fazia uma distinção clara entre o sujeito de direito e o objeto, de modo que negava o direito sobre o próprio corpo, porque a pessoa não poderia ser sujeito e objeto ao mesmo tempo, numa mesma relação jurídica.

O sujeito de direito, como parte da relação jurídica, traduz uma posição abstrata dentro dessa relação, que poderá ser concretamente ocupada por uma série de entes.

Na esteira dessa construção teórica, vale lembrar a construção teórica promovida pela Escola da Exegese francesa que elaborou a teoria clássica do patrimônio, defendendo a ideia de que a pessoa seria uma categoria constituída pela ordem jurídica a partir da atribuição de capacidade jurídica. Assim, se a pessoa seria o ser humano nascido vivo e com viabilidade, toda pessoa humana gozaria de capacidade jurídica e, conseqüentemente, de personalidade, tendo “aptidão a tornar-se sujeito de direitos e de obrigações dentro de um âmbito de atuação que envolvia o patrimônio, reflexo da própria personalidade, ou atributo necessário da própria personalidade do seu titular.”¹⁸⁸ Cunha critica essa posição:

[...] A concepção savignyana sobre a pessoa humana, a capacidade jurídica e o sujeito de direito teve graves repercussões para a teoria geral do Direito civil oitocentista. Se o partícipe da relação jurídica não é a pessoa e sim o sujeito de direito, que é a pessoa, humana ou jurídica, dotada de capacidade jurídica, o que é efetivamente relevante, para o Direito, não é o estudo das pessoas, e sim da capacidade jurídica, do poder jurídico (*vermögen*) que estas podem exercer sobre o mundo exterior, adquirindo direitos. Conseqüentemente, é possível afirmar que o que subjaz à idéia de sujeito de direito é antes a capacidade jurídica do que a pessoa. No exercício de sua capacidade jurídica, a pessoa exerce sobre objetos do mundo exterior, formando uma universalidade de direitos, que nada mais são do que a sua *vermögen*, o seu âmbito de exercício de poderes jurídicos sobre coisas, ou seja, patrimônio. Daí ser possível afirmar que o sujeito de direito é antes um patrimônio do que uma pessoa. Para o

¹⁸⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**, 2005, p. 15. O autor remete à obra de Savigny, p. 328.

¹⁸⁸ Idem, p. 11, nota 27.

Direito Civil, portanto, a pessoa humana apenas é relevante enquanto ente dotado de patrimônio, abrindo-se caminho à subsunção da idéia de pessoa, enquanto categoria jurídica, naquela de patrimônio ¹⁸⁹

Nesse contexto, essas teorias traduziam uma desumanização do conceito de pessoa, que passou a ser visualizada simplesmente sob a ótica patrimonial, que era atribuída à relação jurídica.

As modificações ocorridas no mundo que repercutiram, evidentemente no Direito, tornaram necessário o reconhecimento de “*conferir a determinados entes capacidade para aquisição, exercício e defesa de direitos, dispensando-lhes a personalidade*”. ¹⁹⁰

Enquanto não há direito sem sujeito, porém nem todo sujeito de direito é pessoa. O conceito de sujeito de direito é mais amplo. Destarte, há entes que não possuem o atributo jurídico da personalidade, porém podem ser titulares de direitos e de deveres jurídicos. “*Pessoa é o sujeito de direito dotado de capacidade plena ou ilimitada na ordem civil. Os entes não personificados são sujeitos de direito dotados de capacidade civil limitada à sua proteção ou à consecução de seus fins.*”¹⁹¹

Desse modo, sujeito de direito é *gênero e pessoa é espécie; isto é, nem todo sujeito de direito é pessoa, embora todas as pessoas sejam sujeitos de direito. Sujeito de direito é o titular dos interesses em sua forma jurídica.*¹⁹²

O conceito de pessoa é um conceito técnico-jurídico, embora se reconheça que todo ser humano, por ter dignidade inerente, deve ser reconhecido como pessoa. Já o conceito de pessoa jurídica é uma atribuição legal para atender as necessidades do homem.

Para melhor disciplinar a relação entre homens e mulheres e superar os conflitos é imprescindível a construção de conceitos pelo Direito propícios a identificar titulares de interesses e assim solucionar racionalmente ditos conflitos.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 22.

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 96.

¹⁹¹ Idem, p. 96.

¹⁹² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138.

Segundo Judith Martins-Costa o termo “sujeito” vem da palavra “*subjectum*, que indica “o que está subordinado” diferente de *objectum*, “o que está colocado adiante”, derivado do verbo latino *objicere*. *Essa é a linha que interessa, pois, no séc. XVI, ganha o sentido de “causa, motivo” e, mais tarde, o de “pessoa que é motivo de algo” para, finalmente, designar “pessoa considerada nas suas aptidões”*.¹⁹³

Os sujeitos de direito podem ser personificados ou personalizados ou despersonificados ou despersonalizados, para contemplar humanos e não-humanos, levando-se em consideração a aptidão para a prática dos atos e negócios jurídicos.

O traço distintivo mais importante é que com o atributo da personalidade concede aos sujeitos de direito personificados uma autorização geral para a prática dos atos jurídicos, enquanto que os sujeitos de direito não personificados praticam atos condizentes com sua finalidade. Fabio Ulhoa Coelho sucintamente explicita essa diferenciação:

[...] Os sujeitos de direito podem ser pessoas (personificados) ou não (despersonificados). No primeiro caso, ele recebe do direito uma autorização genérica para a prática de atos e negócios jurídicos. A pessoa pode fazer tudo que não está proibido. Já os sujeitos não personificados podem praticar apenas os atos inerentes à sua finalidade (se possuírem uma) ou para os quais estejam especificamente autorizados.¹⁹⁴

É necessário voltar a tratar de relação jurídica para se compreender o conceito de sujeito de direito. No mundo dos fatos, várias são as relações que podem ser constatadas, porém, para o Direito interessa aquela que produz efeitos jurídicos. Nesse sentido, Amaral Neto ensina:

[...] Relação jurídica social regulada pelo direito objetivo. A vida em sociedade estabelece, entre os participantes, um número infinito de vínculos, como resultado imediato do processo de interação social. Dentre esses vínculos há os relevantes para o direito, pelos efeitos eventualmente decorrentes. Sobre eles incide a norma jurídica que, bilateral, confere aos sujeitos da relação

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, Personalidade, Dignidade**: ensaio de uma qualificação. 2003. 243 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 55

¹⁹⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 139.

poderes e deveres. A relação social assim regulada denomina-se relação jurídica”¹⁹⁵

Por conseguinte, três elementos compõem a relação jurídica, quais sejam, o sujeito de direito, o objeto e o vínculo. Esses elementos, porém, representam categorias abstratas, enquanto a pessoa possui existência fática. Como consequência, o sujeito de direito pode ser uma pessoa natural, jurídica ou até entes despersonalizados. Simone Erbele bem sintetiza:

[...] Concebido o sujeito de direito como o “portador de direitos ou deveres na relação jurídica”, “um centro de decisão e de ação”, tem-se necessariamente um conceito vazio, um invólucro sem conteúdo, que pode ser preenchido por qualquer ente que, a convite do legislador, venha a ocupar a posição de destinatário das normas jurídicas.¹⁹⁶

O legislador outorga direitos a sujeitos, que podem ser pessoa ou não, destinatários dos comandos legais, de maneira que, nos dizeres de Clóvis Beviláqua “*Sujeito de direito é o ser a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito*”.¹⁹⁷

Pontes de Miranda igualmente vislumbra diferença entre os conceitos de sujeito de direito e pessoa:

[...] Rigorosamente, só se devia tratar de pessoas, depois de tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja ‘direito’. Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. Esse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia. A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação. Outros direitos, porém, surgem de outros fatos jurídicos em

¹⁹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Verbete relação jurídica. In: FRANÇA, Limongi. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 64. p. 407.

¹⁹⁶ ERBELE, Simone. **A Capacidade entre o Fato e o Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 28.

¹⁹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1951, p. 64.

cujos suportes fáticos a pessoa se introduziu e em tais direitos ela se faz sujeito de direito.¹⁹⁸

Percebe-se, portanto, que por coincidirem na maioria das relações jurídicas, sujeito de direito e pessoa são confundidos na doutrina, porém, diferem em vários aspectos, desde à época de seu surgimento (o conceito de pessoa surgiu na antiguidade, enquanto o de sujeito de direito advém da pandectística alemã).

Sujeito de direito está inserido em uma relação jurídica enquanto a pessoa liga-se à personalidade jurídica. A pessoa, portanto, possui personalidade jurídica, aptidão para contrair deveres e ser titular de direitos, enquanto o sujeito de direito é o elemento subjetivo da relação jurídica para o qual o ordenamento jurídico reconheceu algum direito, independentemente de ser pessoa ou não.

A partir da revolução industrial e o surgimento de novas relações jurídicas, envolvendo direitos de toda uma coletividade ou de um determinado grupo de pessoas, constatou-se a necessidade de impessoalidade no tratamento do sujeito, como elemento da relação jurídica, reconhecendo-se titulares indeterminados de direitos, bem como interesses que ultrapassam a esfera individual, tratando-se de interesses sociais difusos e coletivos, cujos sujeitos podem integrar a relação jurídica.

Na “sociedade de massa” em que desaparece a individualidade do ser humano, diante da padronização dos comportamentos e das regras correspondentes, ultrapassa-se a concepção de que somente são dedutíveis as relações entre sujeitos de direitos claramente definidos. A concepção clássica de sujeito de direito passa não mais a atender à natureza massificada das relações contemporâneas.

Assim, ao final do século XX, o Direito deparou-se, de um lado, com essa nova problemática social caracterizada pela noção comum da coletivização dos conflitos e pela preocupação em proteger interesses pulverizados pela sociedade ou por parcelas sociais dela derivadas. E, de outro, a evolução dos direitos humanos, privilegiando a sua indivisibilidade, interdependência e complementariedade; o que induziu à criação de novos direitos híbridos, originários da superação dessa distinção absoluta entre

¹⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 153.

direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, cujos sujeitos são indeterminados.

Roberto Senise Lisboa destaca:

“[...] A compreensão das categorias transindividuais proporciona uma nova visão sobre a noção de parte em uma relação jurídica. Não mais apenas indivíduos determinados integram essa relação, como também entidades determinadas que atuam na defesa de interesses alheios, de pessoas indeterminadas”¹⁹⁹

Embora essas categorias de sujeitos titulares de direitos coletivos ou difusos passem a ser estudadas mais intensamente a partir da massificação das relações sociais, o direito romano reconhecia o culto à divindade, o direito à liberdade e o direito ao meio ambiente como direitos cujos titulares eram a coletividade e não um sujeito determinado. A edição do *Bill of Peace*, na Inglaterra, no século XVII, revela a existência de sujeitos de direito que podiam defender interesses em comum. Na década de setenta, na Itália, intensificaram-se os debates sobre a tutela jurídica de interesses difusos, relacionados ao meio-ambiente e ao consumidor, inaugurando-se uma nova fase no estudo desses direitos.²⁰⁰

O reconhecimento, portanto, de sujeitos de direitos indeterminados reforça sua diferença conceitual para com a pessoa, já que toda a coletividade ou grupo de indivíduos não podem ser enquadrados no conceito legal de pessoa, porém titularizam direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Em reforço a essa diferenciação, o Código Civil de 1916 já reconhecia a possibilidade de sujeitos de direito futuros, ainda sequer concebidos e, portanto desprovidos de personalidade jurídica, ao dispor no art. 1718 que podiam suceder, na sucessão testamentária, a prole eventual.

O Código Civil em vigor manteve essa regra que possibilita, na sucessão testamentária, o chamamento de “filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (art. 1.799, nº I),

¹⁹⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

²⁰⁰ VILLAS BÔAS, Regina Vera; DAMASCENA, Carine Valeriano. **Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos**. *Revista Direito e Paz*. n. 11. Ano 6. 2º semestre de 2004. p. 91-112

substituindo o termo “prole eventual” por “filhos”, fixando o prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão, para o nascimento e, conseqüentemente, o advento da personalidade.

Constata-se, assim, que a noção de sujeito jurídico é ampla, complexa, e não se esgota nos conceitos de pessoa física e pessoa jurídica. Como ensina Ferraz Junior:

[...] Toda pessoa física ou jurídica é um sujeito jurídico. A recíproca, porém, não é verdadeira. A herança jacente, os bens ainda em inventário, é sujeito de direito, mas não é pessoa. O sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas. Esse ponto pode ser uma pessoa, física ou jurídica, mas também um patrimônio. A ele se atribuem, nele convergem normas que conferem direitos e deveres. Fala-se assim em sujeito ativo (de um direito subjetivo) e em sujeito passivo (de uma obrigação).²⁰¹

Nesta senda, o conceito de sujeito de direito ou sujeito jurídico é fundamental na teoria do direito que, desde a concepção mais tradicional – que o afirma como titular de propriedade privada, com direitos e deveres correspondentes; ou ainda, como pessoa, conceito que aponta para a dignidade do homem insusceptível de ser mero objeto –, vem envolvendo disputas teóricas sobre seu fundamento, principalmente apontando para que os antigos paradigmas do Direito Civil, no que tange a sujeitos e objeto da relação jurídica sejam reformulados para se coadunar com a nova realidade.

A necessidade de ampliação do conteúdo da proteção da vida é o fundamento para a existência de novos sujeitos de direito e novos direitos, não só da vida atual, mas a potencial, todas inseridas no conjunto global dos interesses e direitos das futuras gerações.

É nesse panorama que a noção de sujeito de direito evolui para contemplar não apenas e somente o indivíduo identificado, mas também a coletividade.

Na realidade, faz-se necessário que os conceitos de pessoa e sujeito de direitos sejam redefinidos para efetivamente proteger o ser humano, diante dos avanços biotecnológicos que repercutem em toda humanidade.

²⁰¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 141.

3.4 A proteção da vida humana em formação

Conforme já mencionado anteriormente, o conceito jurídico de pessoa atravessa questionamentos na contemporaneidade diante da possibilidade de manipulação da vida humana, na perspectiva de dúvida quanto à efetividade desse conceito na proteção da vida humana, seja em qual estágio ela se encontre.

Por isso, atribuir proteção legal ao nascituro e ao embrião representa tarefa desafiadora diante de conceitos positivados e formais postos pelo Direito aliado à falta de consenso médico-científico sobre o tema.²⁰²

²⁰² Sobre esta dificuldade comenta Yolanda García Ruiz: [...] Desde un punto de vista jurídico, la cuestión aún no se ha resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo nunca ha establecido con claridad cuál es el estatuto del no nacido y, en consecuencia, del devenir vital en formación al tratarse de una cuestión sobre la que existe diversidad de opiniones debido a la falta de consenso científico. Por tal motivo, la jurisprudencia del TEDH sentada en los casos más relevantes desde los años sesenta del siglo pasado (Brüggemann y Scheuten v. República Federal de Alemania; Paton v. Reino Unido; Open Door v. Irlanda; R.H. v Noruega; Vo. Francia; Tysiac v. Polonia) ha considerado preferible relegar esta cuestión a la legislación interna de cada uno de los Estados que han ratificado el Convenio de Roma. En cuanto al Tribunal de Luxemburgo, la conocida sentencia Brüstle v. Greenpeace (Sentencia de la Gran Sala de 18 de octubre de 2001, Asunto C-34/10) consideró que el embrión es «todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis». Este histórico pronunciamiento que recuperaba un concepto continuo de desarrollo humano según el cual existe una igual protección jurídica con independencia del estadio en el que se encuentre el embrión, sin embargo, fue modificado poco tiempo después en el asunto International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks (Sentencia de la Gran Sala de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-364/13) al considerar que «un óvulo humano no fecundado que ha sido estimulado mediante partenogénesis para dividirse y desarrollarse no constituye un «embrión humano» en el sentido de dicha disposición si, a la luz de los conocimientos científicos actuales, no dispone, como tal, de la capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente». RUIZ, Yolanda García. **Derecho, conciencia y libertad**. Granada: Comares, 2004, p. 225. Tradução livre: Do ponto de vista jurídico, a questão ainda não foi resolvida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. De facto, o Tribunal de Estrasburgo nunca estabeleceu claramente qual é o estatuto do não nascido e, conseqüentemente, do futuro vital em formação, uma vez que é uma questão sobre a qual existe uma diversidade de opiniões devido à falta de consenso científico. Portanto, a jurisprudência do TEDH sentado nos casos mais importantes desde os anos sessenta do século passado (Bruggemann e Scheuten v Alemanha Federal República Paton v Reino Unido ; Open Door contra Irlanda ; RH v Noruega.; Vo. France; Tysiac v. Polónia) considerou preferível relegar esta questão à legislação interna de cada um dos Estados que ratificaram a Convenção de Roma. No que diz respeito ao Tribunal do Luxemburgo, o conhecido acórdão Brüstle v. Greenpeace (Acórdão do Tribunal Pleno de 18 de outubro de 2001, processo C-34/10) considerou que o embrião é "cada óvulo humano a partir da fase de fertilização, cada óvulo não fertilizado humano em que se implementou o núcleo de uma célula humana madura e todo óvulo humano não fertilizado estimulado a se dividir e se desenvolver por partenogênese. Este pro-nunciamento histórico recuperando conceito de desenvolvimento humano contínuo, no qual há uma proteção legal igual independentemente da fase em que o embrião é encontrada, no entanto, foi

O nascituro é ser humano e, portanto, goza de dignidade humana, embora ainda não tenha o atributo da personalidade jurídica. Porém, é sujeito de direitos.

Maria Helena Diniz conceitua nascituro como sendo:

[...] aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.²⁰³

No direito brasileiro, a proteção ao nascituro, ou seja, aquele que já foi concebido, porém ainda se encontra no útero, numa relação de dependência para com sua geratriz, é bastante ampla, embora Paulo Lôbo saliente que a enumeração relativa aos direitos do nascituro, no direito brasileiro, é exaustiva, não sendo equiparado em tudo ao já nascido.²⁰⁴

A propósito, reconhece-se o direito à vida, à representação, direito à curatela, direito a alimentos gravídicos, direito de ser parte, direito à filiação, direito de receber doação, direito a suceder.

A disposição do Código Civil Brasileiro, que ressalva os direitos do nascituro, ainda hoje provoca divergências na doutrina. Silmara Juny Chinelato, por exemplo, entende que o nascituro goza de personalidade jurídica, pois “quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o *status* atributos da personalidade.”²⁰⁵ No mesmo sentido entendem Pontes de Miranda, Renan Lotufo, Lopes de Oliveira, Rubens Limongi França, Francisco do Amaral, José Ascensão de

mudado pouco depois no Case International Stem Cell Corporation contra. Controladoria Geral das patentes, desenhos e marcas (Acórdão do Tribunal Pleno de 18 de Dezembro de 2014, processo C-364/13) a considerar que "um óvulo humano não fecundado que foi estimulado pela divisão partenogênese e desenvolvimento não é um «embrião humano», na acepção desta disposição, se, à luz dos conhecimentos científicos actuais, não tiver, enquanto tal, a capacidade intrínseca de se tornar um ser humano, um ponto extremo que deve ser verificado pelo órgão jurisdicional de reenvio.

²⁰³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 334.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

²⁰⁵ ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 175.

Oliveira e Flávio Tartuce considerando que o Código Civil Brasileiro reconhece em vários dispositivos direitos do nascituro que independem do nascimento com vida.²⁰⁶

Por sua vez, Silvio Rodrigues e Arnaldo Wald abraçam a teoria natalista, pois entendem que o nascituro não possui personalidade, atribuída apenas àqueles que nascem com vida.²⁰⁷ Ainda Washington de Barros Monteiro aduz que para que o nascituro seja sujeito de direitos, é necessário o nascimento com vida e se filiam à teoria da personalidade jurídica condicional.²⁰⁸ Na mesma linha, Fabio Ulhoa Coelho para quem a proteção dos direitos do nascituro condiciona-se ao seu nascimento com vida.²⁰⁹ O reconhecimento de direitos do nascituro levou Maria Helena Diniz a considerar que ele tem uma personalidade formal, o que viabilizaria o exercício e a proteção dos direitos da personalidade.²¹⁰

Em que pese a existência dessa proteção, o mesmo não pode ser incluído no conceito jurídico de pessoa, ao menos para o direito brasileiro.

Em relação ao embrião, a questão se afigura mais tormentosa. Primeiramente, volta-se à discussão sobre o momento de início da vida, que repercute no status jurídico do embrião. Algumas indagações fazem surgir dúvida quanto a sua natureza de coisa ou pessoa. O embrião humano pode ser objeto de herança? Quando nas técnicas de reprodução humana assistida o casal, mediante a firma do consentimento informado, deve estipular o destino que deve ser dado ao embrião, isto implica que ele é tratado como coisa? O embrião pode ser furtado? O embrião pode ser utilizado para pesquisas? É lícito o descarte dos embriões? É lícita a redução embrionária? Qual a

²⁰⁶ Szaniawski, contudo, categoricamente afirma discordar “daqueles que afirmam que o Código Civil nega a personalidade natural da pessoa que já foi concebida, mas que ainda não nasceu”, por entender que uma leitura do artigo 4º do Código Civil de 1916 frente a todo sistema jurídico, “revela que os codificadores filiaram-se à teoria concepcionista, segundo a qual o concepturo, o embrião e o nascituro, são, desde a fecundação, um ser humano individualizado, distinto da mãe, possuidor de autonomia genéticobiológica, tratando-se de um ser humano em desenvolvimento, sendo, por isto, uma pessoa e sujeito de direitos” (SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2005, p. 65-66), findando por afirmar que “a atribuição da personalidade ao embrião e ao nascituro, constitui-se em uma questão de mera política legislativa” (SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2005, p. 69).

²⁰⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. v 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36. E WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: introdução e parte geral. Curso de Direito Civil, p. 118.

²⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 1. v. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 66.

²⁰⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 145.

²¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

natureza do embrião congelado? É lícita a intervenção genética no embrião humano? Sob a perspectiva deste trabalho, é ético-juridicamente aceitável a seleção embrionária para o nascimento do “bebê salvador”? Como tratar tais seres, como fins ou como meios: se os consideramos pessoas, possuem direitos, se não, podem ser utilizados de qualquer modo e para o que seja?

Urge debater a natureza jurídica do embrião, procurando-lhe atribuir um estatuto, pois a partir dela se pode inferir a liceidade ética de intervenções no mesmo, que o afetem ou o destruam.

Para os que adotam a posição de que a vida humana se inicia com a fecundação e que o embrião é pessoa, qualquer intervenção seria proibida, como ocorre com a doutrina defendida pela igreja católica, por exemplo, segundo a qual a vida humana deve ser respeitada e protegida desde o momento da concepção. O embrião deve ser tratado como pessoa, gozando de proteção máxima da sua integridade. Nesse sentido, Castro se posiciona:

“[...] Reconocer la dignidade del embrión es reconocer sus derechos em el reino de los fines y, por tanto, a no ser instrumentalizado. Si el embrión tiene un valor em sí mismo no puede ser nunca utilizado como médio. El imperativo categórico podría traducirse como no instrumentalizar a ningún humano. No instrumentalizar al embrión significa o manipularlo, no seleccionarlo, no multilarlo, no utilizarlo aunque sea con um fin tan altruísta, no destruirlo para la obtención de células madre embionarias, no ser objeto de investigación; en todas estas acciones se instrumentaliza al embrión y se usa como médio y no como um fin em sí mesmo.”²¹¹

O argumento de que o embrião é uma pessoa em potencial é invocado para justificar a sua proteção e, por outro lado, algumas intervenções e manipulações. John Harris oferece algumas objeções, porém, a essa concepção:

²¹¹ CASTRO, Ignacio Nuñez de. **De la dignidade del embrión**. Reflexiones en torno de la vida humana naciente. Madrid: Publicaciones de la Universidad Catolica Comillas, 2008, p. 144. Tradução livre: Reconhecer a dignidade do embrião é reconhecer seus direitos no reino dos fins e, portanto, não ser instrumentalizado. Se o embrião tem um valor em si, nunca pode ser usado como um meio. O imperativo categórico poderia ser traduzido como não instrumentalizando qualquer humano. Não instrumentalizar o embrião ou manipulá-lo, não selecioná-lo, não multiplicá-lo, não utilizá-lo mesmo com tal propósito altruísta, não destruí-lo para a obtenção de células-tronco embrionárias, não ser objeto de investigação; Em todas essas ações, o embrião é instrumentalizado e usado como meio e não como um fim em si mesmo.

[...] There are two sorts of objections to the `potenciality argument for the moral significance of the embryo. The first is simply that the fact that an entity can undergo changes that will make it significantly different does not constitute a reason for treating it as though it had already undergone the changes. We are all potentially dead, but no-one supposes that this fact constitutes a reason for treating us as if we were already dead. The second objection is simply that if the potenciality argument suggests that we have to regard as morally significant anything which has the potential to become a fully-fledged human being and hence have some moral duty to protect and actualize all human potential, then we are in for a very exhausting time of it. For it is not only the fertilized egg, the embryo that is potentially a fully-fledged adult. The egg and the sperm taken together but yet ununited have the same potential as the fertilized egg. For something, or some things, have the potential to become a fertilized egg and whatever has the potential to become an embryo has whatever potential the embryo has²¹². “

É claro que o embrião representa um passo significativo no processo de tornar-se pessoa, porque da união das células já surge um novo genoma. Também é verdadeiro que as células reprodutivas possuem o potencial de se tornarem pessoas, mas há de se reconhecer que esse potencial é muito mais remoto.

Em 1984, o *Warnok Report* incorporou uma posição de compromisso em relação ao embrião humano, admitindo que o uso instrumental do embrião importa em violação para aqueles que o entendem como pessoa, mas tal ofensa deve ser ponderada em relação aos benefícios que podem advir da pesquisa com embriões.

John A. Robertson traz uma análise interessante sobre o tratamento dispensado aos embriões:

[...] Many people, for example, reject the view that the embryo is a person but believe that the embryo is different from ordinary human tissue because of the unique potential it has to develop into a new human being. Sometimes described as special respect, this attitude towards human embryos

²¹² HARRIS, John. **The value of life**. An introduction to Medical Ethics. London: Routledge, 2009, p. 117. Tradução livre: Existem dois tipos de objeções ao argumento da potencialidade para o significado moral do embrião. A primeira é simplesmente que o fato de uma entidade poder sofrer mudanças que a tornem significativamente diferente não constitui uma razão para tratá-la como se ela já tivesse passado pelas mudanças. Estamos todos potencialmente mortos, mas ninguém supõe que esse fato constitua uma razão para nos tratar como se já estivéssemos mortos. A segunda objeção é simplesmente que, se o argumento da potencialidade sugere que temos que considerar moralmente significativo qualquer coisa que tenha o potencial de se tornar um ser humano plenamente desenvolvido e, portanto, tenha algum dever moral de proteger e atualizar todo o potencial humano, então estamos por um tempo muito exaustivo disso. Pois não é apenas o óvulo fertilizado, o embrião que é potencialmente um adulto de pleno direito. O óvulo e o espermatozóide tomados juntos, mas não unidos, têm o mesmo potencial que o óvulo fertilizado. Pois algo, ou algumas coisas, têm o potencial de se tornar um óvulo fertilizado e o que tem potencial para se tornar um embrião tem o potencial que o embrião tem

shows or symbolizes our respect for human life generally. In the context of in vitro fertilization (IVF) treatment, for example, the generation of more embryos that can be safely transferred to the uterus is widely accepted as not being unduly disrespectful of human life, because it enables children to be born to infertile couples. Similarly, destroying embryos that are left over from IVF procedures to develop cell-replacement therapies should also be ethically acceptable, for the goal of treating disease and saving life justifies the symbolic loss that arises from destroying embryos in the process. By contrast, selling human embryos or using them in domestic-toxicology testing seems to be disrespectful of the symbolic meaning that many people attach to embryos because those uses fulfil no life affirming or other important purpose.²¹³

Peter Singer argumenta que o embrião não possui qualidades suficientes para ser tratado como pessoa, tais como consciência e sentiência.

[...] “We believe the minimal characteristic needed to give the embryo a claim to consideration is sentience, or the capacity to feel pleasure or pain. Until that point is reached, the embryo does not have any interests and, like other non-sentient organisms (a human egg, for example), cannot be harmed – in a morally relevant way – by anything we do. We can, of course, damage the embryo in such a way as to cause harm to the sentient being it will become, if it lives, but if it never becomes a sentient being, the embryo has not been harmed, because its total lack of awareness means that it never has had any interests at all...”²¹⁴

²¹³ ROBERTSON, Jonh A. **Human embryonic stem cell research: ethical and legal issues.** Nature Review Genetics, v. 2, p. 74-8, 2001. Tradução livre: Muitas pessoas, por exemplo, rejeitam a visão de que o embrião é uma pessoa, mas acreditam que o embrião é diferente do tecido humano comum, devido ao seu potencial único de se desenvolver em um novo ser humano. Às vezes descrita como respeito especial, essa atitude em relação aos embriões humanos mostra ou simboliza nosso respeito pela vida humana em geral. No contexto do tratamento de fertilização in vitro (FIV), por exemplo, a geração de mais embriões que podem ser transferidos com segurança para o útero amplamente aceito por não ser indevidamente desrespeitoso com a vida humana, porque permite que as crianças nasçam para casais inférteis. Da mesma forma, destruir embriões deixados por procedimentos de fertilização in vitro para desenvolver terapias de substituição celular também deve ser eticamente aceitável, pois o objetivo de tratar doenças e salvar vidas justifica a perda simbólica que resulta da destruição de embriões no processo. Em contraste, vender embriões humanos ou usá-los em testes de toxicidade comestível parece desrespeitar o significado simbólico que muitas pessoas atribuem aos embriões porque esses usos não cumprem a afirmação da vida ou outras finalidades importantes.

²¹⁴ SINGER, Peter. **Individuals, Humans and Persons:** The issue of moral Status in Peter Singer et al (eds). Embryo Experimentation. Cambridge: CUP, 1990, p. 65-75. Tradução livre: Acreditamos que a característica mínima necessária para dar ao embrião a reivindicação é a sentiência, ou a capacidade de sentir prazer ou dor. Até que esse ponto seja alcançado, o embrião não tem nenhum interesse e, como outros organismos não-sensíveis (um óvulo humano, por exemplo), não pode ser prejudicado - de uma maneira moralmente relevante - por qualquer coisa que fazemos. Naturalmente, podemos danificar o embrião de modo a causar danos ao ser sentiente em que ele se tornará, se ele viver, mas se ele nunca se tornar um ser sensível, o embrião não foi prejudicado, porque sua total falta de consciência significa que nunca teve nenhum interesse.

A Corte Interamericana de direitos humanos dá a seguinte interpretação sobre o tema, após analisar o disposto no art. 4.1 do Pacto de San José:

[...] La Corte afirma que la prueba obrante en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión en torno a qué debe entenderse por "concepción". En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Consecuentemente, reconoce que la definición de "concepción" que los redactores de la Convención Americana tuvieron en miras ha cambiado, desde que antes de la FIV, científicamente, no se preveía una fertilización fuera del cuerpo de la mujer. Además, en el contexto científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término "concepción": una corriente entiende por "concepción" el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; la otra, entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Ante esta disyuntiva, la Corte considera que corresponde que se pronuncie sobre cómo debe interpretarse el término "concepción" contenido en el art. 4 del Pacto de San José. A ese fin, resalta que la prueba científica concuerda en la pertinencia de diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción. Conforme esa prueba constata que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado. Concluye, entonces, que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonadotropina Coriónica", detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación. En definitiva, elocuentemente, la Corte afirma que el término "concepción" al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que ocurre el implante.²¹⁵

²¹⁵ Sentença No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO. CARLUCCI, AÍDA k; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora. **"Con el impulso de la ciencia."** La Nación, 27 set 2012. Disponível em: <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>. Acesso em: 21 set. 2018. Tradução livre: . [...] O Tribunal afirma que a evidência no registro mostra como a FIV transformou a discussão sobre o que deve ser entendido por "concepção". De fato, a FIV refletiu que pode haver um tempo entre a união do óvulo com o espermatozóide e a implantação. Consequentemente, ele reconhece que a definição de "concepção" que os redatores da Convenção tinha em vista mudou desde a fertilização antes da fertilização in vitro cientificamente não é esperado fora do corpo da mulher. Além disso, no contexto científico atual, eles destacam duas leituras muito diferentes da palavra "concepção": um termo atual "concepção" quando encontro ou fertilização do óvulo pelo espermatozóide; o outro, entende por "concepção" o momento da implantação do óvulo fertilizado no útero. Diante desse dilema, a Corte considera adequado que se pronuncie sobre o significado do termo "concepção" contido no art. 4

Diagnóstico pré-implantação, seleção embrionária, redução embrionária em gravidezes múltiplas são procedimentos realizados cotidianamente nas clínicas e hospitais que exigem uma análise cuidadosa e ponderada. Comungamos do entendimento de que o embrião é um ser humano, porém em fase muito precoce do seu desenvolvimento, o que não quer dizer que se defenda a exclusão de todo e qualquer conduta que importe em agressão ao mesmo, posto que, embora de valor elevadíssimo, a vida humana não é um valor absoluto em si mesmo e, em determinadas situações, outros valores podem se sobrepor, eventualmente, aos da vida humana incipiente.²¹⁶

3.5 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade como proteção máxima da pessoa

Intimamente relacionado com a dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade relaciona-se com a autonomia e com a liberdade que cada pessoa tem de fazer escolhas quanto ao seu projeto de vida ou seja, em relação ao seu próprio modo de ser (personalidade). Trata-se de um princípio geral inspirador da autonomia do indivíduo de escolher as diversas opções de vida de acordo

do Pacto de San José. Para tanto, enfatiza que as evidências científicas concordam com a relevância de se diferenciar dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: fertilização e implantação. Somente quando o segundo momento é cumprido é o ciclo que nos permite afirmar que existe uma concepção fechada. À medida que o teste verificar que, embora o ovo fertilizado leva a uma célula diferente, com conseqüente informação genética suficiente para o eventual desenvolvimento de um "humano", a verdade é que, se o embrião não é implantado no corpo do mulher, suas possibilidades de desenvolvimento são nulas. Se um embrião nunca pudesse implantar-se no útero, ele não poderia se desenvolver, porque não receberia os nutrientes necessários, nem estaria em um ambiente adequado. Conclui, portanto, que o termo "design" não pode ser entendida como um momento ou corpo feminino processo excludente desde um embrião não tem nenhuma chance de sobrevivência se a implementação não acontece. A prova do exposto, é que ela só é possível estabelecer se há foi produzido ou gravidez uma vez implantado o óvulo fertilizado no útero, o hormônio chamado "gonadotrofina coriônica" ocorrem, detectável apenas em mulheres que têm uma embrião ligado a ele. Antes, é impossível determinar se a união entre o óvulo e um espermatozóide ocorreu dentro do corpo, ou se esta união foi perdida antes da implantação. Em suma, eloquentemente, o Tribunal afirma que o termo "concepção" aludido na Convenção Americana refere-se ao momento em que o implante ocorre.

²¹⁶ Vide referência ao julgamento do STF sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, em que houve uma ponderação entre os valores juridicamente protegidos

com suas próprios interesses e preferências implicando uma liberdade geral de atuação.

A primeira constituição a tratar do tema foi a Constituição Italiana de 1947,²¹⁷ reconhecendo a existência de um pleno desenvolvimento da pessoa humana. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²¹⁸ trouxe como direito humano o livre desenvolvimento da personalidade e o associou à dignidade da pessoa humana.

Em 1949, na Constituição de Bonn, foi reconhecido como direito fundamental à liberdade, todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral".²¹⁹ Embora não tenha sido a primeira Constituição a tratar do tema, a jurisprudência alemã foi a primeira a oferecer uma maior normatividade ao livre desenvolvimento da personalidade, como proteção de um direito geral de personalidade e de liberdade de ação.

Já a Constituição Espanhola de 1978 também tratou do livre desenvolvimento da personalidade, porém como princípio e não como direito fundamental.²²⁰

Estas Constituições, por obvio, influenciaram outros textos constitucionais, em especial na América Latina.

Com a revisão constitucional de 1997, a Constituição Portuguesa incluiu o livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental.²²¹

²¹⁷ ITALIA. **Costituzione Italiana**. Edizione in língua portoghese. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COS_T_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 18 jun. 2018.

²¹⁸ UNITED NATION HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²¹⁹ ALEMANHA. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha**. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²²⁰ ESPANHA. **Constituição Espanhola**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²²¹ PORTUGAL. Lei Constitucional nº 01/97, de 20 de setembro. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_1997.pdf. Acesso em: 18 jun. 2018.

A Constituição Brasileira de 1988 não menciona esse direito, o que não importa dizer que ele não seja contemplado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se faz a partir de uma interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A primeira característica que se vislumbra para uma definição do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é que esse direito visa proteger e tutelar diversos aspectos imprescindíveis para a dignidade humana e qualidade de pessoa humana, ou seja, ao valor supremo do ser humano em face do ordenamento jurídico. Neste sentido se pode extrair a primeira característica desse direito, de que é um atributo jurídico geral da pessoa humana, no qual se incluem todos os direitos indispensáveis ao status jurídico de pessoa. Em segundo lugar, para que se possa desenvolver livremente a personalidade é necessário que a pessoa humana goze efetivamente de todo o sistema de liberdades e dos direitos fundamentais. Uma terceira característica é a faceta individualista do direito, já que se busca tutelar o desenvolvimento particular de cada indivíduo, através de suas características e condições que o tornam um ser único, que o individualiza e definem sua personalidade. A partir desta qualidade única e individual de cada ser humano, depreende-se uma quarta característica que corresponde à capacidade de autodeterminar a sua própria vida, a tomar suas próprias decisões quanto ao seu modo de viver e seus ideais.²²²

O livre desenvolvimento da personalidade encontra o seu embasamento teórico na dignidade humana, valor supremo do ser humano e o pilar sobre o qual se almodam os demais direitos fundamentais, que se traduz, em última análise, na liberdade que todo o ser humano tem de ser ele mesmo.

Nas palavras de Raul Canósa:

[...] la noción central de la dignidad, se amplía paulatinamente en el haz de derechos que se consideran indispensables para el desarrollo de la personalidad. Este desarrollo es la clave, sin él, no se realiza la dignidad. Aumenta el número de posiciones individuales autónomas y también colectivas

²²² Tradução livre. ONTIVEROS, Miguel. El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del estado constitucional). In: Araucaria: **Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades**, Sevilla España, año 8, n. 15, 2006, p. 154

que el orden jurídico protege para propiciar el desarrollo de la personalidad individual.²²³

Assim, o valor jurídico tutelado pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade é a dignidade humana em seu sentido mais amplo e, simultaneamente, este direito é a manifestação mais concreta desta dignidade.

Miguel Angel Martínez explica que:

[...] Los derechos fundamentales representan la concreción de distintas necesidades fundamentales para la dignidad y la personalidad humana, y el objetivo de todos de estos derechos en su conjunto, no es más que habilitar y proteger al ser humano en la realización de las diversas facetas de su personalidad.²²⁴

A liberdade é o núcleo básico ao redor do qual deve girar a ação dos poderes públicos em relação às pessoas e a interpretação de todos os direitos, representando um limite ao paternalismo por parte do Estado.

As liberdades como instância jurídica devem ser compreendidas como alternativas de ação e podem ser divididas em liberdade não protegida e protegida. As primeiras se referem às permissões, a junção da faculdade de fazer algo com não o fazer. Já as liberdades protegidas são concebidas como “*um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida*”. Alexy admite a coincidência estrutural entre a liberdade protegida, nesse caso, positiva, e um direito a uma ação também positiva,

²²³ USERA, Raul Canósa. **El derecho a la integridad personal**. Valladolid, España: Editorial Lex Nova, 2006, p. 73. Tradução livre: a noção central de dignidade expande-se gradualmente no conjunto de direitos que são considerados indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade. Este desenvolvimento é a chave, sem ela, a dignidade não é realizada. Aumenta o número de posições individuais autônomas e também coletivas que a ordem legal protege para promover o desenvolvimento da personalidade individual.

²²⁴ MARTÍNEZ, Miguel Angel. **La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español**. León, España: Editorial Universidad de León, 1996, p. 29-30. Tradução livre: Os direitos fundamentais representam a realização de diferentes necessidades fundamentais da dignidade humana e da personalidade, e o objetivo de todos esses direitos como um todo é capacitar e proteger o ser humano na realização das várias facetas de sua personalidade.

*“quando se trata de tornar faticamente possível ao portador da liberdade tudo aquilo que a ele é permitido”.*²²⁵

Ainda que o reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade permita o atuar livremente, deve-se ter em conta que o seu exercício não é absoluto, está sujeito a determinadas limitações. E a mais importante dessas limitações é o respeito ao direito dos demais. É o atuar de forma que não atente contra outros bens ou valores constitucionalmente protegidos.

Por conseguinte, é importante a visão da dignidade como heteronomia, na perspectiva não apenas do indivíduo, mas do bem comum, do interesse público e da moralidade. Nessa concepção heterônoma, ressalta Barroso, “a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade”, reconhecida em decisões consideradas emblemáticas para a dignidade como heteronomia, tais como o famoso caso do arremesso de anões na França, as decisões que consideram ilícitas as relações sexuais sadomasoquistas consentidas, os casos de *peep* shows, em que uma pessoa se submete à vontade da outra.²²⁶ Em todos esses casos, a dignidade e, portanto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi analisado sob a ótica da heteronomia, ou seja, da ação dos indivíduos no contexto social em que estão inseridos.

No que concerne aos avanços biotecnológicos, a face heterônoma da dignidade deve ser levada em consideração, na medida em que o uso de determinadas tecnologias, em que pese representar o exercício do livre desenvolvimento da personalidade mediante escolhas de tratamentos, ou projetos parentais, por exemplo, extrapolam a esfera individual e podem representar violação ao bem comum.

De outro giro, o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental mostra-se necessário diante da evolução biotecnológica e do surgimento de novos direitos e manifestações da personalidade humana, a fim de possa significar a concreta proteção máxima à pessoa.

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233-234.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová**. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer. São Paulo: impresso pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010, p. 16.

4 DOS AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS À CURA ATRAVÉS DE UM NOVO SER

4.1 O que é o “bebê salvador”?

Antes de adentrar propriamente à resposta para esta pergunta, é necessário tecer algumas considerações sobre a terminologia “bebê salvador”. A expressão “irmão salvador” provem do inglês “*saviour sibling*”. Este termo foi utilizado pela primeira vez no ano de 2002, por Julian Savulescu e Merle Spriggs em seu artigo «Saviour siblings» publicado no *Journal of Medical Ethics*. Com o passar dos anos, converteu-se na expressão mais comumente utilizada na literatura anglo-americana para referir-se ao diagnóstico pré-implantação com fins terapêuticos de terceiros.²²⁷

Tradicionalmente, esse termo é utilizado para qualificar a criança que nasce após um membro da família ficar doente para servir como doador de material humano como forma de tratar a criança doente. Essa criança pode ser concebida naturalmente ou através da técnica da fertilização *in vitro*.

Há, no entanto, um grupo de crianças em relação ao qual a terminologia também é utilizada, embora não se adeque totalmente ao seu sentido. São aquelas crianças já existentes e que poderão salvar a vida de um irmão ou de outro membro da família doente. Nesse contexto, podem ser identificadas quatro categorias em relação as quais é utilizado o termo “bebê salvador”. A primeira, aquela criança que é concebida naturalmente com o propósito de fornecer material para um irmão mais velho. A segunda, aquela que é concebida através da fertilização *in vitro*, com diagnóstico pré-implantação e teste de compatibilidade de HLA, ou seja, com realização de teste prévio para assegurar a compatibilidade entre os irmãos. A terceira e a quarta referem-se a irmãos preexistentes, ou o mais velho que será doador de material genético para o mais novo ou vice-versa.

As categorias um e dois suscitam maiores debates já que as crianças nascem deliberadamente para servir como doadores. O âmbito de análise desta tese, entretanto, foca-se na categoria de número dois, ou seja, na criança que é concebida

²²⁷ PALACIOS, Fernando Pinto. *Nacidos para salvar. Un analisis constitucional del bebe medicamento*. UNED. *Revista de Derecho Político* n. 97, septiembre-diciembre, 2016, p. 243-286

através da técnica de fertilização *in vitro*, que nasce para tratar uma criança preexistente, mediante a realização de diagnóstico pré-implantação e o teste da compatibilidade HLA, ou seja, mediante processo de seleção de embrião para que possa efetivamente ter alta chance de compatibilidade entre os irmãos e, conseqüentemente, para que o tratamento seja frutífero.

A técnica da fertilização *in vitro* consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os numa placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora²²⁸.

Após ser realizada uma análise dos espermatozoides e dos óvulos, normalmente a mulher passará por um processo de indução de ovulação.

Para estimular a ovulação e garantir o sucesso da técnica, a mulher se submete a tratamento com hormônio, aumentando o número de óvulos que serão fecundados e implantados.

O bom desenvolvimento da estimulação é analisado através das dosagens de hormônio (estrogênio) no sangue e pelo crescimento dos folículos ovarianos, através de exame de ecografia.

Constatando-se que os níveis de estrogênio estão adequados e que os folículos atingiram bom tamanho, será desencadeada a ovulação, com injeção de gonadotrofina coriônica (Hcg), responsável pela maturação final do óvulo.

Após aproximadamente trinta e seis horas, será realizada a punção e o parceiro deverá doar o sêmen ou deverá ser recolhido o sêmen congelado. Os óvulos e espermatozoides são analisados e colocados em contato. Após quarenta e oito horas, verifica-se se ocorreu a fertilização.²²⁹

A técnica da fertilização *in vitro* à época foi uma experiência inédita que causou espanto na sociedade com a ideia de que a vida humana pudesse ser criada em laboratório.

²²⁸ WIDER, Roberto. **Reprodução assistida** – aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 08

²²⁹ Idem, p. 09.

A partir daí a evolução com pesquisas com embriões humanos se desenvolveu velozmente a ponto de se permitir a realização de testes genéticos nos embriões antes de sua implantação no útero.

Assim, uma vez ocorrida a fecundação, os embriões serão testados através do chamado diagnóstico pré-implantação.

Com efeito, os primeiros casos de diagnóstico pré-implantação (DPGI) foram realizados por *Handyside* e *Verlinky*, em 1990. De acordo com o relatório de DGPI apresentado por Fernando J. Regateiro ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) em 2007:

“[...] estes autores colheram blastômeros para identificação do sexo cromossômico em embriões com risco para doença hereditária ligada ao cromossomo X. Posteriormente, procederam, com sucesso, à sua implantação “in útero”. O trabalho destes autores apoiou-se no desenvolvimento prévio das técnicas de fecundação “in vitro” e de micromanipulação que permitiram extrair blastômeros do embrião e nos avanços metodológicos dos estudos de Genética Molecular. Em 1992, o mesmo grupo possibilitou o nascimento de uma menina sem a doença, após fecundação “in vitro” e DGPI num caso de risco para fibrose cística (Handyside et al, 1992).”²³⁰

O diagnóstico pré-implantação é um método diagnóstico pré-natal, realizado em embriões, com a finalidade de evitar o nascimento de filhos com doenças hereditárias consideradas severas, em virtude de alterações genéticas portadas pelos pais, cujo risco de transmissão é elevado. Esta técnica pode evitar a implantação de embriões com anomalias genéticas que podem vir a determinar a interrupção da gravidez na fase fetal.

Tal diagnóstico vem sendo utilizado também para permitir que as famílias concebam crianças compatíveis com o irmão doente, a fim de que seja realizado o tratamento mediante transplante de células-tronco hematopoiéticas, encontradas na medula óssea e no cordão umbilical. Para alguns tipos de doenças severas, o tratamento existente é apenas o transplante de medula óssea ou de células do cordão umbilical. O sucesso do transplante vai depender da maior compatibilidade do HLA

²³⁰ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo Saraiva 2009, p. 47.

(Human Leukocyte Antigen) entre o doador e receptor.²³¹ Sobre o antígeno HLA explica-se que:

[...] Todo ser humano dispõe, em suas células, de antígenos (moléculas que interagem com o sistema imune) denominados HLA, que distinguem os antígenos do próprio organismo dos estranhos. Nosso sistema imune reconhece os antígenos diferentes aos das próprias células, levando a uma reação imunológica. Os antígenos HLA representam a “marca registrada” de cada indivíduo, a “impressão digital” única, que pode ter uma similaridade maior ou menor com duas pessoas. Assim, quanto maior a distância dessa similaridade, maior a chance de rejeição. O antígeno HLA é uma denominação genética que, nos casos de transplantes de órgãos, tem o objetivo de avaliar o doador ideal para determinado paciente. Os antígenos são divididos em tipos: classe I (A, B e C), classe II (DR, DP, DQ) e outras. Os antígenos HLA estão presentes em todas as células do corpo humano e coordenam a resposta imunológica do nosso organismo não só nos transplantes, mas também em diversas doenças e reações a medicamentos, estimulando a formação de células de defesa, os leucócitos e anticorpos.²³²

Segundo Devolder o diagnóstico pré-implantação não é condição necessária para nascer uma criança doadora HLA compatível, tanto que antes de ser rotina a utilização do mesmo, alguns casais faziam uso da fertilização *in vitro* ou até mesmo da procriação natural, na esperança de terem filhos compatíveis com a criança doente.²³³ Um transplante de um irmão com idêntico HLA está associado a um maior grau de sucesso em relação a outros doadores. Isto porque cada irmão tem uma a cada quatro chances de ter HLA idêntico a de outro irmão, na medida em que herda 50% da mãe e

²³¹ DEVOLDER, Katrien. Preimplantation HLA typing: having children to save our loved ones. **Medical Ethics**. 2005;31:582–586. doi: 10.1136/jme.2004.010348.

²³² CAMBIAGUI, Arnaldo; LEÃO, Rogério. **Novo exame de compatibilidade nos tratamentos de fertilização assistida KIR – HLA – C**. Disponível em: <http://www.ipgo.com.br/kir/>. Acesso em: 21 set 2018.

²³³ E cita os casos ALAYA, em 1993 e CURRY, em 1991. “In the Curry case a couple in the US had a daughter, Natalie Curry, with Fanconi’s anaemia. The couple decided to have another child in the hope that it would be a tissue match for Natalie. The woman became pregnant, but the fetus miscarried. After one month she was pregnant again, and a healthy baby, Audrey, was born. Unfortunately, Audrey was an unsuitable donor. Within 12 weeks the woman was pregnant again. Emily was born healthy and was a match. Twenty months after Emily’s birth, cord blood was transplanted into her sister, who was then four years old. Two years later Natalie was cured. DEVOLDER, Katrien. Preimplantation HLA typing: having children to save our loved ones. **Medical Ethics** 2005;31:582–586. doi: 10.1136/jme.2004.010348. Tradução livre: No caso Curry, um casal nos EUA teve uma filha, Natalie Curry, com anemia de Fanconi. O casal decidiu ter outro filho na esperança de que fosse uma partida de tecido para Natalie. A mulher engravidou, mas o feto abortou. Depois de um mês, ela engravidou novamente e nasceu um bebê saudável, Audrey. Infelizmente, Audrey era um doador inadequado. Dentro de 12 semanas a mulher estava grávida novamente. Emily nasceu saudável e compatível. Vinte meses após o nascimento de Emily, o sangue do cordão foi transplantado para sua irmã, que tinha então quatro anos de idade. Dois anos depois, Natalie foi curada.

50% do pai. Por conseguinte, o diagnóstico pré-implantação para o teste HLA é um método superior para fazer nascer uma criança doadora compatível com o receptor, já que ele fornece informação genética sobre o embrião, antes da implantação, de modo que pode ser implantado apenas aquele embrião integralmente compatível. Enquanto sem a realização do teste, a taxa de compatibilidade gira em torno de 20%, com o mesmo, a compatibilidade HLA entre irmãos pode ser garantida.²³⁴

Segundo Roberto Wider, existem quatro condições essenciais que para que tal técnica tenha sucesso:

[...] o metabolismo do óvulo deve estar em perfeitas condições de funcionamento; o esperma deve penetrar o óvulo e a ele se incorporar; o núcleo e cromossomas do óvulo devem estar unidos; também unidos devem estar o núcleo e os cromossomas do espermatozoide que o penetrou.²³⁵

Para realizar o diagnóstico pré-implantação e testar a compatibilidade HLA, (antígeno leucocitário humano), os médicos retiram uma ou duas células do embrião, sendo possível constatar os perfis genéticos do mesmo, permitindo a não implantação daqueles que exibam características de incapacidade grave ou doença, como fibrose cística, doença de Huntington e outras consideradas indesejáveis.

A combinação permite que os médicos escolham embriões geneticamente e imunologicamente compatíveis com um destinatário pretendido. Assim, aumentam-se as chances de o corpo do destinatário aceitar o novo material pós-transplante.

Essa prática médica vem sendo aplicada em diversos países. O primeiro "bebê-medicamento" britânico nasceu em 2003, como resultado de uma fertilização *in vitro* e um diagnóstico pré-implantação realizado nos Estados Unidos. O casal Michelle e Jayson Whitaker teve que recorrer a uma clínica dos Estados Unidos para submeter-se a um tratamento de fecundação *in vitro*, depois que as autoridades britânicas negaram tal permissão. Jamie nasceu podendo fornecer tecidos idênticos aos que seu irmão de

²³⁴ PENNING, G; SCHOTS R, Liebaers I. **Ethical considerations on preimplantation genetic diagnosis for HLA typing to match a future child as a donor of haematopoietic stem cells to a sibling.** Hum Reprod 2002;17:534–8.

²³⁵ WIDER, Roberto. **Reprodução assistida** – aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 9.

quatro anos precisava, já que sofria de uma doença chamada "Anemia Blackfan Diamond" (DBA).

Nos Estados Unidos, em 2005, Adam Nash foi o bebê escolhido entre quatorze embriões pelo fato de suas células serem compatíveis com a da sua irmã Molly, portadora da doença de Fanconi. Na Espanha, o primeiro bebê medicamento nasceu em 2008. O sangue de seu cordão umbilical permitiu curar seu irmão afetado por uma grave anemia congênita.²³⁶ Na França, em 2011, nasceu Amut-Talha, um bebê livre da grave doença genética, a beta-talassemia, que afeta seus irmãos mais velhos.

No Brasil, este procedimento foi realizado, pela primeira vez, em 2012, por Figueira e colaboradores, com o objetivo de obter células-tronco para transplante para uma menina de 5 anos, acometida por beta-talassemia. Foram analisados 10 embriões, dos quais dois saudáveis e HLA-compatíveis com a criança doente foram implantados, tendo resultado na gravidez. Após o nascimento da criança, foram coletadas células-tronco de seu cordão umbilical. Estas células foram congeladas para serem transplantadas. Após, foi realizado o transplante de células-tronco do cordão umbilical e células da medula óssea. A irmã mais velha, após o transplante, começou a produzir células saudáveis e foi considerada curada da doença.

Em Portugal, no ano de 2015, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) autorizou a implementação do embrião com o objetivo de ajudar em um transplante de medula de um casal cuja filha, de 5 anos, sofria de leucemia linfoblástica.

Em regra, a possibilidade de nascimento de um "bebê salvador" requer o preenchimento de circunstâncias específicas, comuns na apreciação por parte dos

²³⁶ Informa PALACIOS que: "Antes de este nacimiento, al menos cuatro familias españolas acudieron a la Universidad Libre de Bruselas y al Instituto de Genética Reproductiva de Chicago para concebir un «bebé medicamento». Algunas familias acudieron al extranjero de manera forzosa dado que hasta el año 2006 la normativa española no autoriza el DGP con fines terapéuticos de tercero. Otras, en cambio, tomaron esta decisión debido a la lentitud de los trámites en España". PALACIOS, UNED. **Revista de Derecho Político**, n. 97, septiembre-diciembre 2016, p. 243-286. Tradução livre: Antes deste nascimento, pelo menos quatro famílias espanholas frequentaram a Universidade Livre de Bruxelas e o Instituto de Genética Reprodutiva de Chicago para conceber um "bebê medicamento". Algumas famílias foram para o estrangeiro à força porque até 2006 a legislação espanhola não autorizava o PGD para fins terapêuticos de um terceiro. Outros, no entanto, tomaram essa decisão devido à lentidão dos procedimentos na Espanha.

diversos países. Primeiramente, que a doença que afeta o indivíduo tenha um componente genético que possa ser facilmente identificado através de um teste genético. Isso é importante para que o bebê que vai nascer não sofra da mesma doença. Em segundo lugar, que a doença seja severa e só possa ser tratada através de transplante, envolvendo células-tronco do cordão umbilical, da medula óssea ou do sangue periférico. O tratamento com células-tronco pode ser utilizado para combater uma série de doenças, porém está frequentemente associado para tratamento de cânceres de sangue e medula óssea, tais como leucemia, linfoma Hodgkin's e não Hodgkin's e outras doenças do sangue não relativas a câncer. Um terceiro requisito é que não exista um doador compatível. Embora com a seleção do embrião compatível HLA as chances de sucesso do transplante sejam bem maiores, a existência de um doador compatível torna a prática desnecessária. Por fim, é importante que a doença não seja imediatamente fatal, já que pode levar vários anos para que o irmão salvador seja capaz de fornecer todo o material biológico necessário ao doente.²³⁷

Infere-se, portanto, que vários são os registros de casos bem-sucedidos no mundo, mas nem por isso menos impactantes e reveladores de debates na sociedade e na comunidade científica, especialmente do ponto de vista ético, que serão demonstrados a seguir.

4.2 Questionamentos ético-jurídicos: instrumentalização do novo ser?

A sociedade pós-moderna não adota uma postura ética uniforme, optando pela pluralidade de crenças e de opiniões. Os valores e as virtudes subjacentes a esta heterogeneidade moral estão sujeitos a uma tensão transformadora constante por parte da cultura atualmente dominante. Neste contexto de aparente relativismo ético um dos principais dilemas das sociedades de cultura ocidental é a fundamentação dos valores pelos quais se deve nortear o comportamento humano. Essa escolha deve ocorrer

²³⁷ SHAPIRO, Zachary E. **Savior Siblings in the United States**: Ethical Conundrums, Legal and Regulatory Void, 24 Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just. 419 (2018). Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/crsj/vol24/iss2/6>. Acesso em: 20 jul 2018.

através de um consenso sobre quais são os valores mais representativos da nossa sociedade que devem ser transmitidos às gerações vindouras.

Diante da disparidade entre crenças, religiões, culturas a tarefa não é fácil. Uma solução viável consiste em buscar uma fundamentação ética para legitimar moralmente determinada conduta a partir da dignidade humana, que confere à pessoa o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo nunca ser considerado como um objeto do desejo ou da manipulação de terceiros.²³⁸

Partindo dessa premissa, é que são sintetizados argumentos principais contrários à utilização da técnica. Primeiramente, a preocupação com o status e o bem-estar ou melhor interesse da criança que vai nascer. É difícil combater o argumento de que essa criança nascerá com a finalidade de ajudar outro indivíduo doente, o que contraria a ideia Kantiana de que uma pessoa nunca pode ser utilizada como um meio, porque ela é o fim em si mesma.

Defende-se que viola o melhor interesse da criança diante do impacto psicológico a ser sofrido pela mesma ao saber que o intuito do seu nascimento foi salvar a vida de um irmão doente, como se ela existisse apenas para salvar o irmão, sendo apenas uma engrenagem na família. Isto pode causar depressão e baixa autoestima, pois a criança pode não se sentir especial por si só, mas sim por estar sempre ligada ao irmão.²³⁹

²³⁸ NUNES, Rui. A Liberdade ética da pessoa humana. *In: Debatendo a procriação medicamente assistida*. Publicação correspondente a actas do seminário internacional “debatendo a procriação medicamente assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de março de 2017, p. 137-148.

²³⁹ Em termos de danos psicológicos, estudos recentes mostraram que, no futuro, uma criança salvadora é, em média, mais sujeita a problemas de auto-estima. Isso pode se originar de saber que ele ou ela nasceu singularmente para salvar a criança preexistente. Em seu estudo sobre o efeito psicossocial dos transplantes de medula óssea, Wendy Packman, da Pacific Graduate School of Psychology, ressalta várias consequências psicológicas desfavoráveis de ser um irmão salvador, incluindo “relações de pares pobres, ansiedade, somatização e depressão”, que só seriam ampliadas se as doações do irmão salvador não tiveram sucesso em salvar a vida da criança preexistente. Packman também destaca um perigo psicológico significativo que a criança salvadora enfrenta, que é chamado de “baixo autoconceito”. Isso ocorre quando a criança tem dificuldade em descobrir ou determinar uma identidade e frequentemente se sente definida pela natureza amoral de sua entrada. O último risco psicológico substancial para os irmãos salvadores é a falta de atenção, já que a criança salvadora é muitas vezes “secundária ao irmão enfermo” quando se trata de ser o ponto focal da atenção, o que compreensivelmente leva a sentimentos de inferioridade, e também nutre ressentimento e amargura para com a criança doente.

Nesse sentido, Susan M. Wolf, Jeffrey P. Kahn e John E. Wagner assim se pronunciam:

[...] [W]e know almost nothing about the psychological impact of being conceived to serve as an HLA-matched donor and save a sibling's life. The effects on the donor child are potentially profound. Indeed, if the cord blood transplant fails or the donor child is otherwise repeatedly considered for harvest over a prolonged period of time, there may be a potential for serious effects. The potential may be all the greater if the donor child comes to resist or refuse further procedures... Moreover, even if one debates whether using PGD solely to conceive an HLA-matched donor may be said to harm the donor child, this use of PGD exclusively to create an opportunity for later harvesting may be wrong on other grounds, such as violating the ethical injunction to respect each individual and avoid using persons as mere means... The donor child is at lifelong risk of exploitation, of being told that he or she exists as an insurance policy and tissue source for the sibling, of being repeatedly subjected to testing and harvesting procedures, of being used this way no matter how severe the psychological and physical burden, and of being pressured, manipulated, or event forced over protest.²⁴⁰

Na França, o arcebispo de Rennes, tratando do tema, asseverou que tal instrumentalização é contrária "*ao mais elementar respeito devido a todo o ser humano, contrariando o interesse primordial da criança*", citando a Comissão nacional consultiva dos direitos do homem. A declaração também afirma que toda a criança "tem o direito

"Com toda a dor psicológica, o irmão salvador também deve enfrentar inúmeras viagens ao hospital para serem cutucadas e incitadas por estranhos, apesar de estarem perfeitamente saudáveis. Assim, o irmão salvador perde a oportunidade de experimentar uma infância normal e potencialmente ganha cirurgias invasivas, como transplantes de medula óssea ou doação de órgãos. Irmãos salvadores estão constantemente em risco do escorregadio declive de uma doação levando a outra, e as doações mais invasivas que o salvador irmão tem que prover em sua vida, o maior risco que ele ou ela está sofrendo por danos psicológicos prejudiciais". PACKMAN, Wendy. **Impacto psicossocial do TMO pediátrico em irmãos**. Disponível em: <https://savingsaviorsiblings.weebly.com/>. Acesso em: 24 jan. 2018.

²⁴⁰ "Using preimplantation genetic diagnosis to create a stem cell donor: issues, guidelines and limits" (2003). *Journal of Law, Medicine and Ethics*. 327. Tradução livre: Não sabemos quase nada sobre o impacto psicológico de sermos concebidos para servir como um doador compatível com HLA e salvar a vida de um irmão. Os efeitos na criança doadora são potencialmente profundos. De fato, se o transplante de sangue do cordão umbilical falhar ou se a criança doadora for repetidamente considerada para coleta por um período prolongado de tempo, pode haver um potencial para efeitos sérios. O potencial pode ser ainda maior se o filho doador vier a resistir ou recusar procedimentos adicionais ... Além disso, mesmo que se discuta se o uso do PGD exclusivamente para conceber um doador compatível com HLA possa prejudicar a criança doadora, esse uso de PGD exclusivamente para criar uma oportunidade para a coleta posterior pode estar errado por outros motivos, como violar a injunção ética de respeitar cada indivíduo e evitar o uso de pessoas como mero meio ... A criança doadora corre risco de exploração a vida inteira, de ser informada de que existe como apólice de seguro e fonte de tecido para o irmão, de ser repetidamente submetido a procedimentos de teste e colheita, de ser usado dessa maneira, não importando quão severo seja o fardo psicológico e físico, e de ser pressionado, manipulado ou forçado a protestar.

de nascer por si mesma, ser amada por si mesma e ser acolhida por si mesma". O Arcebispo de Rennes salienta que este nascimento é singular porque pode levar a questionamentos justificadores como: *quem poderia permanecer insensível diante da vida, mais ainda do sofrimento? Quem poderia negar a legalidade de um ato científico altruísta? "Todavia, legalizar o uso do ser humano mais vulnerável para curar outro não é digno do homem, e conceber um bebê com esse objetivo não respeita a sua dignidade"*.²⁴¹

Para rechaçar tal argumento, Jean Longeneaux afirma que duvida da existência de uma criança que tivesse sido concebida, unicamente, em razão dela mesma. Pontua que existem outros motivos que determinam a decisão de gerar uma criança, nos quais, também, instrumentalizam-na, no entanto, são motivos socialmente aceitos. Nesta linha de raciocínio, defende que nem sempre as crianças são concebidas por um motivo nobre. Alguns casais querem ter filhos para fundar uma família. Outras famílias têm filhos de um sexo e buscam uma nova gravidez na tentativa de ter um filho com sexo diferente. Há casais que tem um segundo filho, apenas, para que o primeiro tenha uma companhia. Mulheres engravidam porque estão chegando a uma idade de risco para a procriação. Há, ainda, aquela que perdeu um filho e tenta em outra gravidez ocupar o espaço deixado. Assim, ele constata como utópica a ideia de que uma criança seja concebida e desejada por ela mesma. Todos os bebês são idealizados e gerados para a felicidade de seus pais. Não há como buscar na subjetividade da vontade de uma mãe uma causa para proibir a técnica do bebê medicamento, que é tão benéfica à saúde de uma criança portadora de uma doença hereditária agressiva e à dignidade do núcleo familiar.²⁴²

No mesmo sentido, Sally Sheldon and Stephen Wilkinson procedem às seguintes considerações:

[...]The first prohibitionist argument is that a saviour sibling would be 'a commodity rather than a person' and would be wrongfully treated as a means rather than an end in itself... [T]his argument fails to say what is wrong with creating a child as a saviour sibling, when creating a child for a number of other

²⁴¹ Disponível em www.cna.org. (2011). Acesso em: 08 fev. 2018.

²⁴² LONGNEAUX, Jean Michel. Apud. FÉO, Christina. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o Direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In VIEIRA, Tereza Rodrigues (org). **Ensaio de bioética e direito**. Brasília: Consulex, 2012, p.58.

'instrumental' purposes is widely accepted... We turn now the idea that saviour siblings will be psychologically harmed. But even if we concede for the sake of argument that it would be hurtful or upsetting for a selected sibling (A) to discover that she had been conceived for the primary purpose of saving the life of an existing child (B), is it really plausible to suppose that A would be less happy than another, randomly selected sibling (C) who was unable to act as a tissue donor? For it could surely be argued that A would benefit from B's company and may well derive pleasure from knowing that she has saved B's life. In contrast, imagine the psychological impact on C, born into a bereaved family, later to discover that she was a huge disappointment to her parents because of her inability to save B's life ²⁴³

Sob essa perspectiva, uma criança seria sempre um instrumento, não sendo, em nada, diferente do bebê advindo como medicamento do irmão, posto que diante da complexidade do ser humano e das diversas formas de acolhimento que este novo integrante da família possa receber não se poderia afirmar, categoricamente, que será menos feliz, por ser doador, que o outro irmão.

A refutação desse argumento ainda se consubstancia em que o valor do ente familiar como integrante da família está no que ele é e não no que ele representa ser. Ele é humano e sendo assim independe de condição para ter sua dignidade reconhecida. Pois este novo ente familiar será encarado, pela família, como um indivíduo total, com direitos plenos, e principalmente com a afetividade característica das relações de parentesco contemporâneas. O novo filho vai ser querido, independente da intenção com que fora concebido e de sua vinda ao mundo ser ou não eficaz para o fim terapêutico. Independentemente do motivo, nobre ou não, de uma gestação, apesar de uma aparente instrumentalização, o ser humano advindo dali não perde a sua dignidade. O fato é que em todas estas instrumentalizações, e

²⁴³ 'Hashmi and Whitaker, "An Unjustifiable and Misguided Distinction". Medical Law Review, v. 12, 2004. p. 137-63. Disponível em: www.medicallaw.org. Acesso em: 12 jan 2018. Tradução livre: O primeiro argumento proibicionista é o de que um irmão salvador seria "um bem em vez de uma pessoa" e seria erroneamente tratado como um meio e não um fim em si mesmo ... [T] seu argumento falha em dizer o que está errado em criar uma criança como um irmão salvador, quando criar uma criança para uma série de outros propósitos 'instrumentais', é amplamente aceito ... Voltamos agora à idéia de que irmãos salvadores serão psicologicamente prejudicados. Mas mesmo se admitirmos, por uma questão de argumento, que seria doloroso ou perturbador para um irmão selecionado (A) descobrir que ela foi concebida com o objetivo principal de salvar a vida de uma criança existente (B), é realmente plausível supor que A seria menos feliz do que outro irmão, selecionado aleatoriamente (C), que era incapaz de agir como um doador de tecido? Pois certamente se poderia argumentar que A se beneficiaria da companhia de B e pode muito bem ter prazer em saber que ela salvou a vida de B. Em contraste, imagine o impacto psicológico em C, nascido em uma família enlutada, depois de descobrir que ela foi uma grande decepção para seus pais por causa de sua incapacidade de salvar a vida de B.

independente delas, estas crianças são acolhidas no seio de uma família e são amadas. Portanto, o bebê medicamento em nada difere das outras crianças que povoam este universo, e, portanto, descabe qualquer crítica neste sentido.

Diante da complexidade do ser humano e das diversas formas de acolhimento que este novo integrante da família possa receber não se pode afirmar que será menos feliz, por ser doador, que o outro irmão.

O valor do ente familiar como integrante da família está no que ele é e não no que ele representa ser. Ele é humano e sendo assim independe de condição para ter sua dignidade reconhecida.

No entanto, não há como buscar na subjetividade da vontade de uma mãe uma causa para proibir a técnica do bebê medicamento, que é tão benéfica à saúde de uma criança portadora de uma doença hereditária agressiva e à dignidade do núcleo familiar.

De fato, a subjetividade dos motivos que levam ao desejo de filhos não pode ser moralmente avaliada, já que se estar tratando da questão objetivamente, sob prisma da ética.

Tem sido argumentado que servir como irmão salvador beneficia apenas os pais e a criança doente, posto que o salvador pode ser submetido a procedimentos invasivos e potencialmente dolorosos que não lhe fornecem nenhum benefício biológico direto. Efetivamente, embora muitos desses procedimentos sejam simples, alguns deles como o transplante de medula óssea, podem ser extremamente dolorosos.

Percebe-se, de início, que há uma maior aceitabilidade do procedimento, quando se refere a transplante de células-tronco do cordão umbilical, posto possuir menor grau de invasividade, enquanto que outros tratamentos com transplante de células da medula óssea e até mesmo doação de órgãos apresentam maiores resistências. Isto porque a retirada de órgão pode acarretar uma vida inteira de cuidados diferenciados e limitações de saúde.

Por isso, há uma avaliação diferente do caso quando se pretende uma doação mais invasiva, quando fica claro que a intenção é apenas beneficiar a criança doente em prol de uma “felicidade familiar”.

Essa doação é particularmente problemática, tendo em vista que o nível de autonomia da criança é reduzido no processo de tomada de decisão de consentir com um transplante de material biológico. Nesta senda, a autonomia da criança muitas vezes é violada por pressões e coação, o que elimina o caráter do livre consentimento. Essa violação ocorre desde o seu nascimento já que a criança não pode optar em ser ou não doador, já que nasceu com essa finalidade, sendo fruto unicamente da decisão de seus pais.

Alguns argumentam que isso prejudica a capacidade desse indivíduo para sempre em dar o seu consentimento, já que foi criado com o propósito de servir para um transplante, desejando ou não. Ademais, questiona-se se, mesmo que essa criança escolha servir como doador, se essa escolha é genuinamente autônoma, diante da pressão familiar e do sentimento de responsabilidade pelo irmão doente, que só ele será capaz de salvar.²⁴⁴

Na realidade, porém, por se tratar de um procedimento relativamente novo, muitas são as interrogações que o circundam, sendo certo, porém, que a objeção ética com base na autonomia e liberdade do indivíduo possui significativa relevância, à luz da bioética.

Outro argumento relevante condiz com a possibilidade de que a criação do “bebê salvador” importe na abertura de caminhos para o nascimento de crianças com outras finalidades eticamente inaceitáveis, tais como doação de órgãos, que importe em redução da qualidade de vida do doador e dano a sua saúde.

De fato, embora, a princípio, o tratamento mais comum seja o transplante de células-tronco do cordão umbilical ou de medula óssea, não há como assegurar que, no futuro, outros transplantes mais invasivos não sejam necessários, ficando, assim, a

²⁴⁴ ERTELT, Steven. **Rescue Me**: The Moral and Ethical Problems of Creating Savior Siblings. LIFENEWS Aug. 8, 2008. Disponível em: <http://www.lifenews.com/2008/08/08/bio-2540/> (discussing ethical issues with savior siblings and consent) (on file with Washington and Lee Journal of Civil Rights & Social Justice). Acesso em: 12 jan. 2018.

critério unicamente dos pais em decidirem. Em adição, também se questiona a possibilidade de o nascimento beneficiar outras pessoas, não apenas do seio familiar e, ainda, os próprios pais. Por sua vez, também abriria caminhos para escolha de outras características das crianças, para fins de melhoramento, importando numa nova eugenia. Embora não hajam evidências consideráveis sobre isso e, por isso, o argumento é tido por muitos por falacioso, tais objeções não devem ser descartadas levianamente, à vista do que já aconteceu no passado.

Efetivamente, pode-se afirmar que os argumentos éticos contrários à realização do procedimento podem ser refutados sob a ótica de vários fundamentos da bioética, entretanto, a partir da concepção personalista, que tem o indivíduo como centro das preocupações, a partir de sua liberdade e autonomia nos procedimentos médicos e relativos a sua vida e saúde, não há como se negar a probabilidade de instrumentalização do ser que se vislumbra com essa técnica médica.

Jorge Reis Novais defende, porém, que só haverá violação da dignidade quando, na instrumentalização em causa, esteja “decisivamente presente um elemento de coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou em geral, de degradação da pessoa”, o que pode resultar da intencionalidade de quem instrumentaliza ou do próprio contexto do caso. Portanto, a apreciação da “intenção subjacente” e do “significado social de uma ação” é, por isso, essencial para avaliar se a instrumentalização é ou não atentatória da dignidade.²⁴⁵

Porém, um exemplo claro das dificuldades que esta fórmula pode suscitar pode ser demonstrado a partir da decisão do Tribunal Constitucional português, o Acórdão 101/2009, ao tratar da legitimidade do recurso a técnicas de reprodução medicamente assistida, para o nascimento de um “bebê salvador”. No pedido de fiscalização o argumento invocado foi o de que esta prática se consubstancia numa violação do princípio da dignidade ao admitir a “criação de embriões-medicamento, instrumentalizando o embrião humano”, recorrendo-se portanto, ainda que implicitamente, à fórmula do objeto para a concretização do princípio.

²⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana II** (Dignidade e Inconstitucionalidade), Coimbra: Almedina, 2016, p. 65

A princípio, parece evidente que, sendo o novo ser gerado precisamente com o intuito de salvar um terceiro, é inegável que está a ser utilizado como um meio, como um instrumento, para a prossecução de fins alheios. Se é assim, seguindo esta fórmula deveríamos considerar que se verifica uma violação do princípio da dignidade

A decisão do Tribunal não foi, no entanto, nesse sentido. O Tribunal chegou à conclusão acerca da inexistência de uma violação da dignidade. Na análise que fez da solução legal, foi levado em consideração o “significado social da ação”, fazendo uma ponderação entre os diferentes direitos em jogo e considerando o fim visado, isto é, a proteção da saúde de um terceiro em perigo de vida.²⁴⁶

Significa dizer que, a princípio, para a identificação das situações em que se verifica uma violação do princípio da dignidade é necessário considerar as circunstâncias concretas do caso, que determinarão se a instrumentalização em causa é ou não atentatória da dignidade.

4.3 Regulação: disciplinamento da matéria nos diplomas estrangeiros (Europa e Eua) e o cenário jurídico brasileiro

Obviamente, a matéria acerca da realização do diagnóstico pré-implantação varia de país para país, havendo um certo consenso, quanto à limitação de seu uso.

Nos Estados Unidos da América (EUA) não há legislação federal que regule o diagnóstico pré-implantacional, assim como não há normas deontológicas sobre o “bebê salvador”.²⁴⁷ Essa ausência de regulação deixa sob o poder dos médicos e dos pais a decisão de o que fazer e como fazer, recaindo sobre suas mãos a discricionariedade de utilização da técnica, bem como os aspectos morais e éticos

²⁴⁶ CRORIE, Benedita Mac. O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, *in* **Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho**. Coimbra, 2004, p. 163

²⁴⁷ MENDES, Marcela Custódio; COSTA, Ana Paula Pimentel. Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais. **Revista de Ciências Médicas Biológicas**. Salvador, v.12, n.3, p.374-379, set./dez. 2013.

envolvidos.²⁴⁸ Estima-se que 1% da utilização do diagnóstico pré-implantacional tem como objetivo de nascimento de criança HLA compatível.²⁴⁹

O caso do Estados Unidos contrasta com o ocorrido no Reino Unido onde houve ampla discussão sobre a questão e suas implicações éticas.

No Reino Unido, o *Human Fertilisation and Embriology Act* 1990 não previa a hipótese de utilização da fertilização *in vitro*, com diagnóstico prévio, para o nascimento do chamado “saviour sibling” ou irmão salvador. Em 2003, o casal Michele e Jayson Whitaker realizou o procedimento em Chicago, após negativa do “*Human Fertilisation Authority* em autorizar a realização da técnica²⁵⁰. Em 2008, houve uma alteração para

²⁴⁸ What this sort of regulation does is avoid governmental interference in personal choices and the continuation of innovative scientific progress without regulation. However, there are many flaws in a system like this. Not having any type of regulation gives the authority to PGD clinics to make their own decision on moral and ethical issues concerning PGD. Each clinic will make their own separate policies and services. With non-regulation, one clinic can allow using PGD to select the gender of the baby, while others will use it for screening for severe genetic conditions. Non-regulation gives too much power to the PGD clinics to make their own moral and ethical decisions. More than two-thirds of the approximately fifty fertility clinics worldwide offering PGD are found in the United States because of the lack of regulation. TRIFOLIS, Kristie Lauren, "Savior Siblings: The Ethical Debate" (2014). Law School Student Scholarship. Paper 432. Disponível em: http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/432. Acesso em: 21 abr 2018. Tradução livre: O que esse tipo de regulamentação faz é evitar a interferência governamental nas escolhas pessoais e a continuação do progresso científico inovador sem regulamentação. No entanto, existem muitas falhas em um sistema como este. Não ter qualquer tipo de regulamentação dá autoridade às clínicas de PGD para tomar sua própria decisão sobre questões morais e éticas relativas ao PGD. Cada clínica fará suas próprias políticas e serviços separados. Com a não regulamentação, uma clínica pode permitir o uso do PGD para selecionar o sexo do bebê, enquanto outros o usarão para triagem de condições genéticas severas. A não regulamentação dá muito poder às clínicas do PGD para tomar suas próprias decisões morais e éticas. Mais de dois terços das cerca de cinquenta clínicas de fertilidade em todo o mundo que oferecem PGD são encontrados nos Estados Unidos por causa da falta de regulamentação.

²⁴⁹ No mesmo sentido, Zachary adverte: “(...) *Leaving this decision to the sole discretion of the parents or a given fertility clinic is problematic. Such a situation could allow disparate outcomes for similarly situated individuals, to say nothing of the potential for harm and abuse for the savior child.* SHAPIRO, Zachary E. **Savior Siblings in the United States: Ethical Conundrums, Legal and Regulatory Void**, 24 Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just. 419 (2018). Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/crsj/vol24/iss2/6>. Acesso em: 21 abr 2018. Tradução livre: Deixar esta decisão a critério exclusivo dos pais ou de uma determinada clínica de fertilidade é problemático. Tal situação poderia permitir resultados díspares para indivíduos semelhantemente situados, para não falar do potencial de dano e abuso para a criança salvadora.

²⁵⁰ No caso da família Whitaker entendeu-se que o diagnóstico pré-implantacional só deveria ser utilizado no caso de alta probabilidade da criança nascer com a doença genética, o que não era o caso, de modo que não haveria benefício para a futura criança. Posteriormente, com a mudança de entendimento, para permitir o diagnóstico para teste de compatibilidade HLA, em determinadas situações, a primeira família ser beneficiada pelo tratamento no Reino Unido foi a família Fletchers, cujo filho Joshua, aos 3 anos, foi diagnosticado com DBA (síndrome de Balckfan-Diamond), exigindo a realização de transfusão de sangue a cada 3 semanas e injeções diárias com medicamento. Ele restou curado após transplante de células-tronco da sua irmã, Jodie.

deixar clara a possibilidade de implantar um embrião compatível HLA com uma criança doente, para o transplante de células-tronco, com algumas limitações. Por exemplo, só pode ser utilizado em caso de irmãos, não pode haver a finalidade de doação de órgãos e devem ser utilizadas células-tronco do cordão umbilical, da medula óssea ou de outro tecido da criança.²⁵¹

Em Portugal, a Lei nº 32/2006, com as alterações da Lei nº 58/2017, não se refere especificamente à utilização do diagnóstico pré-implantação para teste de compatibilidade HLA, embora em seu art. 28º, contemple a sua realização para o diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, de acordo com o considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente assistida.

A Lei nº 14/2006, que regulamenta as técnicas de reprodução assistida na Espanha, permite a realização do diagnóstico para fins de teste de compatibilidade HLA, porém condiciona a prática à prévia autorização da autoridade sanitária correspondente e, ainda, de parecer favorável da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida.²⁵²

²⁵¹ Paragraph IZA(d) of Schedule 2 of the 1990 Act: ... a person ('the sibling') who is the child of person whose gametes are used to bring about the creation of the embryo (or of either of those persons) suffers from a serious medical condition which could be treated by umbilical cord blood stem cells, bone marrow or other tissue of any resulting child, establishing whether the tissue of any resulting child would be compatible with that of the sibling. HERRING, Jonathan. **Medical law and ethics**. 6 th edition. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 413. Tradução livre: Uma pessoa ("o irmão") que é o filho da pessoa cujos gametas são usados para provocar a criação do embrião (ou de qualquer uma dessas pessoas) sofre de uma condição médica séria que pode ser tratada pelas células-tronco do sangue do cordão umbilical, medula óssea ou outro tecido de qualquer criança resultante, estabelecendo se o tecido de qualquer criança resultante seria compatível com o do irmão.

²⁵² Artículo 12. Diagnóstico preimplantacional. 1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia. b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. 2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso. FERRAZ, Ana Claudia B. de B. Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2ª ed. – revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2016, p.242. Tradução livre: Diagnóstico pré-implantação. 1. Os centros

A Lei Francesa, da mesma forma, desde 2004, autoriza a prática, desde que haja autorização da Agência de Biomedicina.

A lei italiana, aprovada em 2004, é uma das mais conservadoras da Europa. Seus dispositivos vêm sendo questionados na Corte Constitucional Italiana, que já derrubou regras como a proibição de doação de espermatozoides e óvulos, assim como em relação ao número de óvulos que poderiam ser fecundados, reduzidos a três, que deveriam ser todos implantados, posto que vedado o descarte e o congelamento. Em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos repreendeu a Itália para permitir que casais com doenças optassem por utilizar embriões saudáveis, entendendo que se tratava de um direito do casal a escolha.

Na Alemanha, a realização do diagnóstico foi permitida apenas em julho de 2011 e de forma limitada. Para poder realizá-lo é necessário que os casais recebam aconselhamento genético e tenham a solicitação aprovada por um comitê de ética.²⁵³

No Brasil, não há lei sobre reprodução humana assistida, estando a matéria regulamentada por resoluções do Conselho Federal de Medicina, normas, portanto, de natureza deontológica, dirigidas aos profissionais de saúde.

A primeira resolução do Conselho Federal de Medicina sobre a matéria, a de nº 1358/1992, previa, em seu item VI, a possibilidade de realização do diagnóstico pré-implantação para evitar a transmissão das doenças hereditárias genéticas. Assim estabelecia:

devidamente autorizados podem praticar técnicas de diagnóstico pré-implantação: a) detecção de doenças graves hereditárias, início precoce e não passíveis de tratamento curativo pós-natal de acordo com o conhecimento científico atual, a fim de realizar seleção de embriões pré-embriões não afetados pela sua transferência. b) A detecção de outras alterações que possam comprometer a viabilidade do pré-embrião. A aplicação de técnicas de diagnóstico pré-implantação nesses casos deve ser comunicada à autoridade sanitária correspondente, que informará a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida. 2. A aplicação de técnicas de diagnóstico pré-implantação para qualquer outra finalidade não incluído na seção anterior, ou quando se pretende praticada em combinação com a determinação dos antígenos de histocompatibilidade in vitro para fins terapêuticos pré-embriões terceiros, requer autorização expressa, caso a caso, a correspondente autoridade sanitária, após parecer favorável da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida, que deve avaliar as características clínicas, terapêuticas e sociais de cada caso.

²⁵³ SEVERIN, T.; KELSEY, E. **Germany approves genetic testing of human embryos**. Reuters. 2011. Disponível em: <http://in.reuters.com/article/2011/07/07/us-germany-embryo-vote-idINTRE7664HJ20110707>. Acesso em: 08 maio 2018.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ- EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica: 1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro" não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias"²⁵⁴

Essa mesma norma repetiu-se na Resolução^o 1.957/2010-CFM:

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

[...] as técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica: 1 - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias"²⁵⁵

Pela primeira vez mencionou-se a possibilidade de utilização do diagnóstico pré-implantação para realização de fertilização *in vitro* e seleção de embrião compatível HLA com outro filho doente, na Resolução nº 2013/2013-CFM, nos seguintes termos:

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-

²⁵⁴ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.352/1992. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 19.11.1992, p. 16053. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 22 set. 2017.

²⁵⁵ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 06.01.2011, p. 79. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 22 set.2017.

compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.²⁵⁶

Revogada pela Resolução nº 2.121/2015, esta, por sua vez, estabelecia:

VI – DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1. As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados. 2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum (a) filho (a) do casal, já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente. 3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de até 14 dias.²⁵⁷

A Resolução nº 2.168/2017-CFM, atualmente em vigor, seguindo a sistemática das resoluções anteriores, mantém a possibilidade de utilização do diagnóstico pré-implantação para nascimento do “bebê salvador”, ao dispor:

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES

1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.

2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA - compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

²⁵⁶ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.013/2013. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 09.05.2013, p. 119. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 22 set. 2017.

²⁵⁷ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.121/2015. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 24.09.2015, p.117. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 22 set. 2017.

3 . O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de até 14 dias.²⁵⁸

Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 115/2015, que disciplinará a reprodução assistida no Brasil, o qual, sobre tal prática prevê:

“Art. 4º O Diagnóstico pré-implantacional de embriões tem como objetivo avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias graves a fim de tratá-las ou impedir sua transmissão.

§ 1º O Diagnóstico pré-implantacional e toda e qualquer intervenção sobre embriões in vitro somente serão realizados com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal ou pessoa que se submete às técnicas reprodutivas.

§ 2º Os procedimentos diagnósticos dirigidos a avaliar a capacidade reprodutiva e a viabilidade da fertilização e/ou implantação que envolvam manipulação de gametas ou embriões são submetidos às disposições deste Estatuto.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de 14 (quatorze) dias.

Art. 5º As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade.

Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave”²⁵⁹

Na jurisprudência brasileira, há escassez de decisões sobre a temática, sendo interessante citar decisão liminar proferida pelo juízo de Direito do Comarca de Rio Grande, no Rio Grande do Sul, determinando que o Poder Público arcasse com os custos de fertilização *in vitro* de um casal que pretendia ter um bebê para servir como doador do filho de 11 anos portador de leucemia. A juíza Fúlvia Beatriz Gonçalves de

²⁵⁸ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.168/2017. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 10.11.2017, p. 73. Disponível a partir de: www.portalmédico.org.br. Acesso em 25 nov. 2017.

²⁵⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 115/2015. Apresentação: 03.02.2015. Autor: Juscelino Resende Filho. Ementa: Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em 22 set. 2017.

Souza Thormann fundamentou sua decisão no direito à saúde e ressaltou que crianças e adolescentes têm prioridade na efetivação dos direitos à vida e à saúde.²⁶⁰

Apreende-se, portanto, que o Projeto de Lei em tramitação, embora trate do diagnóstico pré-implantacional para fins de evitar a transmissão de doenças hereditárias, não contempla a possibilidade de realização do mesmo para fins de nascimento de bebê compatível HLA com outra criança enferma.

Esse quadro indica que poderá haver um descompasso entre os valores bioéticos adotados pela comunidade médica brasileira e os valores eleitos pelo sistema jurídico vigente, como merecedores de proteção, o que reafirma a necessidade de regulamentação, diante do vazio legislativo que impera e dos questionamentos ético-jurídicos que exsurtem num cenário de avanço biotecnológico acelerado.

A situação legislativa brasileira é desordenada, na medida em que não há lei em sentido estrito sobre a matéria, enquanto normas éticas médicas conflitam, algumas vezes, com normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça²⁶¹ o que gera muitas dúvidas e insegurança jurídica.

Igualmente, não se pode deixar de mencionar a regulamentação oriunda da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, em especial o sistema Sis embrio,

²⁶⁰ Conjur. **Direito à saúde**. 9 de janeiro de 2016, 8h03. Estado é obrigado a pagar fertilização *in vitro* de casal no RS Um casal que precisa fazer fertilização *in vitro* para que o bebê seja doador de medula óssea de outro filho, com leucemia, terá o tratamento pago pelo Estado. O entendimento Vara do Juizado da Infância e Juventude de Rio Grande (RS), que determinou o custeio do procedimento por parte do Rio Grande do Sul e do município de Rio Grande. A fertilização possibilitará o tratamento de um menor diagnosticado com hipoplasia medular severa, doença conhecida como leucemia. A juíza Fúlvvia Beatriz Gonçalves de Souza Thormann reconheceu que o direito à saúde é dever do Estado. O adolescente de 12 anos não tem irmão e todas as tentativas de localizar um doador de medula óssea compatível não tiveram êxito. Para garantir a correspondência, surgiu a possibilidade da fertilização de embriões previamente selecionados. A fertilização consiste na seleção e análise genética de material dos genitores, com a concepção de embriões previamente selecionados para que nasça um irmão sadio e compatível. Como o Sistema Único de Saúde não cobre o procedimento e a família do jovem alegou não possuir recursos para recorrer à rede privada, foi solicitada a antecipação da tutela em face dos réus. Os procedimentos hospitalares e demais despesas foram orçados em R\$ 32 mil e deverão ser custeados pelos réus. O processo corre em segredo de Justiça. Com informações da Assessoria de Imprensa do TJ-RS. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 20 maio 2016.

²⁶¹ É o caso, por exemplo, do Provimento nº 61/2017, do Conselho Nacional de Justiça, que garante a revelação da identidade do doador de espermatozoides e óvulos, como reconhecimento do direito à ascendência biológica, enquanto as resoluções do Conselho Federal de Medicina adotam o sistema do segredo absoluto.

que permite o acompanhamento dos dados relativos à produção de embriões no Brasil.²⁶²

Não se desconhece a importância do papel do Conselho Federal de Medicina no processo legislativo, porém a tomada de decisão não pode vir exclusivamente dele. Diante de tal conjuntura, Maria Helena Diniz alerta que:

[...] Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Entretanto, entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-a aplicar o art. 4º a Lei de Introdução ao Código Civil, freando, assim, a atividade jurisdicional que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade da pessoa humana.²⁶³

Silvia da Cunha Fernandes defende a edição de uma lei específica, com o objetivo de cercear práticas que venham a ferir os princípios não só individuais, mas da humanidade como um todo, para garantir a proteção das gerações que estão por vir, porém com flexibilidade suficiente para que o desenvolvimento científico não reste prejudicado.²⁶⁴

A inércia do legislativo causa, como se pode observar, um vácuo que acaba sendo ocupado indevidamente sem que se garanta a discussão da matéria no

²⁶² O SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões foi criado pela Resolução de Diretoria Colegiada/Anvisa RDC nº 29, de 12 de maio de 2008, e atualizado pela RDC nº 23/2011, com os seguintes objetivos: 1. Conhecer o número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de fertilização *in vitro* criopreservados (congelados) nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos-BCTGs, mais conhecidos como clínicas de Reprodução Humana Assistida; 2. Atualizar as informações sobre embriões doados para pesquisas com célulastronco embrionárias, conforme demanda da Lei no 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e Decreto no 5.591/2005; 3. Divulgar informações relacionadas à produção de células e tecidos germinativos (oócitos e embriões) no Brasil, como: número de ciclos de fertilização *in vitro* realizados, número de oócitos produzidos, número de oócitos inseminados, número de oócitos com dois pronúcleos, número de embriões clivados, número de embriões transferidos, bem como o número de embriões descartados por ausência de viabilidade; 4. Divulgar os indicadores de qualidade dos Bancos, para promover a melhoria contínua do controle de qualidade dos Bancos, auxiliar os inspetores sanitários a avaliar/inspecionar os BCTGs, bem como possibilitar o acesso à população aos indicadores de qualidade dos serviços. Informações obtidas a partir de: <http://portal.anvisa.gov.br>

²⁶³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 523.

²⁶⁴ FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 87.

Parlamento, onde representantes eleitos têm o dever constitucional de resolver questões desta natureza, legislando e correspondendo aos anseios sociais.

Em acréscimo, pode-se afirmar que os efeitos ético-jurídicos da utilização indevida de tais técnicas são negastos para a sociedade e para o próprio sistema jurídico que se vê violado em sua base, seu alicerce, que é a dignidade da pessoa humana. Deve-se, portanto, lutar para que seja editada uma legislação própria, para definir conceitos, regulamentar práticas e principalmente estabelecer limites a serem respeitados pelas ciências médicas, evidentemente após amplo debate com os vários segmentos da sociedade, pois, apenas assim, a dignidade humana prevalecerá.

4.4 Autonomia (liberdade) reprodutiva e o livre desenvolvimento da personalidade

A atividade de reproduzir-se se concebe, atualmente, como exercício de uma liberdade pessoal. O fundamento dessa autonomia reprodutiva encontra-se tanto no direito ao livre desenvolvimento da personalidade como na contribuição que a reprodução dá ao bem-estar individual. A manifestação e o exercício dessa liberdade, no entanto, esbarra-se com os outros direitos igualmente decorrentes do livre desenvolvimento da personalidade, sendo necessário o estabelecimento de parâmetros ou critérios decisórios para sopesar os interesses envolvidos.

4.4.1 Sentido e alcance do livre planejamento familiar

A proteção da família e o reconhecimento da formação da mesma como um direito se encontra presente em diversos diplomas internacionais. A Declaração Universal de Direitos Humanos, por exemplo, em seu art. 16, assinala que: “*Os homens e as mulheres, a partir da idade núbil, tem direito, sem restrição alguma por motivos de raça, nacionalidade ou religião a casar-se e fundar uma família.*” Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 23.3. reconhece o “*direito do homem e da mulher de contrair matrimônio e fundar uma família*” e, no âmbito do Conselho da Europa, o Convênio para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades

Fundamentais também preceitua, em seu art. 12, que “*a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm direito a casar-se e a fundar uma família segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito*”²⁶⁵

A Constituição Brasileira de 1988, no art. 226, § 7º estabelece o seguinte:

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§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 das instituições oficiais ou privadas”²⁶⁶

Dentre as faces do planejamento familiar, tem-se o direito de o casal decidir se deseja ter filhos, quantos filhos pretende ter e o espaçamento dos nascimentos, sem que haja qualquer interferência do Estado. Representa, portanto, o próprio princípio da liberdade nas relações de família. Tal liberdade, no entanto, no âmbito do planejamento familiar é uma liberdade responsável, posto que os indivíduos devem levar em consideração os direitos do filho que vai nascer, seus deveres para com eles e o bem comum.

Cumprido, por conseguinte, relacionar o direito de fundar uma família com as possibilidades científicas em matéria de reprodução humana assistida e com o direito à reprodução.

Romeo Casabona defende a reprodução como direito derivado do direito de fundar uma família, ao entender que o direito de procriar se depreende como pressuposto imprescindível do direito a formar uma família e, também, implicitamente, do direito à intimidade familiar. Para ele, o direito a fundar uma família é a concretização

²⁶⁵ HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. M. **Textos Internacionales de Derechos Unamnos I** (1776-1976), p. 146.

²⁶⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172.

do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, porém que se enquadra melhor no âmbito da liberdade do que dos direitos em sentido estrito. Explica:

“[...] efectivamente, no parece que haya um derecho absoluto a la reproducción en el sentido tradicional de la palabra, derecho a algo que puede reclamar a alguien, por ejemplo, al Estado; el Estado no nos va a poder aportar un hijo si nosotros decidimos que queremos reproducirnos(...) ese derecho a la reproducción no sería derecho, sino libertad”.²⁶⁷

Em adição, vem se reconhecendo o direito de procriar como direito de personalidade, inserido no direito fundamental à intimidade privada.

Sanchez considera que o direito à intimidade pessoal e familiar diz respeito às decisões do sujeito que afetam suas relações pessoais com outros, inclusive se deseja procriar e quando quer procriar. Ressalta que embora o direito à reprodução não faça parte do conteúdo essencial do direito fundamental à intimidade, por ser um ato de liberdade, o reconhecimento do direito evitaria intromissões na vida privada do sujeito, inclusive quanto às decisões relativas à reprodução humana, natural ou artificial.²⁶⁸

Segundo Olga Krell:

[...] pode-se afirmar que o desejo compreensível de gerar seus próprios filhos com o fito de constituir uma família, com prole, aliado ao planejamento familiar adequado às necessidades do casal, é fato elementar que justifica o pretense direito fundamental à reprodução assistida.²⁶⁹

Impende ressaltar que nem a Constituição Federal brasileira nem a legislação infraconstitucional fazem qualquer menção às famílias formadas pelo emprego das técnicas de reprodução humana assistida, em distinção à procriação natural.

Se se garante o direito de formar uma família, através da concepção natural, há de se reconhecer o direito daqueles que, por razões médicas, não podem procriar

²⁶⁷ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El convenio de Derechos Humanos y Biomedicina**: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Granada: Comares, 2002, p. 77. Tradução livre: de fato, não parece haver um direito absoluto à reprodução no sentido tradicional da palavra, um direito a algo que pode reivindicar alguém, por exemplo, o Estado; o Estado não poderá nos trazer um filho se decidirmos que queremos reproduzir (...) esse direito à reprodução não seria direito, mas liberdade.

²⁶⁸ SANCHEZ, Yolanda Gómez. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 54.

²⁶⁹ KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007, p. 109.

naturalmente, a também formarem uma família. Nesta linha, o direito a constituir família inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente. E esse direito depende também de outro direito que é o de participar do progresso científico e dos benefícios de que dele resultem, direito este reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos.²⁷⁰

Note-se que, para regulamentar o §7º do art. 226 da Constituição Federal brasileira, adveio a Lei nº 9.263/96, que estabelece, no art. 1º, que o planejamento familiar é direito de todo cidadão e, no art. 2º define-o como conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Por sua vez, como garantia do direito à procriação, o art. 9º da referida lei dispõe que serão oferecidos pelo SUS, para o exercício do direito ao planejamento familiar, a utilização de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloque em risco a vida e a saúde das pessoas.²⁷¹

Assim, todos têm direito à concepção e à descendência, podendo exercê-la por via do ato sexual ou fertilização assistida, em caso de infertilidade. O casal estéril tem direito à filiação por meio da reprodução assistida desde que isso não venha a colocar em risco a saúde da paciente e do descendente.²⁷²

Entretanto, na procriação medicamente assistida o direito à intimidade familiar cede para dar espaço à participação de terceiros e de meios técnicos que auxiliam o processo reprodutivo, justificando-se a intervenção do poder público para a necessária proteção dos direitos fundamentais das pessoas.²⁷³ Assinala-se que:

[...] Es evidente que en supuesto de la reproducción asistida los intereses en juego y los derechos implicados no se reducen a los de la pareja que solicita las prácticas reproductivas. Los terceros implicados en la

²⁷⁰ Art. 27.1: Toda pessoa tem direito a fazer parte livremente da vida cultural da comunidade, a gozar das artes e a participar do progresso científico e dos benefícios que dele resultem.

²⁷¹ BRASIL. **Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providencias. Publicada no Diário Oficial da União de 15 de janeiro de 1996. Códigos civil, comercial, processo civil, Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1091-1094.

²⁷² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137.

²⁷³ RUIZ, Yolanda García. **Reproducción humana asistida: derecho, conciencia y libertad**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 258.

realización de las diferentes técnicas, sus derechos y libertades (su libertad de conciencia, por ejemplo) y los derechos del futuro hijo, actúan sin duda como limite frente al derecho de fundar una familia y la libertad de procrear, al tempo que, legitiman la intervención de los poderes públicos em el establecimiento de dichos limites.²⁷⁴

Na mesma linha de raciocínio, Olga Krell faz a seguinte ponderação:

[...] Isto, entretanto, não significa que essa interpretação deve ser estendida a qualquer tipo de técnica de reprodução assistida. Assim, parece duvidoso permitir o uso da fecundação artificial homóloga ou heteróloga simplesmente pela recusa da pessoa à utilização dos meios naturais de reprodução. Nesse contexto, a posição extremada seria a aceitação de um direito de recusar a reprodução natural que se expressaria no direito à contracepção e até num direito a recorrer aleatoriamente à reprodução medicamente assistida.²⁷⁵

Reconhecido, pois, o direito ao planejamento familiar, que inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente, indaga-se quais os limites e alcance do exercício desse direito. O primeiro questionamento que se apresenta diz respeito à possibilidade de pessoas que não possuem problema de infertilidade fazerem uso dessas técnicas. Alguns autores defendem que essa limitação é justificável já que se aplicaria o direito no âmbito do direito à saúde, olvidando-se, porém, do conceito de família que hoje prevalece.

Contudo, questiona-se o discurso de vinculação das técnicas de reprodução humana com a esterilidade, pois para Durán, significa a tentativa de dotar de uma aparência tecno-científica e médica a defesa e promoção jurídica de determinados valores, quais sejam as formas tradicionais de família com exclusão de outras.²⁷⁶ Durán acertamente pontua:

²⁷⁴ Idem, p. 258. Tradução livre: É evidente que, no caso da reprodução assistida, os interesses em jogo e os direitos envolvidos não são reduzidos aos do casal que solicita práticas reprodutivas. Os terceiros envolvidos na realização das diferentes técnicas, seus direitos e liberdades (sua liberdade de consciência, por exemplo) e os direitos do futuro filho, atuam sem dúvida como um limite ao direito de fundar uma família e à liberdade de procriar, ritmo que legitima a intervenção das autoridades públicas no estabelecimento dos referidos limites.

²⁷⁵ KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 105.

²⁷⁶ AÑÓN, C. Lema, **Reproducción, Poder y Derecho**. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999, p. 203.

[...] Sem embargo, a proibição generalizada de acesso a técnicas de reprodução aplicada a todas as pessoas que não encaixam em determinado modelo de pais e de famílias parece uma medida claramente contrária aos direitos fundamentais e liberdades ideológicas e à intimidade das pessoas que desejam converter-se em progenitores. Em primeiro lugar, não parece proporcional entender que é necessária a proibição de todas estas técnicas para garantir direitos, bens e valores tais como a dignidade humana, o direito à saúde e o direito à integridade física e moral das pessoas. Em segundo lugar, uma proibição tal geral reflexa a preferência do Estado por um determinado conceito ético acerca do valor da vida, da reprodução e do modelo de família e de pais.²⁷⁷

No contexto do direito europeu, segundo se depreende de decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos cabe aos Estados regular a utilização das técnicas de reprodução, com margem de discricionariedade, de forma que o acesso vai depender do conteúdo das leis que o regulem em face, obviamente, da Constituição.

Vale ressaltar, porém, que essa limitação da utilização das técnicas de reprodução assistida não mais se coaduna ao conceito de família atual. A família passa a ser vista num contexto de promover a dignidade e realizar a personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.²⁷⁸

Sem dúvida, a Carta Magna de 1988 provocou uma transformação significativa na sociedade, diante de tantas modificações que introduziu, preponderando, dentre elas, o reconhecimento da supremacia da dignidade da pessoa humana, lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, impedindo a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes.²⁷⁹

Nas palavras de Gustavo Tepedino, a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros.²⁸⁰

²⁷⁷ DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: Interpretação Constitucional e Biodireito. In BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade**: Uma Questão de Ética e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237-261.

²⁷⁸ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 34.

²⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2007, p. 39.

²⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 349.

Segundo Paulo Lobo, a família é vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.²⁸¹

Por conseguinte, se o indivíduo se realiza como pessoa em diversos tipos de entidades familiares, concretizando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a restrição do uso das técnicas ao tipo de entidade familiar representaria violação a esse direito e, em especial, à igualdade.²⁸²

A questão principal que se discute quanto aos limites do planejamento familiar e do direito de procriar encontra-se na vida das pessoas, em especial, da futura criança assim concebida e sua dignidade. Neste caso, aplica-se o sentido substantivo ou material de dignidade, que se traduz no imperativo de não instrumentalização e proibição de patrimonialização da pessoa.

Importante destacar, porém, que as diferentes visões globais da Bioética moderna podem provocar divergência de percepção sobre um mesmo tema. A visão do mundo anglo-saxão, por exemplo, é inspirada sob a ótica utilitarista, outorgando-se a primazia do valor da liberdade.²⁸³ Por sua vez, a ética objetivista, que repousa principalmente sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, é seguida para justificar legislações proibitivas.²⁸⁴ Essa divergência se verifica, por exemplo, no caso relatado por Sandel, de um casal de lésbicas surdas, que procuraram um doador que pudesse transmitir a mesma condição a seu filho, para que este pudesse ser integrado à comunidade delas, pois alegavam que se sentiam plenas como surdas. Tal desejo

²⁸¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201. Acesso em: 25 fev, 2008.

²⁸² Situação diferente ocorre se a própria Constituição regular e limitar o uso das técnicas de reprodução assistida. Isto ocorre com a Constituição Suíça, por exemplo, que no art. 119.2.c, restringe o acesso aos casos de esterilidade e de perigo de transmissão de doenças graves para as quais não haja outro meio de tratamento. DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: Interpretação Constitucional e Biodireito. In BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237-261.

²⁸³ LUCÁN, María Ángeles Parra. **La autonomía privada em el derecho civil**. Navarra: Thomson Reuters, 2016, p 348

²⁸⁴ Como exemplo podemos citar o caso da gestação de substituição, onde se defende a liberdade e autonomia da mulher que quer gerar um filho para outrem e, de outro turno, a sua dignidade, já que a prática representa a sua coisificação e instrumentalização.

provocou fortes reações na sociedade, de como poderiam elas infligir uma deficiência ao seu filho. As mulheres, por sua vez, alegaram que não consideravam a surdez uma deficiência e que apenas queriam ter um filho igual a elas. Por outro lado, já não gerou tanto alarde o fato de um casal anunciar em jornal a procura por doador com certa altura, quociente intelectual etc. Tais casos demonstram a dificuldade ao se delimitar o conteúdo da liberdade reprodutiva.²⁸⁵

Por conseguinte, os direitos fundamentais que o indivíduo pode exercer no novo marco médico e técnico somente podem ser limitados quando afetem direitos fundamentais de terceiros ou valores e bens objetivos derivados da Constituição e quando tais limitações tenham como finalidade real proteger tais direitos, valores e bens e sejam proporcionadas. Por sua vez, essa proporcionalidade significa idoneidade, necessidade, sempre tendo como parâmetro que o sacrifício cujos direitos são restringidos seja compensado pelos benefícios que a sociedade obtém com a restrição.

Ao se examinar o alcance do direito ao livre planejamento familiar, do ponto de vista da bioética, deve-se atentar para o conteúdo material de dignidade, baseado em quatro premissas éticas fundamentais: inalienabilidade da vida humana, a não instrumentalidade da pessoa, a insubstituíbilidade da pessoa e a inviolabilidade da vontade da pessoa.

De tal modo, nesse cenário, as normas jurídicas devem dirigir sua proteção primeiramente ao bem-estar do filho, depois o bem dos genitores e, em último lugar, a ciência e a liberdade de investigação científica.²⁸⁶

4.4.2 O “bebê salvador” como exercício da liberdade (autonomia) reprodutiva

No contexto do direito ao livre planejamento familiar e da liberdade reprodutiva indaga-se se a opção por se submeter a uma fertilização *in vitro* para o nascimento do “bebê salvador” enquadra-se nos limites da liberdade reprodutiva. De logo, para

²⁸⁵ SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**. Ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.16.

²⁸⁶ ABELLAN F. **Reproducción humana asistida y responsabilidad medica**. Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 32.

aqueles que defendem a utilização das técnicas de reprodução no âmbito do direito à saúde, apenas como forma de driblar problemas de infertilidade, casais férteis não poderiam se submeter ao tratamento para o nascimento do “bebê salvador”. Entretanto, afasta-se essa concepção, para aqui se partir do pressuposto de que a liberdade reprodutiva é direito de todos, indistintamente.²⁸⁷

Por relevante, cumpre destacar a distinção feita por alguns doutrinadores entre as expressões liberdade reprodutiva e autonomia reprodutiva. A primeira comporta as escolhas reprodutivas relativas ao planejamento familiar em si, ou seja, quando, onde, como ter filhos que diz respeito à intimidade e privacidade em cujo campo o Estado não deve interferir. Trata-se de um conceito negativo, no sentido de impedir que o Estado interfira nas escolhas reprodutivas das pessoas, porém não dá o direito às pessoas de tratamento, por exemplo. Por seu turno, a autonomia reprodutiva se refere a todas as ideias contidas na noção de liberdade reprodutiva e vai mais além para reconhecer a obrigação do Estado em garantir a sua concretização, mediante, por exemplo, a oferta de método contraceptivos e de concepção. Herring, porém, adverte que o direito à autonomia reprodutiva não é o direito a uma criança, mas o direito ao acesso às facilidades para que se tente ter uma criança.²⁸⁸

Dworkin identifica a autonomia reprodutiva – a liberdade de escolhas quanto à reprodução – como um aspecto vital do conceito de dignidade humana, que é uma característica das sociedades democráticas.²⁸⁹

Seja autonomia ou liberdade reprodutiva, é certo que não se trata de um direito absoluto. Wicks enfatiza que:

²⁸⁷ A Convenção Europeia de Direitos Humanos garante o direito a fundar uma família, sem discriminação de qualquer tipo, como em razão de sexo, raça, cor, língua, religião, política ou outra opinião, origem, etc. Assim que Elizabeth Wicks (...) while laws may be introduced to govern the right to found a family, they must not threaten the essence of the right nor may they be discriminatory on any grounds” WICKS, Elizabeth. **Humans right and Health Care**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 161. Tradução livre: Enquanto leis podem ser introduzidas para regular o direito de fundar uma família, elas não devem ameaçar a essência do direito, nem podem ser discriminatórias por nenhuma razão.

²⁸⁸ HERRING, Jonathan. **Medical law and ethics**. 6th edition. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.371.

²⁸⁹ Apud COOK, Rebecca J; DICKENS, Bernard M; FATHALLA, Mahmoud F. **Salud reproductiva y derechos humanos**. Integración de la medicina, la ética y el derecho. Traduzido por Adriana de La Espiella. Bogotá, Colombia: Profamilia, 2003, p. 166-167.

[...] “what is clear is that any concept of procreative autonomy/liberty would not entail absolute freedom to procreate but would instead be a presumptive primacy subject only to restrictions to prevent substantial harm to others. E continua: “the right to reproduce is not absolute (under any of its guides) and so the individual’s right needs to be balanced against any pertinent conflicting interests”.²⁹⁰

As escolhas reprodutivas de uma pessoa podem necessitar ser limitadas por uma série de outros direitos ou interesses. Em regra, as legislações sobre reprodução assistida submetem a utilização das técnicas ao princípio do melhor interesse da criança.²⁹¹ Emily Jackson critica a possibilidade desta restrição ao argumento de que não há como se preestabelecer, objetivamente, que o melhor interesse da futura criança está ameaçado, condições essas que apenas podem ser avaliadas após o seu nascimento.²⁹² Tal entendimento não pode prevalecer visto que é possível analisar situações em que há perigo para o bem-estar e melhor interesse da criança, como estabelece o HFEA (*Human Fertilisation and Embriology Act*) que a técnica deve ser negada quando houver evidências de que a futura criança possui risco de sofrer sérios danos médicos, físicos ou psicológicos.²⁹³ E, nesse caso, não há ofensa à liberdade reprodutiva, posto que a seleção embrionária não pertence ao núcleo dessa liberdade, de modo que restringir essa seleção não implica a sonegação do direito de procriar. Isto porque o direito de reprodução não inclui o direito de fazer nascer um tipo particular de criança, por mais nobres que sejam as razões dos pais, para concretizar tal desejo.

²⁹⁰ WICKS, Elizabeth. **Humans right and Health Care**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 161. Tradução livre: “O que está claro é que qualquer conceito de autonomia/liberdade de procriação não implicaria liberdade absoluta de procriar, mas seria, ao contrário, uma presunção de sujeição apenas a restrições para impedir o dano substancial a outros. E continua: “o direito de reproduzir não é absoluto (sob qualquer um de seus guias) e assim o direito do indivíduo precisa ser sopesado em quaisquer interesses conflitantes pertinentes.

²⁹¹ Harris argumenta que se trata de uma discriminação em relação às pessoas inférteis, porque aqueles que concebem naturalmente não são exigidos que provem que serão bons pais antes do nascimento. “If we are serious that people demonstrate their adequacy as parents in advance of being permitted to procreate, then we should license all parents. Since we are evidently not serious about this, we should not discriminate against those who need assistance with procreation. HARRIS, Jonh. **The value of life**. An introduction to Medical Ethics. London: Routledge, 2009, p. 118. Tradução livre: Se é sério que as pessoas precisem demonstrar sua adequação como pais antes de serem autorizados a procriar, então devemos licenciar todos os pais. Como evidentemente isto não é sério, não devemos discriminar aqueles que precisam de assistência com a procriação.

²⁹² JAKSON, Emily. **Medical Law**. Text, Cases and Materials. 4 th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.661.

²⁹³ Disponível em www.hfea.gov.uk. Acesso em: 12 jan. 2018.

Por conseguinte, no caso do “bebê salvador”, o melhor interesse da criança e seu bem-estar não podem ser desconsiderados. O princípio do melhor interesse da criança deve “*servir como importante limite ao exercício ilimitado ou abusivo dos direitos reprodutivos, inclusive – e, principalmente –, no âmbito do planejamento familiar.*”²⁹⁴

Ainda que hajam restrições quanto ao nível de dano a ser sofrido pela criança, como, por exemplo, ao se proibir o seu nascimento para doação de órgãos e se tolerar a coleta de células-tronco do cordão umbilical, essas restrições não são suficientes para controlar a decisão dos pais em relação aos seus filhos, dentro da esfera de intimidade e da privacidade da família, de maneira a assegurar a ausência de violação a seus direitos. Essa futura criança corre sim o risco de sofrer danos físicos ou psicológicos. Ainda que esse risco não se concretize, o simples fato de haver o risco já torna o seu nascimento não recomendável, considerando-se, ainda, a sua reduzida autonomia no processo de tomada de decisão quanto à disposição de seu corpo e sua integridade física.

Neste sentido, Helena de Melo defende que os pais devem possuir “a liberdade de optarem por ter ou não filhos”, mas, em contrapartida deve-se “respeitar a liberdade dos filhos enquanto sujeitos autônomos e não simples objetos passíveis de um direito de propriedade de outrem”.²⁹⁵

É necessário considerar que tal nascimento pode atentar contra a dignidade e o valor do ser humano como tal, ao instrumentalizar o ser, como mero material criado em benefício de terceiro.²⁹⁶ O ser humano, portanto, não pode ser tratado como um meio para atingir determinado objetivo, ou seja, como coisa, de modo que o planejamento do “bebê salvador” excede os limites da liberdade reprodutiva, na medida em que colide com a dignidade inerente a todos os seres humanos.

Segundo Aguiar de Luque, não há dúvidas sobre o caráter limitado dos direitos fundamentais e assinala que:

²⁹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 462.

²⁹⁵ MELO, Helena Pereira de. **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 213.

²⁹⁶ GODOY, M. Olaya. **Regimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica com material humano embrionario**. Madrid: Dykinson S.L, 2014, p. 326.

“[...] Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.”²⁹⁷

Em outro sentido, considerando que tal prática se encontra dentro dos limites da autonomia reprodutiva:

[...] Finalmente, en relación con el derecho a la reproducción, consideramos que el DGP extensivo constituye, sin duda, una ampliación del contenido efectivo de la autonomía reproductiva de los padres. En efecto, este procedimiento permite efectuar una selección embrionaria con una finalidad específica y que responde a un determinado proyecto parental. Es cierto que la doctrina ha discutido sobre la existencia de un auténtico derecho a la reproducción en el Derecho español. A nuestro juicio, existen importantes intereses en juego —libertad personal, intimidad, derecho a formar una familia o libre desarrollo de la personalidad— que justifican un replanteamiento de esta cuestión.”²⁹⁸

A natureza jurídica dos direitos reprodutivos tem que conformar-se mediante um equilíbrio entre a liberdade e a responsabilidade.

4.4.3 O princípio da parentalidade responsável e da solidariedade familiar como justificativa para o nascimento do “bebê salvador” ou para a sua limitação

A família, em sua origem patriarcal e calcada no direito de propriedade, sempre teve seus aspectos patrimoniais destacados pela maioria das legislações civis do

²⁹⁷ LUQUE, L. Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 14, 1993, p. 10. Tradução livre: Os direitos fundamentais podem, é claro, ceder a bens, e até interesses constitucionalmente relevantes, desde que o corte que experimentem seja necessário para alcançar o propósito legítimo pretendido, proporcionado para alcançá-lo e, em qualquer caso, respeitante do conteúdo essencial do direito fundamental.

²⁹⁸ EPIFANIO, Leire Escajedo San. Reproducción humana, medicina genética y derechos fundamentales, p.103-117 In: **Ética de la vida y la salud su problemática biojurídica**. CUESTA, Antonio Ruiz de La. (Coord.). Sevilla: Universidad d Sevilla – Secretariado de Publicaciones, 2008. Tradução livre: Finalmente, em relação ao direito à reprodução, consideramos que o PGD extensivo constitui, sem dúvida, uma extensão do conteúdo efetivo da autonomia reprodutiva dos pais. Com efeito, esse procedimento permite que uma seleção embrionária seja realizada com um propósito específico e que respeite um projeto parental específico. É verdade que a doutrina argumentou sobre a existência de um direito autêntico de reprodução na lei espanhola. Em nossa opinião, há interesses importantes em jogo - liberdade pessoal, intimidade, o direito de formar uma família ou o livre desenvolvimento da personalidade - que justificam um repensar dessa questão.

ocidente. No Código Civil Brasileiro de 1916, por exemplo, a maioria dos dispositivos relativos ao Direito de Família tratava de relações patrimoniais. A própria distinção entre filhos legítimos e ilegítimos tinha como escopo não proteger a família em si, mas o patrimônio.²⁹⁹

O liberalismo individual que serviu de inspiração para as mesmas tem como preponderante a propriedade e os interesses patrimoniais sobre todos os direitos privados, inclusive o direito de família. Desta feita, a ideia de família estava intimamente ligada ao domínio do pai sobre todos os demais membros e sobre os escravos, que tinha o direito de vida e morte sobre todos eles.³⁰⁰

Com a Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, a pessoa passou a ser o centro da proteção do direito brasileiro, acarretando a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, em especial, aqueles do Direito de Família. Passa-se à valorização do interesse da pessoa humana mais que suas relações patrimoniais.

Desta feita, a família atual não pode ser tutelada em face dos direitos patrimoniais que decorrem das relações entre seus membros, posto que o art. 226 da Constituição Federal estabelece:

[...] Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.³⁰¹

Sem dúvida, tal disposição representa um marco no Direito de Família, na medida em que se rompe o paradigma da família matrimonial, para se render à

²⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

³⁰⁰ Idem, p. 9.

³⁰¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172.

realidade sociológica, mediante a proteção de outros tipos familiares existentes no Brasil e que até então ficavam à margem do sistema jurídico.

Há de se ter em consideração que é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.³⁰²

A família contemporânea é identificada pelo vínculo afetivo que une as pessoas com objetivos de vida comuns, gerando o comprometimento recíproco.

Assim, como consequência da repersonalização das relações de família a parentalidade sofreu uma grande evolução, posto que os filhos e pais possuem o mesmo valor produtivo dentro do ambiente familiar, fazendo com que o afeto e a solidariedade aumentem no seio familiar.³⁰³

Ocorre que o direito ao planejamento familiar deve ser exercido dentro dos limites da chamada parentalidade responsável, tanto que Guilherme Calmon Nogueira da Gama destaca:

[...] As limitações quanto ao direito ao planejamento familiar são a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da futura criança, o que implica a assertiva de que o direito à reprodução humana assistida não pode ser considerado senão dentro de um contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser avaliado previamente.³⁰⁴

A parentalidade responsável é um princípio constitucional previsto no §7º da Constituição Federal que dispõe:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) §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

³⁰² TEPEDINO, Gustavo. Ob, cit, p. 328.

³⁰³ ROSA, Leticia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Homoparentalidade na reprodução assistida**. Curitiba: Editora Prismas, 2017, p. 113.

³⁰⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Ob, cit, p. 450.

exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.³⁰⁵

Por sua vez, os arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e o inciso IV do art. 1566 do Código Civil estabelecem deveres dos pais para com os filhos decorrentes do princípio da parentalidade responsável.

Destarte, a parentalidade responsável pode ser definida como o dever de garantir a dignidade humana dos filhos, consubstanciada, especialmente, na garantia dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte e ao lazer, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, de forma a concretizar outro princípio: o da proteção integral da criança.

Importante destacar que embora a Constituição utilize o termo “paternidade” responsável, é certo que essa responsabilidade obviamente não se restringe à figura paterna, mas sim às pessoas que realizam o projeto parental e que, por isso, vão estabelecer relação de parentesco para com a criança. Ademais, a nova realidade da família não comporta mais a utilização deste termo, razão pela qual doutrina e jurisprudência falam de parentalidade responsável.

Thiago José Pereira Pires afirma que o princípio da parentalidade responsável se relaciona ao fato de que a responsabilidade com a criança se inicia na concepção, estendendo-se até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, efetivando-se, dessa forma, a garantia fundamental prevista no art. 227 da Constituição Federal Brasileira,³⁰⁶ o qual estabelece:

[...] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-

³⁰⁵ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172

³⁰⁶ PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da parentalidade responsável**. Disponível em: www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha. Acesso em: 02 set 2017.

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:[...] ³⁰⁷

A preocupação, vale ressaltar, refere-se não somente às pessoas existentes, mas também à futura pessoa, de modo que a responsabilidade jurídica passa a se relacionar também com o futuro das próximas gerações³⁰⁸

O exercício dos direitos reprodutivos, seja pela procriação natural ou artificial, traz como consequência a parentalidade responsável, traduzida como a responsabilidade social e individual para com a nova vida, zelando pelo bem-estar físico, psíquico e espiritual da mesma.

Clayton Reis destaca que:

[...] não importa a dimensão dos riscos e problemas que advirão o que conta é a responsabilidade dos pais em relação a ele, em decorrência da livre escolha que fizeram no âmbito do poder familiar. Por essa razão, sempre haverá que ser uma decisão de risco, em que predominam a incerteza e a insegurança sobre o futuro do filho gerado, bem como, os sacrifícios que resultaram desse processo de escolha do casal. ³⁰⁹

Heloísa Helena Barboza vislumbra o alcance da parentalidade responsável sob a ótica do dever de cuidado, como conduta em relação ao outro, no qual está inserido a noção de diligência, zelo, atenção, bom trato e responsabilidade, vinculado às relações

³⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** file:///C:/Documents%20and%20Settings/Ana/Meus%20documentos/Downloads/constituicao_federal_35ed%20(1).pdf. Acesso em: 07 maio 2018.

³⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de direito de família:** guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70-71.

³⁰⁹ REIS, Clayton. **Responsabilidade civil em face a violação aos direitos da personalidade.** Uma pesquisa multidisciplinar. Curitiba: Juruá, 2015, p. 427

de afeto, de solidariedade e de responsabilidade. Dessa forma, o cuidado representa um valor informador da dignidade humana.³¹⁰

O direito de ter um filho não significa um direito de propriedade sobre essa criança, pois não se pode, por óbvio, adquirir uma vida humana, mas sim o exercício de um direito-dever, que deverá ser realizado de forma responsável e consciente.

Registre-se que o não exercício da parentalidade de forma responsável pode ensejar a responsabilização civil e penal, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal Brasileiro. Até porque da parentalidade responsável decorre um múnus público imposto pelo Estado aos pais, os quais devem zelar pelo futuro de seus filhos e da família.³¹¹

Mais uma vez, é necessário reportar-se à dignidade humana, de modo que a parentalidade responsável deve proteger o filho, não se admitindo qualquer procedimento ou conduta que traga uma coisificação do indivíduo.³¹² Desse dever de proteção integral da criança decorre o princípio do melhor interesse da criança que, segundo Paulo Lobo, “*não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado*”³¹³

A expressão vem do inglês “*the best interests of the child*” que surgiu na Inglaterra, ligada ao *parens patriae*, segundo o qual cabia ao Rei e à Coroa a prerrogativa de serem responsáveis pela administração da vida e do patrimônio das pessoas incapazes.³¹⁴ Está insito na parentalidade responsável e deve ser utilizado como critério interpretativo para priorizar as necessidades da criança e do adolescente

³¹⁰ BARBOZA, Heloísa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86.

³¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70-71.

³¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 333.

³¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6.

em caso de conflito entre direitos, inclusive com os direitos dos pais e no processo de tomada de decisões em relação àqueles. Por consequência, há uma priorização dos direitos da criança em detrimento aos interesses dos pais, impedindo que essa criança venha a ser explorada economicamente e fisicamente.³¹⁵³¹⁶

Por sua vez, a solidariedade, como valor ético e moral, passou a integrar o mundo jurídico, traduzida como princípio destinado à família e revelado no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de ajudarem-se mutuamente. Para Paulo Lôbo, o princípio jurídico da solidariedade *resulta da superação do individualismo jurídico, mediante a busca do equilíbrio entre espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.*³¹⁷

Rolf Madaleno pontua que a *solidariedade é oxigênio de todas as relações familiares e afetivas porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.*³¹⁸

Regina Beatriz Tavares dos Santos traduz o princípio da solidariedade como:

“[...] a recíproca prestação de cuidados, atenção, colaboração e apoio de ordem física e moral nas fases críticas, ocasionadas por enfermidades, pela idade avançada, por questões de caráter familiar, profissional, financeiro, como,

³¹⁵ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179-184.

³¹⁶ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Art. 6º Na interpretação desta Lei levar -se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

³¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. *In: Tratado de Direito das Famílias*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 101-139.

³¹⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 64.

também nos momentos felizes do cotidiano, ligado, por exemplo, ao trabalho, à educação dos filhos e à vida social.³¹⁹

Ou seja, os indivíduos e não apenas o Estado passam a ser responsáveis pelos outros membros, no sentido de poderem ser exigidos a se comportarem de modo a serem solidários reciprocamente. A responsabilidade decorre justamente do princípio jurídico da solidariedade.

Explica Paulo Lôbo que o conceito de solidariedade, no direito privado, aparece no *Corpus Juris Civilis*, no direito das obrigações, no sentido de possibilidade de recebimento do crédito por qualquer um dos credores ou de pagamento do débito por qualquer uns dos devedores (solidariedade passiva), tendo aparecido na linguagem jurídica no início do século XVII. No direito brasileiro, a solidariedade se apresentou como princípio jurídico apenas com a Constituição de 1988. Aponta o referido autor que se deve a Leon Bourgeois a primeira sistematização do princípio da solidariedade, na obra *Ensaio de uma Filosofia da Solidariedade*, publicada em 1902, em seguida um pequeno livro, *Solidariedade*, publicado em 1896, ambos na França, passando por outros estudos sociológicos e, no âmbito do direito civil, culminando com a obra de Demogue, “Noções fundamentais do direito privado”, ligando solidariedade à responsabilidade civil.³²⁰

Registra o autor que é importante compreender o princípio da solidariedade não apenas como dever positivo do Estado na realização das políticas públicas, mas também como no estabelecimento de deveres recíprocos entre as pessoas. Tal compreensão, ressalta, levou ao desenvolvimento da função social dos direitos subjetivos, inclusive a propriedade e o contrato. O princípio da solidariedade estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados. A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são o núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiro. E

³¹⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Dever de assistência imaterial entre os cônjuges**. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 109.

³²⁰ LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/25364. Acesso em: 20 ago 2016.

eles fundamentam os princípios do direito de família, como o princípio da convivência familiar, o princípio da afetividade e o princípio do melhor interesse da criança.³²¹

A regra matriz do princípio da solidariedade encontra-se no inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988 e, no capítulo destinado à família, o princípio se revela no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar, à criança e ao adolescente e às pessoas idosas. Assim, a solidariedade se apresenta como o dever de assistência recíproca nas relações conjugais, por exemplo, o dever de cuidar dos filhos até que os mesmos atinjam a idade adulta, o cuidado com os idosos, reconhecendo-se o cuidado como valor jurídico, como expressão particularizada da solidariedade. Ainda Paulo Lôbo aponta que o princípio da solidariedade, no plano das famílias, apresenta as dimensões interna e externa. A primeira consistente no dever de cooperação e respeito entre os seus membros e a segunda, consistente nas relações da família com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente.³²²

O Código Civil em vigor contém normas que decorrem do princípio da solidariedade, tais como: o art. 1513 que tutela a “comunhão de vida instituída pela família; o poder familiar, art. 1630 que prevê mais um múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; dever de mutua assistência entre os cônjuges, dever de prestar alimentos, etc. Porém, também contempla normas que violam tal princípio, tais como a fixação de causas para a separação judicial fundadas na culpa dos cônjuges (arts. 1572 e 1573, a imprescritibilidade do direito do marido de impugnar a paternidade do filho da mulher (art. 1601), etc.³²³

Nesse contexto, defende o referido autor, que o intérprete deve ser socorrer da aplicabilidade direta do princípio constitucional da solidariedade e da interpretação em conformidade com a Constituição, de modo a solucionar as questões difíceis. “Qualquer norma infraconstitucional de direito de família dever interpretada no sentido que melhor

³²¹ LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/25364. Acesso em: 20 ago 2016.

³²² Idem, p.2

³²³ BRASIL. **Lei 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 11.01.2002. Código Civil, Comercial, Processo Civil, Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 255-490.

realize o princípio da solidariedade familiar, além do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais aplicáveis às relações familiares”.³²⁴

Diante desses dois princípios como situar a decisão acerca do nascimento do “bebê salvador”?

De um lado, tem-se uma criança enferma, cujos pais tem o dever de zelar pela sua saúde, decorrente da parentalidade responsável e da solidariedade familiar. De outro, há um novo ser que nascerá com a finalidade de servir de doador para tentar a cura da doença de seu irmão e, assim, atuar solidariamente, evitando que os entes queridos sofram com a perda de um filho. A partir da solidariedade, contribuir para a felicidade e união da família da qual fará parte.

A solução para este conflito dependerá do encontro de um ponto de equilíbrio entre a liberdade e a responsabilidade e ponderação dos direitos fundamentais em jogo.

Aguiar defende que:

[...] La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derecho y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.³²⁵

Em defesa do nascimento do “bebê salvador”, como expressão do exercício da parentalidade responsável para salvar a criança enferma, Merino argumenta:

³²⁴ Ibidem, p. 4

³²⁵ LUQUE, L. Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 14, 1993, p. 10. Tradução livre: A solução para o problema colocado pela colisão ou encontro entre a lei e as liberdades fundamentais consistirá em conceder a preferência de seu respeito a um deles, precisamente aqueles que o merecem, tanto por sua própria natureza, como pelas circunstâncias concorrentemente em seu exercício. Não é, no entanto, estabelecer hierarquias de direitos ou prevalências a priori, mas combinar, da situação legal criada, tanto os direitos quanto as liberdades, ponderando, pesando cada um deles, em sua eficácia recíproca, para terminar de decidir e dar preeminência a que se encaixa mais para o significado e finalidade que a Constituição indica, explícita ou implícitamente.

[...] El punto de partida de esta libertad sería el ejercicio legítimo de una paternidad responsable que desea evitar problemas graves de salud a sus hijos. Resulta justificada para la preservación de derechos fundamentales de máxima importancia en nuestro ordenamiento como son el derecho a la protección de la salud y, por tanto, a la vida y a la integridad física del hermano enfermo. No podemos olvidar, por otro lado, que las enfermedades que justifican este procedimiento son especialmente graves, limitan seriamente la calidad de vida del enfermo y, en muchas ocasiones, implican riesgo vital si no se produce a tiempo un trasplante. Esta posibilidad afianza la idea de que, en el DGP extensivo, la ley ha ponderado los intereses en conflicto y ha otorgado primacía a los derechos fundamentales del hermano enfermo". Estos parámetros permiten construir un modelo de «paternidad responsable» en el que coexiste el interés de los padres en buscar una solución terapéutica a su hijo enfermo y el interés de la comunidad en la protección de otros valores. De esta manera, se niega el carácter absoluto del derecho a la reproducción —esto es, a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio—, para dar lugar al reconocimiento de un ámbito de inmunidad en el que los padres no pueden verse impedidos en el ejercicio de la paternidad responsable"³²⁶

No entanto, aplicando-se a técnica da ponderação, entende-se que o exercício da paternidade responsável não significa o extremo de utilizar outro ser humano para salvar a vida do filho enfermo. Evidentemente que os pais têm o dever de zelar pela saúde e bem-estar de seus filhos, porém *“ao cuidarem dos filhos os pais não os convertem em produtos da sua vontade ou instrumentos da sua ambição, nem se lançam ao papel de projetistas”*.³²⁷

O que está em jogo é a própria dignidade do “bebê salvador” que, enquanto ser humano poderá ter sua autonomia e liberdade tolhidas.

³²⁶ MERINO, José Maria Rodriguez. **Ética y Derechos Humanos en La Era Biotecnológica**. 4. ed. Madrid: Dykinson S.L, 2015, p. 110. Tradução livre: O ponto de partida dessa liberdade seria o legítimo exercício da paternidade responsável, que deseja evitar sérios problemas de saúde para seus filhos. Justifica-se pela preservação dos direitos fundamentais da maior importância em nossa ordem, como o direito à proteção da saúde e, portanto, à vida e à integridade física do irmão doente. Não podemos esquecer, além disso, que as doenças que justificam este procedimento são especialmente sérias, podem limitar seriamente a qualidade de vida dos pacientes e muitas vezes envolvem, se não oportunizado um transplante, risco de vida. Esta possibilidade reforça a ideia de que, no extenso DGP, a lei tem ponderado os interesses em conflito e dado primazia aos direitos fundamentais do irmão doente ". Esses parâmetros possibilitam a construção de um modelo de "paternidade responsável", no qual coexistem o interesse dos pais em buscar uma solução terapêutica para o filho doente e o interesse da comunidade na proteção de outros valores. Assim, o absoluto caráter do direito de reprodução, ou seja, de transmitir a vida por qualquer meio e a qualquer custo, para dar origem ao reconhecimento de uma esfera de imunidade diminui em que os pais não podem ver-se impedidos no exercício da paternidade responsável.

³²⁷ SANDEL, Michael J. Ob, cit., p. 64.

5 O “BEBÊ SALVADOR” COMO FUTURAS GERAÇÕES: DA PROTEÇÃO AO SUJEITO DE DIREITO ATUAL À PESSOA FUTURA

O problema com o qual se depara a proteção do melhor interesse da criança que vai nascer no caso do “bebê salvador” reside justamente no questionamento de como proteger um ser antes mesmo de sua existência ou do seu atributo de personalidade para o Direito. Uma das alternativas para a solução tais problemas seria o enquadramento do “bebê salvador” no conceito de futuras gerações.

5.1 O “bebê salvador” como oportunidade para o surgimento de uma futura geração de “designer babies”: a necessária distinção entre tratamento e melhoramento

Consoante esposado anteriormente, um dos argumentos contrários à utilização do diagnóstico pré-implantacional consiste justamente no perigo de significar uma abertura para o nascimento de bebês com características escolhidas pelos pais, não necessariamente associadas a doenças ou tratamentos, tais como sexo, cor dos olhos, coeficiente intelectual, etc., embora muitas dessas características não sejam apenas associadas à genética.

A biologia, desde as teorias darwinianas sobre a evolução das espécies a partir da seleção natural até a descoberta do DNA e tratamento com células-tronco, acarretou vários questionamentos sobre a nossa visão de humanidade, especialmente com o emprego das técnicas de reprodução assistida que permitiu a manipulação da vida humana em laboratório. Lincoln Frias adverte:

[...] Assim como desde as teorias hipocráticas sobre o sêmen, os médicos estudam a reprodução humana; desde Anaxágoras e *De Generatione Animalium* de Aristóteles, os filósofos discutem o assunto. Contudo, os questionamentos assumem ainda mais radicalidade quando está em questão não a intervenção no corpo de determinado indivíduo, mas a própria hereditariedade e seus mecanismos. A partir da criação e do desenvolvimento da Bioquímica, da Biologia Molecular e da Genética Evolutiva, nos últimos 150 anos, a chamada tecnologia *biomédica* adquiriu um poderio de intervenção tão

radical sobre o ser humano que, em princípio, seu objeto não é mais um paciente ou um grupo de pacientes, mas a própria espécie humana – como ficou evidente no Projeto Genoma Humano.³²⁸

A medicina do século XXI faz emergir as ações da genética corretiva ou da terapia gênica, inaugurando uma era de dúvidas e incertezas quanto aos limites éticos em afastar, deliberadamente, a seleção natural, fruto da hereditariedade.

A terapia gênica na reprodução permite nascer seres humanos livres das mazelas que o afetariam naturalmente, como doenças hereditárias. Já a terapia gênica não reprodutiva é utilizada através de células-tronco, embrionárias ou adultas, que serão utilizadas no próprio paciente para tratamento.

Essa capacidade da medicina vem evoluindo cada vez mais, culminando atualmente com a técnica CRISP- case 9³²⁹, fazendo surgir a necessidade de regulamentação em relação às questões da saúde como um todo, despertando para o debate renomados filósofos como, por exemplo, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Philip Kitcher e Francis Fukuyama; antecidos pelos especialistas em bioética: Allen

³²⁸ FRIAS, Lincoln. **Ética e genética: a moral da medicina genética corretiva.** *Veritas*, v. 58, n. 1, jan./abr. 2013, p. 99-117. Disponível em: Acesso em: 21 ago 2018.

³²⁹ GONÇALVES E PAIVA explicam como funciona essa técnica de ed. genética nos seguintes termos: (...) A técnica CRISPR que viabiliza a ed. de sequências de DNA alvo-específica do genoma de qualquer organismo pela ação exclusiva de somente 3 moléculas: a nuclease (Cas9), responsável pela clivagem do DNA dupla fita; um RNA guia, que guia o complexo até o alvo; e o DNA alvo. por meio do nocauteamento (gene knockout – KO), da integração de sequências exógenas (knock-in), da substituição alélica, dentre outros.(27,28) O RNA guia se hibridiza com o DNA alvo. A Cas-9 reconhece este complexo e deve mediar a clivagem da dupla fita do DNA e reparação na presença de um DNA doador (homólogo). O resultado deste processo é a integração de uma sequência exógena no genoma (knock-in) ou substituição alélica. O rápido avanço desta nova tecnologia permitiu a realização de ensaios translacionais em células somáticas humanas, utilizando ed. gênica por CRISPR. As primeiras aplicações com foco terapêutico já despontam descrevendo, inclusive, etapas de otimização dos sistemas de entrega e especificidade para a segurança e efetividade do sistema.(28,29) Pesquisadores da Universidade da Califórnia e Utah recentemente obtiveram sucesso na correção da mutação do gene da hemoglobina, que origina a anemia falciforme. Células CD34+ de pacientes portadores de anemia falciforme foram isoladas, editadas por CRISPR-Cas9 e, após 16 semanas, os resultados demonstraram redução dos níveis de expressão do gene mutado e um aumento da expressão gênica do tipo selvagem. A tecnologia em referência está sendo empregada majoritariamente em patologias genéticas monogênicas que, apesar de serem raras, podem atingir cerca de 10 mil doenças descritas. Em 2015, pesquisadores chineses ultrapassaram as questões morais e anunciaram pela primeira vez a modificação genética de células embrionárias utilizando a técnica por CRISPR-Cas9. Na sequência, outro grupo chinês também relatou a realização do mesmo feito com o intuito de conferir resistência ao HIV pela inserção da mutação do gene CCR5. A análise genética mostrou que 4 dos 26 embriões foram modificados com sucesso. GONÇALVES, Giulliana Augusta Rangel; PAIVA, Raquel de Melo Alves. **Terapias gênicas: avanços, desafios e perspectivas.** Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/eins/v15n3/pt_1679-4508-eins-15-03-0369.pdf . Acesso em: 14 abr 2018.

Buchanan, Nicholas Agar, Julian Savulescu, Peter Singer, Jonathan Glover, Leon Kass, Axel Kahn etc., bem como de posicionamento de organizações internacionais como ONU, UNESCO, etc.

São várias temáticas que surgem a partir desse debate tais como a questão da pesquisa científica com seres humanos, a propriedade intelectual, a privacidade e o acesso às informações e, em especial, a questão da seleção na reprodução, o que especificamente ora se aborda, no tocante ao caso do “bebê salvador.”

Argumenta-se favoravelmente à liberação de intervenções genéticas nos seres humanos, pelo fato de poder beneficiar pacientes, sujeitos a doenças genéticas, que prejudiquem severamente sua qualidade de vida; melhorar a saúde e a longevidade; permitir que pais inférteis possam ter filhos saudáveis e assim possam prevenir doenças de seus filhos, garantindo-lhes a saúde; reduzir custos sociais e econômicos com doenças genéticas; melhorar os seres humanos quanto a sua capacidade cognitiva e produtiva; afastar genes considerados inadequados para a vida em sociedade.

Por outro lado, contrariamente à utilização das mesmas argumenta-se que podem prejudicar os pacientes, pois podem emergir defeitos genéticos ainda não calculados; os filhos podem ver-se como meras mercadorias, sujeitas ao capricho dos pais, limitando sua liberdade e autonomia; as gerações futuras podem herdar defeitos genéticos que poderão se manifestar; pode haver uma discriminação genética, aumentando as desigualdades sociais, tendo em vista que dificilmente haverá um acesso igualitário à saúde e, ainda, o perigo para a própria espécie humana, com a possibilidade de redução da diversidade genética.

Alguns desses argumentos podem ser desconsiderados porque pressupõem o risco da terapia, de modo que se deve pensar, no caso de serem seguras, ainda assim, justificam-se as objeções a sua utilização?

Na verdade, essa temática provoca certo mal-estar na sociedade, um sentimento de que se está alterando a natureza humana, ação esta que antigamente apenas era atribuída a Deus. Não apenas sob o enfoque religioso, mas também sob o enfoque ético, a interferência humana no curso da “naturalidade” gera incômodos provocados, pode-se dizer, pela própria história da evolução do homem.

A linha entre o que é tratamento e melhoramento é bastante tênue. Habermas propõe uma distinção entre eles, argumentando que faz parte da espécie humana ser sujeito do acaso, de modo que a manutenção da identidade humana atende à “moralização da natureza humana”, que se concretiza pela “indisponibilidade do genoma humano para fins de eugenia positiva” e, ainda, por exemplo, pela proibição do diagnóstico genético pré-implantação que pode levar a uma eugenia liberal.³³⁰

Agar, por seu turno, pressupõe que evitar doenças e deficiências teria o fundamento ético de garantir a vida digna do ser humano, sendo justificáveis as intervenções nesse sentido, enquanto que abominado o melhoramento, pois neste caso, a intervenção visa à criação de um ser humano com condições para além de sua capacidade normal, seja em relação ao físico ou ao psíquico (por exemplo, incremento da força física para um esporte ou da inteligência).³³¹

No entanto, a distinção entre tratamento e melhoramento não comporta um critério objetivo capaz de solucionar a questão.

Frias alerta para o equívoco de se considerar que as intervenções genéticas são determinantes:

“[...] O determinismo genético é essa crença de que genes (genótipos) causam necessariamente características (fenótipos). Uma perspectiva biologicamente mais informada mostra que o embrião que sofreu intervenção genética não nasce com uma trajetória pré-determinada. Estudos biológicos demonstram que podemos diferenciar três tipos de determinismo genético: 19 (a) *forte*: o gene G quase sempre implica o desenvolvimento da característica C (em 95% ou mais); (b) *moderado*: na maior parte das vezes G implica C (acima de 50%); (c) *fraco*: G algumas vezes leva ao desenvolvimento de C (embora G aumente a probabilidade de C, ela é menor do que 50%) – G está associado a C, mas não é determinante (...) o que a moderna genética oferece-nos é em grande parte o determinismo genético fraco, e, em menor medida, o determinismo genético moderado. Quer dizer, na maioria das vezes, determinados genes são razões necessárias, mas não suficientes, para determinado fenótipo, pois, na passagem do genótipo ao fenótipo, há dois

³³⁰ Habermas defende que os pais deveriam poder escolher características de seus filhos, de acordo com o prejuízo que fossem trazer ao seu plano de vida, objetivando uma melhor qualidade de vida, evitando, por exemplo, defeitos genéticos que possam interferir na sua capacidade motora, imunológica e cognitiva. Se pudermos ter vidas mais saudáveis, mais imunidade e longevidade, seremos mais autônomos e mais livres. HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

³³¹ AGAR, Nicholas. “*Liberal Eugenics*”. In: SINGER, Peter; KUHSE, Helga (Orgs.). **A Companion to Bioethics**. Oxford: Blackwell, 1999, p. 171-81.

fatores com forte taxa de interferência, quais sejam: a epigenia (o desenvolvimento celular) e o ambiente. No desenvolvimento celular, vários fatores interagem interferindo na expressão de um gene específico, desde a relação com outros genes até erros de funcionamento – p. ex., há características multigênicas, aquelas que dependem da combinação de vários (até milhares) de genes para se expressar. Acrescentemos a isso o ambiente preenchendo ativamente o intervalo entre genótipo e fenótipo, incluindo desde as necessidades nutricionais até exercícios físicos e mentais para desenvolver tendências genéticas, o que permite concluir que o arcabouço genômico fornece apenas maiores ou menores *possibilidades* de desenvolvimento de características, não certezas.”

A partir dessa definição, a possibilidade de existirem “*designer babies*”, filhos com características escolhidas pelos pais não se apresenta como certeza de que essas características efetivamente estarão presentes e serão desenvolvidas porque, na verdade, dependerão da conduta do próprio indivíduo. O mesmo não se pode dizer, porém, quanto àquelas relativas ao determinismo forte, como por exemplo, sexo e cor dos olhos, que implicam ameaça à liberdade da futura criança, sem falar na questão de ser instrumento de discriminação social. Portanto, é forçoso concluir que são, no mínimo, questionáveis essas escolhas, seja ética, seja juridicamente. Sandel esclarece que:

[...] A objeção moral ao melhoramento não reside tanto na perfeição que ele busca, e sim na disposição humana que ele expressa e promove. O problema não é que os pais usurpam a autonomia do filho que projetam (pois a criança não poderia mesmo escolher suas características genéticas). O problema reside no seu impulso de controlar o mistério do nascimento. Ainda que tal disposição não transforme os pais em tiranos em relação aos filhos, ela desfigura a relação entre ambos e priva os pais da humildade e do aumento de empatia humana que a abertura do inesperado é capaz de promover.³³²

Essa ameaça à dignidade humana reside, segundo o mencionado autor, na transformação de três características morais importantes do ser humano que são a humildade, a responsabilidade e a solidariedade. É necessário que persista à abertura para o imprevisível, pois ele nos convida a ter tolerância com o inesperado, a viver com a diferença e a controlar o impulso de controlar. A base social da humildade restaria

³³² SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**. Ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 101.

diminuída na medida em que o homem seria o único senhor dos seus talentos, afastando-se a importância das conquistas. A responsabilidade, por sua vez, também seria afetada, já que decorreria das escolhas. Os pais, por exemplo, seriam responsáveis por certas características de seus filhos. “*Quanto mais nos tornamos mestres das nossas cargas genéticas, maior o fardo que carregaremos pelos talentos que temos e pelo nosso desempenho.*” E o incremento da responsabilidade diminuiria a solidariedade para com os outros, na medida em que quanto mais se pode escolher menos se atribui ao acaso, “*reduzindo nossa capacidade de nos ver como pessoas que compartilham um destino comum*”.³³³

É mister não olvidar que tanto a responsabilidade como a solidariedade há muito deixaram de ser apenas valores éticos, posto que incorporados aos ordenamentos jurídicos, inclusive pela Constituição Brasileira.

Sandel, acertadamente, define o receio em relação à terapia genética:

[...] Um dos aspectos da nossa humanidade que pode estar ameaçado pelo melhoramento e pela engenharia genética é nossa capacidade de agir livremente, por nós mesmos, graças a nossos próprios esforços, e de nos considerarmos responsáveis (ou seja, dignos de orgulho ou censura) pelas coisas que fazemos e que somos”³³⁴

No caso do “bebê salvador”, a criança que vai nascer não correrá o risco de padecer da mesma enfermidade que seu irmão, em face da realização do diagnóstico pré-implantação, atitude esta que, segundo Habermas e Agar, não tolheria sua liberdade e autonomia, já que lhe proporcionaria melhor qualidade de vida e, por conseguinte, justificar-se-ia do ponto de vista ético-jurídico. Por outro lado, deve-se recordar que essa criança serviria como instrumento de cura para o irmão doente, o que representa considerável restrição de sua liberdade e até mesmo do livre desenvolvimento de sua personalidade.

³³³ Idem, p. 103.

³³⁴ SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**. Ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 39

Diante de tal paradoxo, é que se entende que, para o seu nascimento, a partir desse raciocínio, justifica-se a menção pelas legislações da análise do melhor interesse da criança quando do intuito de fazer nascer o “bebê salvador”, reconhecendo se tratar o mesmo de um sujeito protegido pelo sistema jurídico.

5.2 A preocupação com a eugenia e preservação das futuras gerações

Outro problema a ser examinado no que tange às intervenções genéticas reside no princípio da igualdade em relação ao acesso a estas intervenções e a possibilidade de atitudes discriminatórias e que levem à busca da “perfeição” do ser humano, importando em verdadeira eugenia.

O termo *eugenics* foi definido por Francis Galton, como a ciência que trata de todos os fatos que melhoram as qualidades próprias da raça, incluídas as que se desenvolvem de forma ótima. Não obstante, ao longo da história já se falava em eugenia nas obras de Platão e Aristóteles e influenciou a obra de Darwin e sua teoria da evolução baseada na seleção natural.³³⁵

Nas primeiras décadas do século XX, a ideia de Galton se disseminou pelos Estados Unidos. O biólogo Davenport, visando evitar a reprodução de pessoas geneticamente desqualificadas, enviou trabalhadores do campo para prisões, hospitais, asilos para investigar os antecedentes genéticos das pessoas consideradas defeituosas. Havia programas que atribuíam prêmios às famílias consideradas mais qualificadas, mediante testes médicos, psicológicos e de aferição de inteligência. Recorde-se, ainda, várias leis existentes em estados americanos que previam a esterilização compulsória para doentes mentais e prisioneiros.

Na Alemanha, essas legislações eugênicas foram bem recebidas, encontrando em Adolf Hitler, um admirador, que promoveu além da esterilização, um genocídio. A divulgação das atrocidades por ele patrocinadas contribuiu para a revogação das mencionadas leis.

³³⁵ HAMMERSCHMIDT, Denise. Op. cit, p. 166.

Com o desenvolvimento da biotecnologia e, em particular, com as técnicas de reprodução humana assistida, fala-se em neo-eugenia. Esta não se confunde com a eugenia promovida no início do século XX, com práticas de esterilização de deficientes físicos ou mentais, eliminação de grupos étnicos como judeus ou ciganos, extermínio de pessoas de determinadas orientações sexuais, promovidas por regimes políticos totalitários, cuja sombra paira até hoje sobre os debates sobre engenharia genética. Ela se apresenta como questão médica, restrita à esfera médico-paciente, como assunto de natureza individual, de um direito à saúde - de nascer saudável – em relação aos seus progenitores e suas faculdades reprodutivas.³³⁶

Nicholas Agar diferencia dois tipos de eugenia: a autoritária e a liberal. Na primeira, o modelo do que é ideal (características desejadas) é imposto pelo Estado, de maneira uniforme, enquanto na eugenia liberal, a escolha das características cabe aos pais, caracterizando-se, dessa forma, pela liberdade e pluralidade. Para o referido autor, negativa é eugenia autoritária, de modo que se as intervenções genéticas propiciam um aumento da liberdade não há razões para compará-la às práticas autoritárias do início do século XX.³³⁷

Já Habermas distingue entre eugenia negativa (terapia) e eugenia positiva (melhoramento) e, a partir disso, defende uma proteção jurídica baseada no direito a uma herança genética não-manipulada, com a exceção de uma ponderação moral acerca do consenso suposto no caso da eugenia negativa.

Discute-se a aceitabilidade da eugenia positiva do ponto de vista ético-jurídico e o seu impacto nas futuras gerações. Um dos argumentos que comumente se usa é o de que as futuras gerações estariam divididas entre aqueles que teriam acesso às novas biotecnologias e, assim, poderiam “melhorar” e uma subcategoria, sujeita à aleatoriedade da natureza. Ascensão refuta esse argumento nos seguintes termos:

³³⁶ HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 166.

³³⁷ AGAR, Nicholas. “*Liberal Eugenics*”. In: SINGER, Peter; KUHSE, Helga (Orgs.). **A Companion to Bioethics**. Oxford: Blackwell, 1999, p. 171-81.

[...] Na realidade, excluir a utilização dum processo vantajoso com a consideração que não pode chegar a todos é incorrer no que chamamos a igualdade da inveja. Esteve muito em moda há uns tempos atrás, e deixou marcas persistentes. Porém, tudo o que for benéfico para alguns deve deixar-nos contentes. Como chegar aos outros, é outra questão. Seguramente muito importante, mas sempre consequencial e instrumental em relação à primeira.³³⁸

Impõe-se uma análise cautelosa quanto a esse argumento de “igualdade da inveja” uma vez que não se pode olvidar o princípio bioético da justiça, no sentido de que os benefícios da evolução médico-científica devem estar disponíveis a todos. Deixar para um momento posterior a questão do acesso pode significar longo período de desconsideração a tal princípio e até o seu desprezo enquanto princípio.

Consoante mencionado, o diagnóstico pré-implantação é o método pelo qual o genoma de um novo ser é submetido à análise, após a realização da fecundação *in vitro*, antes da implantação do embrião que, geralmente, ocorre a partir do sétimo dia, após a fecundação.³³⁹

Por intermédio dessa técnica é possível detectar nos embriões doenças genéticas ou cromossômicas severas, resultando daí a opção de descartar (isto é, de não transferir para o útero) aqueles tidos como “defeituosos”.³⁴⁰

A partir do desenvolvimento do projeto genoma humano, tornou-se possível a manipulação de células germinativas e, também, de eliminação de imperfeições do genoma que possam causar doenças, gerando mais discussões quanto à eugenia.

[...] Desde este punto de vista, se ha sostenido que la técnica tiene una clara finalidad eugenésica. En efecto, la selección que se produce dentro del conjunto de embriones creados no es más que un frío atentado contra la vida de unos seres que son privados de la posibilidad de llegar a desarrollarse como

³³⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. In: **Estudos de Direito da Bioética**. ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord). Coimbra: Almedina, 2005, p.25-47

³³⁹ WIDER, Roberto. **Reprodução assistida**. Aspectos do Biodireito e da Bioética. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 14.

³⁴⁰ SALEM, Tania. **As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010493131997000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 Mar. 2007.

consecuencia de sus minusvalías o, en su caso, por la falta de compatibilidad con el hermano enfermo.³⁴¹

A edição genética permite, então, consertar genes defeituosos que acarretem doenças e comprometa a qualidade de vida das pessoas.

Diz-se que tal técnica consistiria em verdadeira eugenia, já que os pais escolheriam os embriões saudáveis para serem implantados, evitando, assim, o nascimento de filhos doentes. Ressalta Casabona:

[...] Difícilmente um casal que se submete a uma fertilização *in vitro* e solicita um diagnóstico genético pré-implantacional para evitar a transmissão a sua descendência de uma enfermidade hereditária, vá a se empenhar para que se transfira a mulher um embrião com a patologia que se deseja evitar.³⁴²

Os argumentos a favor desta nova eugenia consideram que o indivíduo que sofre de deficiências por falta de informação genética aos seus progenitores ou por falta de possibilidades de acesso de seus progenitores ao aconselhamento genético é objeto de uma injustiça, já que a carga de ter um filho doente é pesada demais para os pais e que existe um direito de nascer saudável.

Roberto Andorno argumenta contrariamente:

[...] En efecto, el diagnóstico preimplantatorio persigue, en una primera etapa, someter a los embiones a un análisis genético previo a fin de transferir a la madre solo los normales o aquellos que mejor se adapten a los deseos de los padres, lo cual supone eliminar aquellos que no responden al estándar fijado. En una segunda etapa, tal como lo destaca Testart, el objetivo, que a primera vista podría ser considerado como digno de aliento, presenta su lado oscuro

³⁴¹ Tradução livre: Deste ponto de vista, argumenta-se que a técnica tem um claro propósito eugênico. De fato, a seleção que ocorre dentro do conjunto de embriões criados nada mais é do que um ataque a frio contra a vida dos seres privados da possibilidade de desenvolvimento como resultado de suas desvantagens ou, conforme o caso, pela falta de compatibilidade com o irmão doente. Sobre esta questão, vid. Herranz, G. (1998), «Medical-ethical problems in prenatal and pre-implantation genetic diagnosis», en Vial Correa, J y Sgreccia, E. (eds.), *Human Genome, Human Person and the Society of the Future*, Proceedings of the fourth Assembly of the Pontifical Academy for Life, Vaticano, Editorial Editrice Vaticana, febrero 23-25, pp. 197 y ss; Graumann, S. (2000), «Preimplantation genetic diagnosis: the bridge between human genetics and reproductive medicine», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, pp. 215 y 219.

³⁴² ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El convenio de Derechos Humanos y Biomedicina**: su entrada en vigor en el ordenamento jurídico español. Granada: Comares, 2002, p. 79.

cuando se trata de precisar que caracteres han de ser alentados o estandarizados y quienes seran los encargados de fijar tales caracteres. Por outro lado, no debe olvidarse el hecho de que ignoramos completamente los efectos a largo plazo sobre la salud publica de estas diversas presiones genéticas. Por esta via, una nueva eugenesia, dulce, democrática e insidiosa se instala silenciosamente en la sociedad, sin que nadie sepa a ciencia cierta adonde la conducira.³⁴³

Segundo Franco, a terapia gênica abre “a possibilidade de graves atentados ao direito à identidade genética”, uma vez que as características de um indivíduo deixam de ser obra do acaso e passam a estar sujeitas à vontade de terceiros. De modo semelhante, o fato de que tais técnicas visam eliminar pequenos “desvios genéticos para fins eugênicos”, faz delas um meio de discriminação entre os indivíduos. A fecundação *in vitro*, também, apresenta-se como uma técnica susceptível à manipulação eugênica. Uma vez que diversos óvulos são fertilizados, mas apenas um é implantado, a decisão sobre qual deles implantar pode se dar atendendo a considerações do tipo “quais são os melhores”, ou “os mais fortes”. Sendo assim, há uma seleção de uns em detrimento de outros, atendendo a critérios nem sempre explícitos, nem sempre claros. Por fim, o diagnóstico pré-natal possibilita a interrupção da gravidez em casos de anomalias não desejadas, realidade de países como os Estados Unidos e Grã-Bretanha, por exemplo.³⁴⁴

Nesse caso, o que há é uma decisão “daqueles que valem a pena nascer”,³⁴⁵ não obstante, sob um controle que pode estar nas mãos de instâncias técnicas

³⁴³ ANDORNO, Roberto. El derecho frente a la nueva eugenesia. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 21, n° 2, pp. 321-328, 1994. Tradução livre: Com efeito, o diagnóstico pré-implantacional busca, numa primeira etapa, sujeitar os embriões a uma análise genética prévia, a fim de transferir para a mãe apenas os normais ou aqueles que melhor se adaptam aos desejos dos pais, o que significa eliminar aqueles que não respondem ao conjunto padrão. Em uma segunda etapa, como destacou Testart, o objetivo, que à primeira vista poderia ser considerado merecedor de encorajamento, apresenta seu lado obscuro quando se trata de especificar quais personagens devem ser encorajados ou padronizados e quem será responsável por consertar tais personagens. Por outro lado, não devemos esquecer o fato de que ignoramos completamente os efeitos de longo prazo sobre a saúde pública dessas diversas pressões genéticas. Deste modo, uma nova eugenia, doce, democrática e insidiosa, instala-se silenciosamente na sociedade, sem que ninguém saiba uma certa direção aonde ela vai levar.

³⁴⁴ FRANCO, Alberto S. **Genética Humana e Direito**. Bioética, v. 4, n. 1, 1996, p 18.

³⁴⁵ PAUL, Diane B. “**What was Wrong with Eugenics?** Conflicting Narratives and Disputed Interpretations, *Science & Education* 23, n° 2, 2005, p. 265. Disponível a partir de: www.sienceandeducation.org. Acesso em: 20 fev. 2018.

(médicos) e econômicas (estado, planos de saúde) e fora do alcance daqueles diretamente interessados (pais e familiares).

Desta feita, a realização do diagnóstico pré-implantacional e da terapia gênica pode, em algumas situações, importar numa prática eugênica, ainda que limitada à esfera individual daqueles que se submetem às técnicas, embora não se possa dizer que se trata de uma política eugênica, na medida em que estas são utilizadas para suprir o desejo de procriar, independentemente das mazelas que venham a sofrer os filhos nascidos.

Acerca da matéria, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Costa e Pavan c. Itália* (2012) entendeu que violava o artigo 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tratando-se de intervenção desproporcionada na vida privada e familiar dos queixosos, a proibição legal de rastreio de doença genética por recurso ao diagnóstico pré-implantatário em contexto de procriação medicamente assistida, com vista a obstar a transmissão para o descendente da fibrose cística de que ambos os progenitores eram portadores sãos. Os requerentes invocaram que o seu direito ao respeito pela vida privada e familiar estava sendo violado, uma vez que a única via ao seu dispor para gerar crianças não afetadas pela doença de que eram portadores seria iniciar uma gravidez pelas vias naturais e recorrer ao aborto terapêutico cada vez que um diagnóstico pré-natal mostrasse que o feto tinha a doença. Segundo o direito italiano, o uso de tecnologia de reprodução assistida e diagnóstico genético pré-implantatário, que permite testes genéticos a um embrião antes de este ser utilizado para iniciar uma gravidez, era possível apenas para casais estéreis ou inférteis ou casais nos quais o homem sofresse de uma doença vírica sexualmente transmissível. Uma vez que aos queixosos apenas restava a via de iniciar uma gravidez e, eventualmente, interrompê-la em virtude a existência da doença, entendiam que estavam a ser discriminados face aos casais estéreis ou inférteis ou casais nos quais o homem sofresse de uma doença vírica sexualmente transmissível.

Depois de reiterar, com base na sua jurisprudência, que a noção de vida privada no sentido do artigo 8.º é uma noção ampla — que abrange, entre outros, o direito para o indivíduo de estabelecer e desenvolver relações com os seus

semelhantes, o direito ao desenvolvimento pessoal e à autodeterminação e o direito ao respeito pela decisão de se tornar ou de não se tornar progenitor (já afirmado em *Evans c. Reino Unido*) — e que o artigo 8.º protege o direito a ver respeitada a decisão de se tornarem pais genéticos (*Dickson c. Reino Unido*) e se aplica à matéria do acesso a técnicas heterólogas de procriação artificial através de fecundação *in vitro* (*S.H. e outros c. Áustria*), o Tribunal entendeu que o “desejo dos pais de trazer ao mundo uma criança não afetada pela doença de que são portadores sãos e de recorrer para o efeito à procriação medicamente assistida e ao diagnóstico pré-implantação era uma expressão do seu direito à vida privada e familiar, estando protegida pelo artigo 8.º da referida Convenção.

A este propósito, refira-se que, apesar de se ter invocado que a decisão pode ser vista como um passo (perigoso) no sentido do reconhecimento do direito a uma criança geneticamente saudável, importando em eugenia, na verdade é necessário pontuar que o Tribunal ressaltou que se tratava de um direito a recorrer ao diagnóstico pré-implantação com a finalidade de gerar uma criança que não tivesse a mesma doença genética da qual os pais eram portadores sãos, e não um direito geral a ter crianças sãs, como alegara o Governo italiano.³⁴⁶

É forçoso reconhecer que, ainda que se apliquem essas novas biotecnologias como terapia, dificilmente haveria controle sem que haja uma legislação apropriada.

Por tal razão, Testart sustenta, desde 1992, numa postura mais conservadora, a necessidade de proibir a realização do diagnóstico pré-implantacional imediatamente a nível internacional e mostra-se pessimista quanto às possibilidades de frear a eugenia.

³⁴⁷

Glad entende que a eugenia, no final das contas, tomou a forma de genética humana aplicada:

[...] O que era chamado de eugenia positiva, interessada em aumentar a fertilidade daqueles que eram considerados adequados, chama-se, hoje, fertilização *in vitro* ou doação de gametas. O que era chamado eugenia

³⁴⁶ DI STEFANO, Adriana. **Bio-ethics under Human Rights Scrutiny: toward a right to pré-implantation genetic testing under the ECHR?** Strasbourg Observers, 20/09/2012. Disponível em <https://strasbourgobservers.com>. Acesso em: 12 ago 2018.

³⁴⁷ Idem, p. 323.

negativa, que desencorajava a reprodução dos “disgênicos”, chama-se, hoje, aconselhamento genético, incluindo práticas como a interrupção da gravidez em casos de anomalias não desejadas. Percebe-se, portanto, uma clara relação entre a reprogenética de hoje e a ciência eugênica de ontem. Assim, os ideais e práticas eugênicas continuam presentes hoje, vinculadas à biologia, na genética molecular e nas biotecnologias de reprodução. O que parece persistir com o tempo é a crença ou o desejo ou a ideologia de um determinismo biológico

Fagot-Largeault sublinha o fato de que “a genética não é mais apenas uma ciência, ela tornou-se uma ideologia”³⁴⁸

Por isso que Oliveira Ascenção defende a prudência. Com muita propriedade resume:

“[...] Se pesquisarmos as razões da proibição, verificamos que esta se baseia quer na insuficiência dos conhecimentos, quer na possibilidade de erros na intervenção, quer no receio de desvios ou abusos. Por isso, se apela para uma moratória. Isto manifesta que os tempos ainda não estão maduros para maior avanço neste campo. A reflexão deve prosseguir, quer no campo biológico, esclarecendo as potencialidades, quer no campo ético, aprofundando o seu significado, quer no campo jurídico, precisando os condicionalismos normativos que qualquer abertura teria necessariamente que implicar”³⁴⁹

Assim, as novas terapias gênicas ligadas à prevenção e ao tratamento das doenças não podem ser vistas apenas como ameaça à humanidade, já que poderão melhorar a qualidade de vida e, em última instância, garantir a dignidade da pessoa humana.

5.3 As futuras gerações como sujeito de direito

O progresso científico e tecnológico converteu-se em uma busca constante da sociedade, objetivando o seu desenvolvimento e a melhoria das condições de vida das

³⁴⁸ Anne Fagot-Largeault, “A Introdução na Medicina de Técnicas Oriundas da Genética Ocasinou uma Ruptura Antropológica?,” *Scientiae Studia* 2, n. 2 (2004): 167

³⁴⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. *In: Estudos de Direito da Bioética*. ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord). Coimbra: Almedina, 2005, p.25-47

peças e das nações. De outro turno, sabe-se, porém, que ele pode acarretar problemas sociais e violar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Esse progresso possui grande importância no desenvolvimento social e econômico dos países em desenvolvimento, já que “a transferência da ciência e da tecnologia é um dos principais meios de acelerar o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento”, conforme informa a Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico.

No que tange ao campo da biotecnologia, as novas descobertas envolvendo a manipulação da vida, mediante técnicas altamente sofisticadas, criaram um poder sobre a própria constituição do ser humano, sob o mote de melhoria de condições de vida e saúde das pessoas, evitando o sofrimento. Gediel alerta para “a *sofisticação dos produtos e no domínio cultural exercido pelos meios de comunicação de massa e pela propaganda voltada a estimular o consumo de medicamentos, e tecnologias da saúde*”³⁵⁰

Para Foucault, o biopoder é uma força produtiva que focaliza as experiências biológicas de uma população. Se nas sociedades pré-modernas esse poder sobre a vida assentava-se na autoridade do rei e no direito de matar, nas sociedades modernas ele se encontra difuso e se faz exercer sobre a própria vida. As autoridades, ao invés de impedir ou destruir a vida, têm como tarefa sustentá-la e submetê-la a controles e regulações precisas.³⁵¹

Esse controle e regulação deriva da necessidade de proteção das futuras gerações face aos avanços biotecnológicos.

Habermas, em seu livro “O Futuro da Natureza Humana”, trata justamente das questões bioéticas e traz duas possibilidades de atuação humana no progresso das ciências biológicas e no desenvolvimento das biotecnologias: ou agimos de forma autônoma, “*segundo considerações normativas que se inserem na formação*

³⁵⁰ GEDIEL, José Antonio Peres. Autonomia do sujeito e Biopoder. In: FACHIN, Luiz Edson; et al. (orgs.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2002. p.330-338.

³⁵¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**. A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

democrática da vontade”, ou agimos de forma arbitrária, de acordo com nossas preferências subjetivas “*que serão satisfeitas pelo mercado*”. A escolha entre uma e outra forma definirá se temos a auto compreensão da responsabilidade de nossas ações e de que forma isso ocorre.³⁵²

Por certo que a atuação científica atual produzirá efeitos nas condições das futuras gerações, reduzindo o alcance de sua liberdade. As intervenções na área da biotecnologia podem ser irreversíveis e atingirão as futuras gerações, que sofrerão as consequências de nossas decisões, correndo o risco de poder escolher, somente, entre o fatalismo e o ressentimento.³⁵³

Nesse cenário, o referido autor alerta para a necessidade de se desenvolver uma responsabilidade solidária, possibilitando às futuras gerações a “ética de poder ser si mesmo”. A ausência dessa responsabilidade, permite a indiferença às necessidades e direitos dos outros, “*numa sociedade que adquire consideração narcísica pelas próprias preferências ao preço da insensibilidade em relação aos fundamentos normativos e naturais da vida*”, sendo necessária a adoção de uma postura de participantes do discurso normativo e não apenas de meros observadores.³⁵⁴ Para isso, seria necessário desenvolver intervenções genéticas tentando vislumbrar a “possibilidade de o destinatário dizer sim ou não como partícipe comunicativo no futuro. Isso é tratá-lo como fim, com dignidade entendida discursivamente”.³⁵⁵

Para realizar esse exercício sobre a possível aceitação da geração futura, sua vulnerabilidade precisa ser reconhecida em virtude da “impossibilidade de reivindicar hoje a proteção de seus interesses”. Esse reconhecimento parte de “*uma decisão de respeito à liberdade das futuras gerações, exigindo um comportamento ativo das atuais na preservação desses interesses*”³⁵⁶, o que pressupõe que os presentes assumam como próprios os interesses das futuras gerações.

³⁵² HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 19

³⁵³ Idem, p. 21.

³⁵⁴ Ibidem, p. 27-29

³⁵⁵ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas** – a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005, p. 262.

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 166.

Nesta senda, para que o interesse das futuras gerações possa ser reconhecido, é necessário o “*reconhecimento da solidariedade como elemento de sustentabilidade de uma ética de alteridade e integridade*” como marco teórico, mediante uma “atuação responsável em face do outro ainda não existente, dos ainda não nascidos, dos titulares de interesses sem rosto”, daí falar-se em uma equidade intergeracional.³⁵⁷

Essa equidade intergeracional, por sua vez, está fundamentada em três princípios, quais sejam: a) Princípio da conservação de opções, que conduz à geração presente a conservar a diversidade natural e cultural em favor das futuras gerações; b) Princípio da conservação da qualidade, que preceitua o dever de manter, para as próximas gerações, a qualidade do planeta na recebida pelos antepassados; c) Princípio da conservação do acesso, que possibilita que cada geração tenha acesso ao legado das gerações passadas, levando-a a conservar o acesso para as próximas gerações.³⁵⁸

Para Habermas, esses princípios permitiriam a intangibilidade da dignidade humana e a simetria das relações entre as atuais e as futuras gerações. Essas relações não ocorrem entre presentes, mas entre pessoas que, embora não convivam na mesma realidade temporal, têm um direito em comum, a dignidade humana, cuja realização depende da conservação das opções, da preservação da qualidade do planeta e da manutenção do acesso aos bens naturais.³⁵⁹

Com esse desiderato, tem-se consolidado o conceito de responsabilidade, fruto da preocupação com as ações que podem ter consequências negativas no futuro, pelo que Hans Jonas defende o surgimento de uma “ética do futuro”. Assevera que o homem atual é cada vez mais responsável por tudo de negativo que fez no passado e por tudo aquilo que fará no futuro do Planeta. Este homem constitui-se como um ator coletivo, com responsabilidade para com o futuro, ainda que indeterminado.³⁶⁰

³⁵⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109, 111, 113.

³⁵⁸ Idem, p. 118.

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.37.

³⁶⁰ JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2006, p. 44.

A ética do futuro exige um imperativo categórico mais amplo que o proposto por Kant, para incluir a preocupação com as gerações futuras. No dizer de Hans Jonas:

“[...] Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”; ou, expresso negativamente: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”; ou, simplesmente: “Não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”; ou, em um uso novamente positivo: “Inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer.”³⁶¹

Por conseguinte, tanto Habermas como Hans Jonas comungam da ideia de responsabilidade das gerações atuais pelas gerações futuras.

Mas o que seria essa geração futura? De acordo com Helena de Melo:

[...] Se partirmos do conceito de geração como o conjunto dos indivíduos já nascidos mais ou menos ao mesmo tempo, cobrindo cada geração um período de aproximadamente vinte e cinco anos, concluímos não existir uma clara demarcação entre uma geração e a geração imediatamente anterior ou seguinte. Há pelo menos um *continuum* de gerações, que se sucedem no tempo e são portadoras de interesse comum. Cada geração é, deste modo, uma continuidade da que a precedeu, o que forma uma imensa comunidade ou a “família da humanidade”, que por consequência irá abranger toda a espécie humana.³⁶²

A preocupação pela normatização dos direitos das gerações futuras é recente. A Carta das Nações Unidas, em 1945, por exemplo, foi um dos primeiros textos escritos neste sentido, ao declarar que os Povos das Nações Unidas, saídos da 2ª Guerra Mundial, estavam “resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra”

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por sua vez, ressalta a garantia do gozo dos direitos fundamentais frente à responsabilidade para com a “comunidade humana e as gerações futuras”.³⁶³

³⁶¹ Idem, p. 47- 49.

³⁶² MELO, Helena Pereira de. **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 172.

³⁶³ Idem, p. 175.

Vale ressaltar, por oportuno, a utilização do termo gerações na teoria dos direitos fundamentais, já exposta anteriormente.

A Constituição Brasileira de 1988 utilizou o termo futuras gerações, em seu art. 225, ao dispor que

“Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”³⁶⁴

Ramos Junior define gerações futuras da seguinte forma:

[...] A expressão “futuras gerações” constante do art. 225 da CRF, traduz a existência de uma relação jurídica intergeracional, travada entre gerações presentes e futuras, ou seja, locais geracionais inertes estruturais a partir dos quais seus membros relacionam-se tanto internamente (intergeracionais), entre si, com externamente (intergeracional), uns com os outros de gerações distintas.³⁶⁵

³⁶⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr 2018. GROSSERIES destaca a referência a futuras gerações em alguns textos constitucionais: “Pennsylvania’s public natural resources are the common property of all the people, including generations yet to come.”¹⁶ Yet, to the best of my knowledge, only three constitutions explicitly grant rights to future generations. First, the Japanese constitution states that “these fundamental human rights guaranteed to the people by this Constitution shall be conferred upon the people of this and future generations as eternal and inviolable rights.”¹⁷ Second, the Norwegian Constitution, as amended in 1992, states that “every person has a right to an environment that is conducive to health and to a natural environment whose productivity and diversity are maintained. Natural resources should be managed on the basis of comprehensive long-term considerations whereby this right will be safeguarded for future generations as well.”¹⁸ Third, a 2002 amendment to the Bolivian constitution specifies that all citizens have a fundamental right “to enjoy a healthy environment, ecologically well balanced, and appropriate to her well-being, while keeping in mind the rights of future generations. GROSSERIES, Axel. On Future Generations Future Rights. **The Journal of Political Philosophy**: Volume 16, Number 4, 2008, pp. 446–474. Disponível em: pdfs.semanticscholar.org/f72c/e1be6dbaec9ff9fe1616719c8a6649bce596.pdf. Acesso em: 12 ago 2018. Tradução livre: Os recursos naturais públicos da Pensilvânia são propriedade comum de todas as pessoas, incluindo gerações ainda por vir.” ¹⁶ No entanto, tanto quanto sei, apenas três constituições concedem explicitamente direitos às gerações futuras. Primeiro, a constituição japonesa declara que “esses direitos humanos fundamentais garantidos ao povo por esta Constituição serão conferidos ao povo desta e às futuras gerações como direitos eternos e invioláveis”. ¹⁷ Segundo, a Constituição norueguesa, conforme emendada em 1992, declara que “toda pessoa tem direito a um ambiente propício à saúde e a um ambiente natural, cuja produtividade e diversidade sejam mantidas. Os recursos naturais devem ser administrados com base em considerações abrangentes de longo prazo, para que este direito seja salvaguardado para as futuras gerações. bem. ”¹⁸ Em terceiro lugar, uma emenda de 2002 à constituição boliviana especifica que todos os cidadãos têm o direito fundamental de “desfrutar de um ambiente saudável, ecologicamente equilibrado e adequado ao seu bem-estar, tendo em mente os direitos das gerações futuras ”.

³⁶⁵ RAMOS JUNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 46-47.

As futuras gerações, porém, não podem ser enquadradas no conceito jurídico de pessoa, posto que não atendem ao requisito da legislação civil para tal, embora Helena Pereira de Melo defenda que o reconhecimento de direitos ultrapassa as fronteiras dos direitos nacionais, sendo uma noção de cunho internacional, já que diz respeito ao futuro de toda humanidade. Para a referida autora, as futuras gerações seriam titulares dos direitos coletivos da humanidade, quais sejam à vida e à preservação da espécie humana, como bem defendido nos julgamentos de Nuremberg, que pela primeira vez utilizou a expressão “crimes contra a Humanidade” quando da designação das barbáries do Holocausto, afirmando que o ser humano não deverá jamais perder a sua individualidade nem ser reduzido a elemento fungível passível de rejeição.³⁶⁶

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem acrescentam:

[...] No novo direito privado, tanto a noção de tutela do interesse das futuras gerações, quanto a responsabilidade decorrente de sua atuação surgem – ainda que em estágio inicial – do desenvolvimento do princípio da precaução e seus efeitos, bem como sobre a possibilidade e conveniência de sua proteção autônoma em relação aos titulares atuais de direitos.³⁶⁷

O princípio da precaução apresenta-se como a necessidade de se medir os riscos e as possíveis consequências de uma determinada aplicação tecnológica como pauta para calibrar a incidência ética das tecnologias, em tudo aquilo que afeta ou possa afetar a vida digna. Refere-se à situação de incerteza que geram os avanços biotecnológicos, sendo urgente uma reflexão sobre a medida de sua utilização e suas consequências, já que aos homens compete responder por tudo relativo à humanidade. A precaução relaciona-se, portanto, com o controle dos riscos que podem ser gerados para a identidade humana, pela ausência de certeza científica. Arnaiz propõe:

[...] Lo que puede aportar la reflexión moral sobre el riesgo, en este contexto, es la consideración del contraste entre las diversas posibilidades u oportunidades puestas de manifiesto por las tecnologías. Oportunidades y

³⁶⁶ MELO, Helena Pereira de. **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 194.

³⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Ob. cit., p. 167.

posibilidades que tienen su punto de referencia em el adecuado desarrollo de um bienestar para toda la humanidad, medido por los derechos humanos.³⁶⁸

Entretanto, o reconhecimento das futuras gerações como sujeito de direitos apresenta alguns problemas. Para demonstrar a dificuldade, veja-se a explicação dada por Marcos Bernardes de Mello acerca de relação jurídica:

[...] As relações jurídicas ou se formam (a) entre dois sujeitos determinados, ou determináveis (S´R S´) pi (b) entre um sujeito determinado, ou determinável, e o alter (S´R alter ou alter RS²), conforme o direito e a pretensão que delas resultam sejam oponíveis (=exigíveis) a alguém, especificamente, ou a qualquer um, o alter(=oponibilidade erga omnes). As primeiras são chamadas de relações jurídicas de direito relativo, porque as pretensões que delas decorrem só obrigam alguém determinado ou determinável. As outras, diferentemente, são ditas de direito absoluto, uma vez que as pretensões que delas derivadas vinculam todos de modo indistinto (=sujeitos passivos totais, conforme a terminologia de Pontes de Miranda). Quando no mundo do direito há posição jurídica em que a eficácia jurídica diz respeito apenas a um sujeito de direito, sem que a ele esteja vinculado outro sujeito de direito na condição passiva de sujeição ou oneração, mesmo que seja sujeito passivo total, não existe, ainda, em rigor, relação jurídica, mas, tão só, uma situação jurídica, conforme anotado antes. Essas situações não se confundem com relações jurídicas em que se vê, unicamente, um dos sujeitos de direito, em regra, o sujeito ativo, como ocorre nas relações jurídicas de direitos absolutos (por exemplo, direito de propriedade, direitos de personalidade) e mesmo de direitos relativos (contrato consigo mesmo, e.g.), ou, com menor frequência, apenas o sujeito passivo, como na herança jacente e vacante, nos títulos ao portador, v.g, porque aqui só há indeterminação, permanente ou transitória, eventual, do sujeito passivo ou ativo, mas não sua inexistência; o outro sujeito de direito existe, porém não é visível no momento”³⁶⁹

No mesmo sentido, o professor Lourval Vilanova não admite a inexistência de sujeito de direito, mas apenas que possa haver uma indeterminação da pessoa, como ocorre no caso da herança jacente, no tocante a quem será o titular definitivo da propriedade sobre os bens do espólio, situação fática e transitória, porque os titulares

³⁶⁸ ARNAIZ, Graciano González. *Bioética: Um nuevo paradigma. De ética aplicada a ética de la vida digna*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 141. Tradução livre: O que a reflexão moral sobre risco pode contribuir, nesse contexto, é a consideração do contraste entre as diferentes possibilidades ou oportunidades reveladas pelas tecnologias. Oportunidades e possibilidades que têm seu ponto de referência no desenvolvimento adequado de um bem-estar para toda a humanidade, medido pelos direitos humanos.

³⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da eficácia. 1ª Parte. 3. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178

finais do direito de propriedade na herança jacente são os herdeiros ainda não identificados, mas existentes.³⁷⁰

Ocorre que, de acordo com os paradigmas dominantes no Direito, a proposição de uma nova categoria de sujeito de direito – o sujeito transgeracional – implica a vinculação de direitos a um sujeito não nascido, ou seja, a imposição de um dever para com quem ainda sequer existe. Como justificar que os sujeitos existentes sofram limitações em nome de sujeitos que não terão nenhuma obrigação com o presente, já que não existem?

A partir do entendimento jurídico-dogmático do que seria relação jurídica esse reconhecimento se torna difícil. Isto porque o direito subjetivo, nessa visão, pressupõe uma relação jurídica quer seja perante o Estado, quer seja perante os particulares.

Guy Haarscher afirma que, para que haja precisão nos direitos dos homens, são necessários quatro requisitos, quais sejam: um “titular”, um “objecto”, uma “oponibilidade” e uma “sanção”. Para ele, os direitos fundamentais de terceira geração não possuem nenhum desses requisitos e, por isso, não podem ser considerados direito no sentido estrito do termo. Ressalte-se que, para este doutrinador, os direitos de terceira geração não apresentam nenhum desses requisitos e, portanto, não podem ser tratados como “direito no sentido estrito do termo”. Por isso, o autor pontua que não há direitos de futuras gerações, mas meras vagas exigências morais, até porque caso haja prevalência destes direitos de terceira geração sobre os antigos, “corre-se o risco de dar primazia a vagos direitos dos povos ou da humanidade, ou das gerações futuras, sobre a proteção precisa, aqui e agora, do indivíduo”³⁷¹

Outro argumento contrário ao reconhecimento do direito das futuras gerações consiste no fato da ausência de bilateralidade atributiva que, segundo Miguel Reale, trata-se de uma relação entre dois ou mais sujeitos na qual há pretensões ou competências, podendo estas serem recíprocas ou não. Esses sujeitos são as pessoas naturais ou jurídicas, ou até mesmo órgãos, desde que estejam a serviço dos sujeitos

³⁷⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015, p. 169.

³⁷¹ HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos Direitos do Homem e cidadão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 53.

de direito.³⁷² Não havendo uma relação jurídica intersubjetiva, ou seja, a vinculação entre o titular do direito subjetivo e o titular do dever jurídico, não se pode reconhecer as futuras gerações como titular de direitos.

Diante de tais óbices, há quem proponha considerar as futuras gerações como sujeito de interesses.

Os conceitos de direitos e interesses são bastante próximos. Muitos doutrinadores defendem que um direito não pode existir sem um interesse. Um dos argumentos seria que quem tem um direito precisa ser representado e sem um interesse não há como haver essa representação. Em acréscimo, a função dos direitos é proteger os interesses do sujeito de direitos.

Raz, um dos principais proponentes da teoria dos interesses, diz que um direito existe se o interesse do sujeito de direito for importante o suficiente para gerar uma obrigação legal por parte dos outros de não violarem esse interesse. O interesse, portanto, é uma categoria mais ampla que um direito. Embora não exista direito sem interesse, não é todo interesse que deve ser traduzido em um direito.³⁷³

Por sua vez, Kramer explica que ter interesse não é suficiente para constituir um direito, de modo que o interesse apenas é traduzido em direito tão-somente se houver um dever legal de não violar o interesse do sujeito. Propugna pela existência de interesses irrelevantes para a lei, interesses protegidos pela lei e direitos subjetivos, ressaltando que os direitos são mais “fortes” do que os interesses. Como a subjetividade dos interesses é um conceito menos definido e mais aberto do que a personalidade jurídica, não tem o problema da inclusão excessiva, que desempenhou um papel no caso do nascituro e resultou em uma restrição baseada em argumentos fracos. Devido à sua flexibilidade, a subjetividade dos interesses é preferível à ampliação do conceito da personalidade jurídica. E por ser um conceito mais amplo

³⁷² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 38.

³⁷³ Apud ROBERTS, M. Child versus Childmaker: Future Persons and Present Duties in Ethics and the Law. Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 1998, p. 54.

pode justificar aspectos morais e sociais, que não se encaixam nos direitos individuais.

374

Dworkin asseverou que possuir um direito concede um benefício especial porque se alguém tem um direito isto significa que por alguma razão que é errado o agir de modo a violar esse direito, ainda que se acredite que essa ação é correta e que a comunidade concorde com ela.³⁷⁵

Nieuwenhuis argumenta que as futuras gerações podem ter interesses e ele entende como preferível usar o termo interesse do que direito, considerando que entidades desprovidas de personalidade jurídica podem ter interesses juridicamente relevantes. E explica que a futura criança pode ter interesse, embora a identidade dela seja desconhecida, quando ela existir preencherá os requisitos para tal. Consequentemente, sabendo que no futuro entidades existirão e são capazes de ter interesse e terão esses interesses em, por exemplo, um meio-ambiente saudável, as pessoas presentes têm, no mínimo, uma obrigação moral de levar em consideração esses interesses. Por tais razões, essa estratégia seria a mais adequada para justificar a proteção ao “bebê salvador”.³⁷⁶

³⁷⁴ According to Kramer’s interest theory, the holding of a right is (roughly) equivalent to being the beneficiary of a duty. Thus, A holds a right toward B if B has a duty toward A, and having a duty toward someone means that such a duty typically is in the interest of the entity in question. This is a relatively extensive conception of rights: it allows for children’s rights to, say, be nurtured. It also allows for many criminal-law rights which the will theory denies, such as the right not to be murdered. In addition, it encompasses fetuses’ and animals’ rights. Apud ROBERTS, M. **Child versus Childmaker**: Future Persons and Present Duties in Ethics and the Law. Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 1998, p. 54. Tradução livre: De acordo com a teoria do interesse de Kramer, a posse de um direito é (aproximadamente) equivalente a ser o beneficiário de um dever. Assim, A detém um direito em relação a B, se B tem um dever em relação a A, e ter um dever para com alguém significa que tal dever é tipicamente do interesse da entidade em questão. Esta é uma concepção relativamente extensa de direitos: permite que os direitos das crianças, digamos, de serem nutridos. Também permite muitos direitos de direito penal que a teoria da vontade nega, como o direito de não ser assassinado. Além disso, engloba os direitos dos fetos e dos animais.

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Justice and Fate**: an introductory paper to genetics, identity and justice. Disponível em: <http://www.21stcenturytrust.org/genetics.doc>. Acesso em: 20 fev 2017.

³⁷⁶ No original: “ We do not prevent the child’s conception, it is likely to be harmed because of the poor conditions under which it comes into existence. Yet, because the harm to the future child is inherent to its conception, taking its interests into account and protecting it from harm implies the prevention of its existence. This means that the future child will never come into existence, so it would become a merely potential person. Nonetheless, the future child also cannot be seen as merely a potential person. After all, because the interests of the future child are seen as the only reason preventing its existence, then, without another justification, ignoring the future child’s interests means that the child will come into existence. Consequently, its future existence would mean that the future child’s interests are relevant. As

No entanto, entende-se que à medida em que se reconhecem os direitos como direitos fundamentais de quarta geração, ou seja, como direitos fundamentais que são há se reconhecer as futuras gerações como sujeito de direitos. Consoante esposado anteriormente, não necessariamente a titularidade de direitos requer a personalidade jurídica, de modo que nada obsta a atribuição de direitos a categorias abstratas.

Nesse sentido, é que as futuras gerações podem ser enquadradas no conceito de sujeito de direitos, ainda que não possa exigí-los na atualidade e ainda que não exista reciprocidade, já que não há como se voltar ao passado para responsabilizar as antigas gerações. Sob esta perspectiva, conclui-se que “gerações futuras” ou “gerações vindouras” são sujeitos inexistentes e indeterminados, mas titulares de direitos dentro de uma relação jurídica intergeracional entre gerações atuais e futuras.³⁷⁷

Pietro Perlingieri explica que há situações existenciais que são juridicamente relevantes mesmo antes da existência do sujeito, ou seja, “*existem hipóteses determinadas e específicas, nas quais um centro de interesses é juridicamente relevante apesar da inexistência (não-nascimento) do sujeito titular do interesse*”³⁷⁸.

Para sustentar tal tese, alguns doutrinadores levam em consideração, também a questão do interesse, porém com base a teoria de Ihering, que reconhece que o direito subjetivo advém de um interesse juridicamente protegido, interesse esse não apenas individual, mas que pode ser social ou coletivo, desde que condizente com os preceitos da Constituição. No caso, o interesse seria a garantia da proteção à dignidade humana.³⁷⁹

a result, a strange loop is created—by interfering and consequently preventing the future child from coming into existence, the future child enters the domain of merely potential people. This would imply that its interests cannot serve as a justification, as the justification for interference disappears. Consequently, the future child’s existence is not prevented, and so it enters the domain of actual future people. As an actual person, it faces an actual risk of being harmed, and anticipating this risk starts the loop all over again.” Apud ROBERTS, M. **Child versus Childmaker: Future Persons and Present Duties in Ethics and the Law**. Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 1998, p. 55

³⁷⁷ GONÇALVES, José Aparecido. **O dano ambiental e as gerações futuras**. Argumenta - UENP Jacarezinho, n. 21, p. 25-50, 2014. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/399/pdf_64. Acesso em: 18 ago 2018.

³⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed.. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007, p. 111.

³⁷⁹ O Supremo Tribunal Federal entendeu pela responsabilidade da atual geração pela existência das futuras quando do julgamento da ADPF nº 101, cuja ementa segue transcrita a seguir: **Ementa:** Arguição de descumprimento de preceito fundamental: adequação. Observância do princípio da subsidiariedade.

Para além do reconhecimento de entes despersonalizados como sujeitos de direito e da teoria dos interesses, pode-se fundamentar a tutela das gerações futuras como sujeito de direitos na existência de deveres fundamentais autônomos ou como titular de direitos planetários. Esses direitos planetários surgem como consequência da mudança de paradigma de relações jurídicas entre indivíduos ou entre indivíduos e o Estado para reconhecer a existência de relações jurídicas que ultrapassam as fronteiras de um espaço local no planeta e da própria contemporaneidade, envolvendo gerações passadas e futuras.

Os direitos planetários são considerados intergeracionais, nas palavras de Edith Weiss, porque são imanentes a todas as gerações e posto que o objeto desses direitos é fundamental para o bem-estar da espécie humana e de todo o planeta, daí a ideia da humanidade como titular de direitos, sendo a futura geração.³⁸⁰

Esta ideia é corroborada pelo reconhecimento, por exemplo, de crimes contra a humanidade, já que a dignidade humana deve ser garantida a todos, seja no tempo passado, presente ou futuro e em qualquer espaço. O patrimônio genético, por exemplo, pode ser citado como direito que pertence às gerações presentes e futuras,

Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa julgada com conteúdo executado ou exaurido: impossibilidade de alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. [...] 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. [...] Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADPF Nº 101/ Relatora: Ministra Cármen Lúcia/ Julgado em 24.06.2009/ Publicado no DJe em 04.06.2012, p. 001).

³⁸⁰ WEISS, Edith Brown. **In Fairness to Future Generations**: International Law, Common Patrimony, and Intergeracional Equity. Tokyo: United Nations University, 1989, p. 119.

sendo atemporal, na medida em que o homem tem o dever de zelar pela preservação de sua espécie.

A respeito da ampliação temporal do princípio da dignidade da pessoa humana para as existências humanas futuras, Ingo Sarlet assim propugna:

“[...] O reconhecimento da dignidade das futuras gerações humanas, assim como da dignidade dos animais não humanos e da Natureza em si, surge como mais um elemento a formatar e ampliar a noção (e o alcance da proteção e reconhecimento pelo Direito) da noção de dignidade humana característica da tradição ocidental, especialmente desde Kant, e que nos tem servido como guia até o atual estágio do pensamento humano. A reflexão proposta traça novas direções e possibilidade para as construções no campo jurídico, com o objetivo de fortalecer – e, de certa forma, desvelar – cada vez mais o elo vital entre ser humano e Natureza, possibilitando, a partir de tal tomada de consciência, a nossa existência futura.³⁸¹

De outro turno, os deveres fundamentais autônomos são impostos pela Constituição independentemente de haver um direito fundamental correlato, haja vista estarem fundados na solidariedade, na consciência do indivíduo como ser inserido na sociedade e, como tal, a sua liberdade de agir subsiste com sua responsabilidade para com os demais.

Note-se que o professor Torquato Castro já reconhecia a existência de poderes ativos de direito como aqueles que exercemos em proveito de terceiro, em múnus que sobre nós recai – de que nenhuma vantagem decorre, mas só encargos e trabalho sem rendimento nos propicia, e dos quais não podemos de modo algum liberar, dado que temos de exercê-lo por título jurídico que repousa em razão de solidariedade humana ou moral.³⁸²

A consagração do dever constitucional imposto ao poder público e à coletividade de, por exemplo, defender e preservar o meio-ambiente para as futuras gerações deixa evidente uma relação jurídica intergeracional, calcada na solidariedade. Trata-se de um rompimento com o paradigma de sujeito determinado e temporal, ao se reconhecer a

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 48.

³⁸² CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, p.84.

possibilidade de um direito ter como titular um sujeito transgeracional, envolvendo gerações presentes e futuras. Essa concepção apenas faz sentido se se parte para um deslocamento do pensamento individualista para um pensamento de prevenção e solidariedade, que deve existir no presente, diante da irreversibilidade do tempo e a indeterminação do futuro.

Nesse sentido, Michel Serres reflete sobre a suposta mudança do paradigma da subjetividade para a solidariedade, ao tratar do meio-ambiente, afirmando que “*de forma brusca, a natureza, antes considerada um objeto local, sobre o qual um sujeito parcial agia, transforma-se em um objetivo global, o Planeta Terra, no qual passa a trabalhar um sujeito total: a humanidade*”³⁸³ o que, *mutatis mutandi*, aplica-se ao caso das técnicas de reprodução humana e seleção genética que repercutem em toda a humanidade.

Efetivamente, outro problema se apresenta quando se pensa nas ações que serão adotadas pelos sujeitos existentes, em defesa daqueles ainda não-nascidos, a ponto de se questionar a própria legitimidade. Na verdade, é necessário que os referenciais éticos sejam norteados pelos princípios da precaução e da responsabilidade, fundamentados na solidariedade que, por sua vez, representa limites entre as gerações.

Dessa forma, as futuras gerações seriam detentoras de direitos subjetivos, ainda que sem um dever correlato, já que não existem na atualidade, o que nem por isso desnatura essa relação jurídica, havendo a facultatividade de exercer tais direitos a partir de alguém que as represente. E esse representante seriam as próprias pessoas, sujeitos de direitos da atualidade, diante do dever de solidariedade e responsabilidade que carregam. Paulo Lôbo, seguindo essa linha de raciocínio, assevera que:

[...] as futuras gerações, aludidas no art. 225 da CF, são investidas como sujeitos de direito, ainda que não existam fisicamente. São sempre “futuras”, pois a expectativa é que a população não se extinga. Como contrapartida aos direitos desses sujeitos de direito, as atuais gerações têm o dever jurídico(...) para quando as gerações futuras vierem. Nesses casos de sujeitos coletivos, o ordenamento jurídico legitima órgãos públicos ou entidades para que promovam a defesa, inclusive judicialmente, desses

³⁸³ SERRES, Michel. **O contrato natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 18.

direitos e interesses, como representantes processuais adequados. Esses representantes, como o Ministério Público ou uma associação, não são titulares do direito, mas titulares de legitimação para sua defesa.³⁸⁴

Oliveira Ascenção adverte que a solidariedade inter-gerações se impõe, que somos responsáveis, na nossa medida, por aqueles que vêm depois de nós. Tudo que for feito que possa atingir as gerações futuras só pode ser feito em benefício delas.³⁸⁵

Por conseguinte, as gerações presentes, como representantes das gerações futuras, nossos sucessores, possuem responsabilidade para com aquelas, não apenas como dever moral, mas se reconhecendo haver relação jurídica entre elas, no caso do Brasil, reconhecida pela própria Constituição Federal.

5.4 A proteção ao “bebê salvador” como futura geração

Pode-se afirmar que a contemporaneidade exige uma nova hermenêutica jurídica, pois a conformação individual-positivista já não mais atende às necessidades oriundas de uma sociedade complexa com novos e inesperados conflitos. Segundo Lênio Luiz Streck:

[...] o paradigma (modelo/modo de produção de Direito liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”.³⁸⁶

Na era da globalização, o direito vê novas perguntas serem formuladas diuturnamente, mas a sua capacidade de dar respostas é insuficiente. Assim, verificamos um movimento de expansão do rol dos sujeitos de direito, para proteger além do ser humano vivo, envolvendo os elementos da natureza, que representariam a

³⁸⁴ LÔBO, Paulo. Ob. Cit, p. 98.

³⁸⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Intervenções no genoma humano**. Validade ético-jurídica. In: Estudos de Direito da Bioética. ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord). Coimbra: Almedina, 2005, p.25-47

³⁸⁶ STRECK, Lênio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 12 dez. 2017.

quinta geração ou dimensão de direitos, embora a questão ainda seja bastante controversa.³⁸⁷

O reconhecimento de um dever para com as futuras gerações é a demonstração da necessidade dessa referida ampliação do conceito de sujeito de direito, para atender as demandas da contemporaneidade.

Dussel, filósofo argentino, centra o surgimento dos novos sujeitos de direito na evolução sócio-histórica de determinada sociedade, fugindo eles da sua individualidade e firmando-se na alteridade da totalidade. O Direito não pode fugir dessa realidade, pois a sociedade historicamente concreta não se limita mais pelas regras técnico-abstrato-formais positivadas, mas sim na dialética do cotidiano e no exercício de direitos comprometidos com a dignidade do novo sujeito social³⁸⁸.

Esses novos sujeitos não se apresentam como sujeitos concretos ou de vida concreta, mas são algo que um dia poderá existir e que carregam, desde já, uma carga de direitos, sem, evidentemente, qualquer contrapartida obrigacional. É inserido na noção de futuras gerações, sujeito de direito, que defendemos enquadrar-se o “bebê salvador”, como sujeito coletivo intergeracional, com direitos a serem reconhecidos e protegidos.

Sem dúvida, há uma preocupação com a proteção da futura criança, no caso o “bebê salvador”, considerado como futura geração, ao se referir à análise do melhor interesse da criança para permitir ou não a prática.³⁸⁹

³⁸⁷ A Constituição do Equador, por exemplo, reconhece em seu texto a natureza como sujeito de direito ao dispor que “toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade pode exigir, da instituição pública, o cumprimento dos direitos da natureza”. Atualmente, há doutrinadores que defendem o reconhecimento dos animais como sujeito de direitos. Nesse sentido, Gordilho fundamenta da seguinte forma: “Para Kelsen a relação jurídica não ocorre entre o sujeito de dever e o sujeito de direito e sim entre o próprio dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde. Assim, um direito subjetivo seria o reflexo de um dever jurídico e a relação jurídica seria uma relação entre normas. Isto posto, perfeitamente possível um animal ser parte e sujeito de direito”. GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2009, p.36.

³⁸⁸ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 3. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 115

³⁸⁹ Em várias legislações o melhor interesse da criança é levado em consideração quando do acesso às técnicas de reprodução assistida. Como exemplo temos a seção 13(5) do e British Human Fertilisation and Embryology Act 2008: “A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment.” Also in the ECtHR case S.H. e.a. v. Austria, the interests of the future child were considered an important factor in the

Note-se que, quando do emprego do diagnóstico pré-implantacional há referência à proteção da futura criança contra doenças hereditárias consideradas severas, assim como é levado em consideração o benefício advindo do nascimento de uma futura criança compatível HLA com a criança doente, de modo que não pode ser apenas em prol desta última. Isso importa dizer que há uma preocupação com a futura criança. A legislação alemã, por exemplo, não se refere a direitos da futura criança, mas também não tenta enquadrá-la em uma categoria preexistente, fazendo referência apenas ao interesse da futura criança, consubstanciado no interesse de não nascer, de não existir.³⁹⁰ Ainda que se discuta se esse interesse em não existir é compatível com a noção de dignidade humana, o fato é que vários diplomas legais reconhecem o interesse da futura criança como justificativa para regular a reprodução assistida, tratando-a como, no mínimo, um sujeito de interesses.

De outro turno, impende retornar à ética da responsabilidade desenvolvida por Hans Jonas, que deixa de lado a ética antropocêntrica desenvolvida pelos filósofos

regulation of Assisted Reproduction Technologies. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Acesso em: 16 abr. 2018. Tradução livre: Uma mulher não receberá serviços de tratamento a menos que se tenha em conta o bem-estar de qualquer criança que possa ter nascido como resultado do tratamento. "Também no caso do TEDH S.H. e.a. v. Áustria, os interesses do futuro filho foram considerados um fator importante na regulamentação das tecnologias de reprodução assistida.

³⁹⁰ Há uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à existência de um direito de não nascer, de não existir. Podemos citar os casos do "wrongful birth" e do "wrongful life", ou seja, nascimento equivocado e vida equivocada, mais comuns no direito norte-americano e europeu. No primeiro caso, trata-se do direito de alguém ser indenizado por ter nascido com problemas de saúde em virtude de erros dos genitores ou dos médicos, sendo que o caso mais famoso data da década de 90, na França, onde a Corte de Cassação reconheceu o direito dos pais serem indenizados por terem tido um filho com problemas de saúde, pois não foram informados acerca da doença que a criança possuía, o que inviabilizou o seu aborto. Também pode ser lembrado o caso da criança Nicolas Perruche, que foi indenizado por ter nascido com tais problemas de saúde. Neste último caso, a própria pessoa nascida com problemas de saúde requer o reconhecimento do seu direito de não ter nascido, diante do sofrimento causado pelo problema de saúde. No Direito Brasileiro, entretanto, não há como se aplicar tal tese já que os casos de permissão de aborto estão taxativamente previstos no artigo 128 do Código Penal e mais no caso de anencefalia, em face da decisão proferida na ADPF 54, de modo que não há possibilidade de os pais decidirem o aborto em virtude de outros problemas de saúde do feto ou por qualquer outro motivo não previsto em lei. RAPOSO explica que "A wrongful life action surge quando uma criança nasce mal-formada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado directamente a malformação. As acções de wrongful life 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". RAPOSO, Vera Lúcia. As wrongful actions 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>. Acesso em: 01 mar 2018.

clássicos, para dar ênfase ao dever de responsabilidade diante da ameaça que os avanços científicos representam para toda a humanidade, presentes e futuras gerações. Trata-se de um dever de responsabilidade que difere do sentido jurídico tradicional, para considerar uma noção de responsabilidade não apenas por aquilo que já foi feito, mas pelo atuar futuro. Para Hans Jonas, a essência da responsabilidade encontra-se na totalidade, na continuidade e no futuro, todos referentes à existência e sorte dos seres humanos. E explica:

[...] A marca distintiva do ser humano, de ser o único capaz de ter responsabilidade, também significa que ele deve tê-la por seus semelhantes. Ser responsável efetivamente por alguém ou por qualquer coisa em certas circunstâncias (mesmo que não assuma nem reconheça isso) é tão inseparável da existência do homem quanto o fato de que ele seja genericamente capaz de responsabilidade.³⁹¹

A totalidade significa que a responsabilidade abarca o “Ser total” do objeto, é dizer, todos os seus aspectos, desde os referentes à existência bruta até os interesses mais elevados. O que fica mais evidenciado na relação pais-filhos, já que os primeiros são responsáveis pela satisfação das carências mais básicas de um recém-nascido até a sua formação educacional. No que tange à continuidade, essa resulta da natureza total da responsabilidade, no sentido de que a responsabilidade não pode ser interrompida, uma vez que a vida do seu objeto segue em frente. O futuro, como o último aspecto da responsabilidade, se traduz no caráter vindouro daquilo que deve ser objeto de cuidado. Trata-se de um horizonte transcendente, em que “*a responsabilidade nada mais é do que o complemento moral para a constituição ontológica do nosso Ser temporal*”.³⁹² Então, a humanidade não é um objeto de um devir integralmente programado, do inacabado para o acabado, distinto dos seus membros individuais.

Hans Jonas, após enunciar os aspectos comuns entre a responsabilidade parental e a política, reitera que a primeira é geneticamente a origem de toda a responsabilidade, por isso, um arquétipo de qualquer responsabilidade:

³⁹¹ JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2006, p. 57.

³⁹² Idem, p. 59.

[...] Ela é arquetípica não apenas do ponto de vista genético e tipológico, mas, em determinada medida, também do ponto de vista 'epistemológico', por sua evidência imediata. O conceito de responsabilidade implica um 'dever' – em primeiro lugar, um 'dever ser' de algo, e, em seguida, um 'dever fazer' de alguém como resposta àquele dever ser. Ou seja, em primeiro lugar, encontra-se o direito intrínseco do objeto. Somente uma reivindicação imanente ao Ser pode fundamentar objetivamente o dever de uma causalidade do Ser transitivo (indo de um Ser a outro).³⁹³

Assim, a responsabilidade para com as gerações futuras justifica o surgimento de deveres e direitos intergeracionais, na busca da equidade intergeracional. A responsabilidade dos pais pelo recém-nascido serve como objeto paradigmático de modelo à responsabilidade intergeracional e como um dos fundamentos para a proteção do “bebê salvador” e seu reconhecimento como sujeito de direito.

À medida que existe a responsabilidade, há igualmente o dever intergeracional dos pais para com aquele filho que irá nascer, ainda que no momento do planejamento, falando-se, assim, em sujeito de direito atual e de uma pessoa futura.

Todavia, Vera Lucia Raposo entende que a pessoa futura, a criança por nascer, não pode ser considerada membro da futura geração, pois esta se refere a pessoas indefinidas que podem vir a nascer um dia, reportando a uma ideia de humanidade, geral e abstrata, e não a uma pessoa específica que nascerá em um futuro próximo.³⁹⁴

³⁹³ JONAS, Hans. O Princípio da Responsabilidade. **Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2006, p. 58.

³⁹⁴ A referida autora assim se pronuncia: “However, reproductive duties are less oriented towards future generations than towards a person who will be born in the near future and whose life may be severely limited by a health condition. This future person does not fit the definition of a member of “future generations”, as that definition refers to unspecified persons who may be born one day –“an idea of humanity, general and abstract”– not to a specific person who will be born in the near future. However, if we accept the existence of protection duties to future generations, which are necessarily indeterminate, then a fortiori we must accept protection duties to specific persons who will be born in the near future” RAPOSO, Vera Lucia. The usual suspects: Can parents be held accountable for their reproductive and genetic decisions?. Tradução livre: No entanto, os deveres reprodutivos são menos orientados para as gerações futuras do que para uma pessoa que nascerá num futuro próximo e cuja vida pode ser severamente limitada por uma condição de saúde. Esta pessoa futura não se encaixa na definição de um membro das “futuras gerações”, pois essa definição se refere a pessoas não especificadas que podem nascer um dia - “uma ideia de humanidade, geral e abstrata” - não a uma pessoa específica que será nascido no futuro próximo. No entanto, se aceitarmos a existência de deveres de proteção para as gerações futuras, que são necessariamente indeterminados, então a fortiori devemos aceitar deveres de

Porém, entende-se que as futuras gerações de crianças que porventura nascerão para salvar seus parentes doentes exurgem como sujeitos de direitos. Nesse sentido, é que são entendidos como futuras gerações, considerando a proteção que merecem todas aquelas crianças cuja pretensão dos pais é utilizá-las como “salvador.”

Isto porque não se está tratando o “bebê salvador” como um bebê determinado ou como um indivíduo identificado em sua singularidade, mas como um sujeito coletivo ainda indeterminado, ameaçado de coisificação, diante dos avanços biotecnológicos.

Na realidade, trata-se de proteger as futuras gerações de sua própria coisificação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto, percebe-se que poucos tópicos levantam tantas preocupações éticas quanto o debate sobre a aceitabilidade do “bebê salvador”. De fato, a situação envolve a ponderação de princípios como a autonomia reprodutiva, a parentalidade responsável e a solidariedade familiar, o melhor interesse da criança, que se cruzam de maneira incerta e potencialmente problemática, devendo-se ter mente, no entanto, o valor maior do sistema jurídico que é a proteção ao ser humano contra qualquer tipo de instrumentalização.

Partindo dessa premissa, Luc Ferry questiona como decidir sobre o que se haverá de autorizar ou proibir em matéria de engenharia genética, como eleger e de acordo com que critérios entre as três possibilidades que se abrem de proibir totalmente as manipulações genéticas, como pedem os bioconservadores; limitá-las a questões exclusivamente terapêuticas, como desejam muitos, ou coloca-las a serviço de um aperfeiçoamento do ser humano, porém, neste último caso, de que aperfeiçoamento deveria tratar-se? E em que condições? Apenas para uns poucos ou para todos? Quem pode decidir legitimamente em última instância quando se coloque em questão o coletivo e não apenas o indivíduo?

Preliminarmente, é importante ter em mente que os conceitos que o Direito utiliza de outros ramos da ciência nem sempre são com eles condizentes, já que o Direito, como normatização dos fatos, é influenciado por diversos fatores para além dos fatores tecno-científicos, em especial a historicidade. Torquato de Castro enfatiza que *as leis, que sob a inspiração da natureza o jurista elabora, obedecem às exigências do mundo histórico do direito, como leis jurídicas que são. São sempre fórmulas móveis que seguem as vicissitudes do momento histórico.*³⁹⁵

É fundamental que, para que um valor, seja qual for ele, transforme-se em lei que proíba, deverá ser elevado ao nível de uma razão argumentada. Assim, a regulação deve ter lugar no seio do espaço público e não em uma sociedade civil que é,

³⁹⁵ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, p.05.

por si, o lugar de expressão de interesses particulares e, por isso mesmo, evidentemente pouco propício à expressão do interesse geral.

É crucial que as democracias não se vejam superadas pela rapidez e pelo caráter técnico das revoluções em curso. Portanto, no contexto da sociedade tecnocientífica contemporânea, aponta-se, aqui, a importância de refletir e dialogar mediante uma ética hermenêutica crítica, com a nova realidade decorrente do progresso científico e as questões relacionadas ao patrimônio genético e à própria humanidade.

A dignidade humana é o principal hermenêutico nas respectivas reflexões e diálogos, bem como nos processos de construção de parâmetros éticos e jurídicos para nortear os respectivos avanços biotecnológicos.

Por outro lado, a proteção dos direitos fundamentais tem de levar em conta a realidade de pluralismo social, normativo, cultural das nossas sociedades, favorecendo uma abordagem pluralista assente no diálogo entre sistemas e níveis de proteção e um modelo “descentralizado” e “dialético” de guarda dos direitos, que tem nos tribunais, mas não apenas nestes, instâncias fundamentais de concretização.

As leis não existem no vácuo, mas são encontradas lado a lado com códigos morais e sociais de maior ou menor complexidade e definição, ou com a ética que está antes e para lá de todo o Direito, assim conectando novamente os conceitos (de valoração fechada) e os princípios/valores (de conteúdo rarefeito), num sistema aberto, com mobilidade, heterogeneidade, em que impere uma realização ou concretização funcional, uma perspectiva teleológica de ponderação das consequências da decisão de interação permanente entre centro e periferia.

Não se pode olvidar que o nascimento do “bebê salvador” tem como escopo salvar a vida de uma criança, o que deve ter peso em qualquer análise ético-jurídica.

Por outro lado, não podemos fechar os olhos para o potencial de abuso, ou a facilidade com que este procedimento pode ser mal utilizado.

Enquanto o campo avançou nos EUA sem qualquer orientação ou regulamentação federal, o exemplo do Reino Unido é tido como alguns como

demonstração de um esquema regulatório é possível, e pode ter sucesso, mesmo em uma sociedade onde as questões subjacentes ainda são contestadas.

Neste caso, a regulamentação tem em conta a proteção dos direitos em jogo, mediante a eleição de algumas premissas. A primeira consiste em limitar as doações a materiais biológicos que não sejam órgãos. De fato, os problemas de consentimento, dano e autonomia tornam imprudente permitir que uma criança sirva como doadora de órgãos em uma idade muito jovem, diante da presunção de que não possui uma compreensão do procedimento. Em segundo lugar, restringir a doação do “bebê salvador” à família imediata pode ajudar a enfrentar os medos de as famílias tomem decisões impróprias sobre quem pode ser “salvo” por um filho salvador. Terceiro, a fim de garantir a conformidade, as clínicas de reprodução assistida devem relatar um órgão de monitoramento, com um registro especial para as famílias que querem conceber, ou são candidatos prováveis a ter um filho salvador. Isso vai ajudar a garantir que os usos possam ser documentados e que os dados possam ser coletados.

Esse quadro apresenta-se viável em países que adotam o sistema do *common law* onde predomina a casuística, calcada em um sistema forte de precedentes.

Sob a perspectiva do Direito Brasileiro, onde o Conselho Federal de Medicina considera ético o emprego do diagnóstico pré-implantação para o nascimento do “bebê salvador”, deixando a decisão sobre os critérios a serem seguidos nas mãos do médico e do paciente, à míngua de uma legislação propriamente dita sobre a matéria, é necessária uma opção regulamentadora fundamentada na dignidade humana, razão de ser do Estado Democrático brasileiro.

A dificuldade enfrentada reside principalmente em relação ao controle dos danos que o “bebê salvador” pode sofrer. Não há como limitar a que tipo de situações essa criança poderá se submeter, pelo simples fato de não ser a medicina uma ciência exata. A criança poderá ser submetida a internações hospitalares sem limites, a procedimentos de transfusão de sangue, etc. todos esses restritivos de sua autonomia e liberdade ínsita ao qualquer ser humano, considerando, ainda, a presunção de que ainda não é capaz de manifestar a sua vontade de maneira válida, diante da sua vulnerabilidade.

Interessa aqui sobremaneira a definição da esfera do indivíduo face ao Estado, ou a definição, pelo Estado, de uma esfera do indivíduo face aos seus concidadãos, se é realmente sempre o Homem na sua total e inalienável dignidade que há que ter em conta, não nos podemos, provavelmente, ater à forma mais tradicional e atávica de proteger essa dignidade, antes reinventando a proteção reclamada para a inevitabilidade das técnicas que se escancaram nos laboratórios. Porém, ainda que, à luz dos valores éticos emanados das correntes mais representativas do pensamento, um cidadão seja portador de direitos, não pode esquecer-se que a vida de cada pessoa sempre se desenrola em relação com outros membros da comunidade. Pelo que, valores de natureza social, como a solidariedade, devem ser cuidadosamente ponderados e articulados com o direito ao livre arbítrio de cada um de nós.

No contexto jurídico em que se apresenta a densidade dos princípios da autonomia (liberdade) no planejamento familiar, da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, não se pode inferir autonomia irrestrita aos particulares, ainda que se tenha como pano de fundo uma suposta solidariedade, a ponto de se permitir qualquer instrumentalização do ser humano, independentemente do grau de intensidade que possa apresentar.

Ainda que se trate de uma criança futura, trata-se de um ser humano que merece proteção, como integrante da própria espécie humana, considerando que os novos tempos requerem o reconhecimento de novos direitos e, conseqüentemente, novos mecanismos de garantia dos mesmos. Não se pode mais imaginar o homem apenas no presente: é inegável a reponsabilidade perante as gerações futuras, como requisito da continuidade da existência.

Assim, é imperiosa a necessidade de uma reformulação da teoria geral do direito para uma ampliação do seu horizonte, no que tange ao reconhecimento da personalidade jurídica, de forma a que ela também alcance os novos direitos que surgem a partir da revolução biotecnológica e, conseqüentemente, os novos sujeitos de direito sócio históricos, a fim que de fato, a humanidade possa ser protegida em qualquer época ou espaço geográfico, a partir da garantia de que sua dignidade será assegurada pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ABELLAN F. **Reproducción humana asistida y responsabilidad medica.** Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos. Granada: Editorial Comares, 2001.
- AGAR, Nicholas. "Liberal Eugenics". *In*: SINGER, Peter; KUHSE, Helga (Orgs.). **A Companion to Bioethics.** Oxford: Blackwell, 1999, p. 171-81.
- ALBANO, Lílian Maria Jose. **Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos éticos jurídicos.** São Paulo: Editora Atheneu, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008
- ALEMANHA. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha.** <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 25-26.
- ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Verbete relação jurídica. *In*: FRANÇA, Limongi. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977. v. 64.
- ANDORNO, Roberto. El derecho frente a la nueva eugenesia. **Revista Chilena de Derecho,** Santiago, v. 21, n. 2, p. 321-328, 1994.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica.** v. 1, sujeitos e objeto. Almedina: coimbra, 2003.
- AÑÓN, C. Lema. **Reproducción, Poder y Derecho.** Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trotta, 1999.
- ARGENTINA. Lei 26.994, de 1º de outubro de 2014. Institui o Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 07 maio 2018.

ARNAIZ, Graciano González. **Bioética: Um nuevo paradigma.** De ética aplicada a ética de la vida digna. Madrid: Tecnos, 2016.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Intervenções no genoma humano.** Validade ético-jurídica. *In*: Estudos de Direito da Bioética. ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord). Coimbra: Almedina, 2005, p.25-47

ASCHCROFT, Richard E. Making sense of Dignity". **Jornal of Medical Ethics**, n. 31, ano 2005, p. 779-682.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Novos temas de Biodireito e Bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Princípios da Bioética e do Biodireito.** Disponível em: www.portalmedico.org.br/revista/bio2v8/simpo1.pdf. Acesso em: 22 jan. 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. *In*: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor., Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/viewFile/13499/12917>. Acesso em: 24 maio 2018.

BARRETO, Wanderlei de Paula. Arts. 1 a 39. *In* ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro.** v 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.102-103.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos.** Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8.html. Acesso em: 19 ago. 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová**. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer. São Paulo: impresso pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L. & CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Madri: Masson, 1989.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética**: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução Nelson Souza Canabarro. Bauru (SP): EDUSC, 1999, p. 47-48,

BERNARDO, Wesley de Oliveira Luoza. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1951.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed Ver. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BLUMENTHAL-BARBY, J.Sr. **The age of contractualism in bioethics?** Disponível em: <http://www.bioethics.net/2015/09/the-age-of-contractualism-in-bioethics/>. Acesso em: 20 out. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANDÃO, Dornival da Silva. O embrião e os direitos humanos: aborto terapêutico. *In*: Brandão e cols. **A vida dos direitos humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 26.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal.

Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-172.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.352/1992**. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 19.11.1992, p. 16053. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em 22 set. 2017.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957/2010**. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 06.01.2011, p. 79. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br Acesso em 22 set.2017.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.013/2013**. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 09.05.2013, p. 119. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.121/2015**. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 24.09.2015, p.117. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017**. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 10.11.2017, p. 73. Disponível a partir de: www.portalmedico.org.br. Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.105/2005**. 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 – CTN-Bio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei 8974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória 2191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n 10814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1547-1552.

BRASIL. **Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providencias. Publicada no Diário Oficial da União de 15 de janeiro de 1996. Códigos civil, comercial, processo civil, Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1091-1094.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 115/2015.** Apresentação: 03.02.2015. Autor: Juscelino Resende Filho. Ementa: Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em 22 set. 2017.

British Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Acesso em: 16 abr. 2018.

CAMBI, Eduardo. O caráter universal do direito moderno e os desafios fundamentais impostos pelo biodireito. *In* CORREA, Elidia Aparecida de Andrade, GIACOIA, Gilberto, CONRADO, Marcelo (Coords). **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito.** Curitiba: Juruá, 2007, p.67.

CAMBIAGUI, Arnaldo; LEÃO, Rogério. **Novo exame de compatibilidade nos tratamentos de fertilização assistida KIR – HLA – C.** Disponível em: <http://www.ipgo.com.br/kir/>. Acesso em: 21 set 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional,** Coimbra: Almedina, 1998.

CARLUCCI, AÍDA K; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora. **"Con el impulso de la ciencia."** La Nación, 27 set 2012. Disponível em: <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>. Acesso em: 21 set. 2018.

CASTRO, Ignacio Nuñez de. **De la dignidade del embrión.** Reflexiones en torno de la vida humana naciente. Madrid: Publicaciones de la Universidad Catolica Comillas, 2008.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito.** São Paulo: Saraiva, 1985.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CHIARINI JUNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre biodireito.** Disponível em: http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=2271&.. Acesso em: 19 set. 2017.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **Algumas questões de direitos humanos.** Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/qdirhum.html. Acesso em: 02 maio 2007.

CLOTET, Joaquim apud NEVES, Maria do Céu Patrão. A fundamentação antropológica da bioética. *In* **Bioética**. Brasília, v. 4, n. 1, p. 14, 1996.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONJUR. **Direito à saúde.** 9 de janeiro de 2016, 8h03. Estado é obrigado a pagar fertilização in vitro de casal no RS. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 20 maio 2016.

COOK, Rebecca J; DICKENS, Bernard M; FATHALLA, Mahmoud F. Salud reproductive y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho. Traduzido por Adriana de La Espriella. Bogotá, Colombia: Profamilia, 2003, p. 166-167.

CRORIE, Benedita Mac. O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, *In* **Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho.** Coimbra, 2004

CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Romano.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002.** Rio de Janeiro: 2005.

DEVOLDER, Katrien. Preimplantation HLA typing: having children to save our loved ones. **Med Ethics** 2005;31:582–586. doi: 10.1136/jme.2004.010348.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Geilsa Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos**: análise e perspectivas jurídico filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI STEFANO, Adriana. **Bio-ethics under Human Rights Scrutiny**: toward a right to pré-implantation genetic testing under the ECHR? Strasbourg Observers, 20/09/2012. Disponível em <https://strasbourgobservers.com>. Acesso em: 12 ago 2018.

Disponível em www.cna.org. (2011). Acesso em: 08 fev. 2018.

Disponível em www.hfea.gov.uk. Acesso em: 12 jan. 2018.

DORAL, José A. Concepto filosófico y concepto jurídico de persona. Persona y Derecho. **Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos**. n. 02, p. 113-131. Navarra, jan/dez, 1975, p. 95.

DURÁN, Manuel Carrasco. Reprodução: Interpretação Constitucional e Biodireito. In BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. (org.). **Direito à Reprodução e à Sexualidade**: Uma Questão de Ética e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237-261.

DURAND, Ruy. **Introdução geral à bioética**: História, conceitos e instrumentos. São Paulo: Loyola, 2003.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 3. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 115.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas** – a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Justice and Fate**: an introductory paper to genetics, identity and justice. Disponível em: <http://www.21stcenturytrust.org/genetics.doc>. Acesso em: 20 fev 2017.

EDELMAN, B. **La Personne en Danger**. Paris: PUF, 1999.

EPIFANIO, Leire Escajedo San. Reproducción humana, medicina genética y derechos fundamentales, p.103-117 *In: Ética de la vida y la salud su problemática biojurídica*.

CUESTA, Antonio Ruiz de La. (Coord.). Sevilla: Universidad d Sevilla – Secretariado de Publicaciones, 2008.

ERBELE, Simone. **A Capacidade entre o Fato e o Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

ERTELT, Steven. **Rescue Me**: The Moral and Ethical Problems of Creating Savior Siblings. LIFENEWS Aug. 8, 2008. Disponível em: <http://www.lifenews.com/2008/08/08/bio-2540/> (discussing ethical issues with savior siblings and consent) (on file with Washington and Lee Journal of Civil Rights & Social Justice). Acesso em: 12 jan. 2018.

ESPANHA. **Constituição Espanhola**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf> Acesso em: 18 jun. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites de transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro. *In* CORREA, Elidia Aparecida de Arruda; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. (coords). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**: diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2007, p.189.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. “A Introdução na Medicina de Técnicas Oriundas da Genética Ocasinou uma Ruptura Antropológica?” *Scientiae Studia* 2, n. 2 (2004): 167

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Teoria Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia B. de B. Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. – revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRY, Luc. La revolución transhumanista. Como la medicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas. Traducción de Alicia Martorell. Madrid: Alianza Editorial, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I. A vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 567, p. 9-16, jan. 1983.

FRANCO, Alberto S. **Genética Humana e Direito.** Bioética, v. 4, n. 1, 1996, p 18.

FRIAS, Lincoln. **Ética e genética:** a moral da medicina genética corretiva. Veritas, v. 58, n. 1, jan./abr. 2013, p. 99-117. Disponível em: Acesso em: 21 ago 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de direito de família:** guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2000.

GARCIA, César Rascón. **Manuel de Derecho Romano.** 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

GARCÍA, José Juan. **Bioética personalista y bioética principialista.** Perspectivas. en García, José Juan (diretor): Enciclopedia de Bioética. Disponível em: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/203-bioetica-personalista-y-bioetica-principialista-perspectivas>. Acesso em: 12 maio 2018.

GEDIEL, José Antonio Peres. Autonomia do sujeito e Biopoder. *In* FACHIN, Luiz Edson; et al. (orgs.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p.330-338.

GIAMPICOLO, Giorgio. La tutela giurídica della persona umana e il c.d. diritto allá riservatezza. Apud TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In* **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

GODOY, M. Olaya. **Regimen jurídico de la tecnologia reproductiva y la investigación biomédica com material humano embrionário**. Madrid: Dykinson S.L, 2014.

GOGLIANO, Dayse. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista de Direito Sanitário**, v.1, n. 1, Novembro 2000, p. 107-127.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e ontologia: uma questão prévia de ordem jurídica. *In* ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudo de Direito da Bioética**. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 125-179.

GONÇALVES, Giulliana Augusta Rangel; PAIVA, Raquel de Melo Alves. **Terapias gênicas: avanços, desafios e perspectivas**. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/eins/v15n3/pt_1679-4508-eins-15-03-0369.pdf . Acesso em: 14 abr 2018.

GONÇALVES, José Aparecido. **O dano ambiental e as gerações futuras**. Argumenta - UENP Jacarezinho, n. 21, p. 25-50, 2014. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/399/pdf_64. Acesso em: 18 ago 2018.

GRACUS, Aulus; KOBUS, Renata Carvalho. Utilitarismo: alguns apontamentos a partir de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Michael Sanders. **RJLB**, Ano 4 (2018), n. 5

GROSSERIES, Axel. On Future Generations Future Rights. **The Journal of Political Philosophy**: v. 16, n. 4, 2008, pp. 446–474. Disponível em: pdfs.semanticscholar.org/f72c/e1be6dbaec9ff9fe1616719c8a6649bce596.pdf. Acesso em: 12 ago 2018.

GUISÁN, Esperanza. **Utilitarismo**. In Dicionário Moral e Política – instituto de Filosofia e Linguagem. Disponível em: <http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uploads/02260f474e c258a8a6512fb0779695df.pdf>. Acesso em: 14.02.2018, p. 09.

HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos Direitos do Homem e cidadão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007.

HARRIS, Jonh. **The value of life**. An introduction to Medical Ethics. London: Routledge, 2009.

HASHIMI and Whitaker, “**An Unjustifiable and Misguided Distinction**”. Medical Law Review, v. 12, 2004. p. 137-63. Disponível em: www.medicallaw.org. Acesso em: 12 jan 2018.

HERRING, Jonathan. **Ethics and medical law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HERVADA, J.; ZUMAQUERO, J. M. Textos Internacionales de Derechos Unamnos I (1776-1976).

HOPPE, Nils; MIOLA, José. **Medical law and medical ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

IMMIG, Claudio Vicente. **Correntes da bioética frente às pessoas com deficiência**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewFile/8066/5705>. Acesso em: 20 out 2018.

ITALIA. **Costituzione Italiana**. Edizione in língua portuguesa. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 18 jun. 2018.

JACKSON, Emily. **Medical Law, text, cases and materials**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JONAS, Hans. O Princípio da Responsabilidade. **Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2006.

JOURNAL OF LAW, MEDICINE, AND ETHICS. “**Using preimplantation genetic diagnosis to create a stem cell donor: issues, guidelines and limits**” (2003). http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8.html.. Acesso em: 19 set. 2007, p. 27.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. (Contendo a doutrina do direito e a Doutrina da Virtude). Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOTTOW, M. A bioética do início da vida. *In*: SCHRAM, FR., and BRAZ, M., orgs. Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças? [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. Criança, mulher e saúde collection, pp. 19-38. ISBN: 978-85-7541-540-5. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/wnz6g/epub/schramm-9788575415405.epub>

KRELL, Olga Jubert. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007.

LECUONA, Itziar de. **Los comités de Ética como mecanismos de protección en investigación biomédica: análisis del régimen jurídico español**. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 26-27.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. *In* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, Salomão George. Bioética Constitucional. GODINHO, Adriano; LEITE, George Salomão; Dadalto, Luciana (coord). *In*: **Tratado Brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, 22-34

LIMA, Alexandre. Contribuições do principlalismo e da ética das virtudes à bioética. **Revista Guairacá de Filosofia**, Guarapuava-PR, v.32, n. 1, p. 46-58, 2016. Disponível em: www.revistas.unicentro.br . Acesso em: 17 ago 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201. Acesso em: 25 fev, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 04 out. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 333.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. *In* **Tratado de Direito das Famílias**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 101-139.

LONGNEAUX, Jean Michel. Apud. FÉO, Christina. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o Direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. *In* VIEIRA, Tereza Rodrigues (org). **Ensaio de bioética e direito**. Brasília: Consulex, 2012, p.58.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo Saraiva 2009.

LUCÁN, Maria Ángeles Parra. **La autonomia privada em el derecho civil**. Navarra: Thomson Reuters, 2016.

LUQUE, L. Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 14, 1993, p. 10.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTÍNEZ, Miguel Angel. **La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español**. León, España: Editorial Universidad de León, 1996, p. 29-30

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito. In ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 87-109.

MARTINS-COSTA, Judith. **Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos**: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia & Filia*. v. 01, n. 01, p. 69-95. Porto Alegre, jan/jun., 2010, p. 76.

MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, Personalidade, Dignidade**: ensaio de uma qualificação. 2003. 243 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 55

MEIRELLES, Jussara. O ser o ter na codificação civil brasileira. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da eficácia. 1ª Parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Helena Pereira de. **Manual de Biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. [et. Alii]. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MENDES, Marcela Custódio; COSTA, Ana Paula Pimentel. Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais. **Revista de Ciências Médicas Biológicas**. Salvador, v.12, n.3, p.374-379, set./dez. 2013.

MERINO, José Maria Rodriguez. **Ética y Derechos Humanos en La Era Biotecnológica**. 4. ed. Madrid: Dykinson S.L, 2015.

MIRALLIS, Ângela Aparisi. Bioética, Bioderecho y Biojurídica. **Anuario de Filosofia del Derecho**, n. 24, ano 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/472067>. Acesso em: 21 ago 2018.

MIRANDA, Custódio de Piedade U. **Teoria geral do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo 4. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 1 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOORE, Keith L. **The Developing Human: Clinically Oriented Embryology**. 7th edition. Philadelphia, PA: Saunders, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord). *In* **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54.

MORAES, Walter. Direito de personalidade. *In* **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 16. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

MORAIS, Guilherme Braga Pena de. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

MYSZCZUK, Ana Paula. **Genoma humano**: limites jurídicos a sua manipulação. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **O novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **Comissões de ética. Das bases teóricas à actividade quotidiana**. 2 ed. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2002.

NORIEGA, Maria Lacalle. **La persona como sujeto del derecho**. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, SL, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana II** (Dignidade e Inconstitucionalidade), Coimbra: Almedina, 2016,

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

O GLOBO. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/quarenta-anos-apos-primeiro-bebe-de-proveta-8-milhoes-ja-nasceram-pelo-metodo-22916421>. Acesso em: 02 out 2018.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética – o sétimo dia da criação**. 5 ed. São Paulo: Moderna, 1995.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito**. Manipulação genética e dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2006.

ONTIVEROS, Miguel. El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del estado constitucional). IN: Araucaria: **Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades**, Sevilla España, año 8, n. 15, 2006, p. 154

PALACIOS, Fernando Pinto. Nacidos para salvar. Un analisis constitucional del bebe medicamento. UNEDIÇÃO **Revista de Derecho Político** n. 97, septiembre-diciembre, 2016, p. 243-286.

PAUL, Diane B. “**What was Wrong with Eugenics?** Conflicting Narratives and Disputed Interpretations, *Science & Education* 23, n. 2, 2005, p. 265. Disponível a partir de: www.sienceandeducation.org. Acesso em: 20 fev 2018.

PELLEGRINO, Edmund D. & THOMASMA, David C. **For the patient’s good: the restoration of beneficence in health care**. New York: Oxford University Press, 1988

PEREIRA, Tania da Silva. O melhor interesse da criança. *In* PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERELMAN, Chäim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Recife: Renovar, 2007.

PESSINI, Leo. O desenvolvimento da bioética na América Latina – algumas considerações. *In*: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da parentalidade responsável**. Disponível em: www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha. Acesso em: 02 set 2017.

PORTUGAL. **Lei Constitucional nº 01/97, de 20 de setembro**. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_1997.pdf. Acesso em: 18 jun. 2018.

RAMOS JUNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012.

RAMOS, D. L. P. **Fundamentos e princípios da bioética**. Notandum, v. 9, 2002. Disponível em: www.hottopos.com/notand9/dalton.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

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>. Acesso em: 01 mar 2018

RAPOSO, Vera Lúcia. The usual suspects: Can parents be held accountable for their reproductive and genetic decisions? **Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada**, n. 47, Julio-Diciembre, 2017, p. 128.

- RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- REHEN, S. K. e PAULSEN, B. S. **Células-tronco: O que são? Para que servem?** Rio de Janeiro: Vieira & Lent Casa Editorial, 2007.
- REIS, Clayton. **Responsabilidade civil em face a violação aos direitos da personalidade**. Uma pesquisa multidisciplinar. Curitiba: Juruá, 2015
- REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. *In Revista Jurídica Cesumar*. Maringá, a.1, n.1, p. 10, 2001.
- ROBERTS, M. **Child versus Childmaker: Future Persons and Present Duties in Ethics and the Law**. Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 1998.
- ROBERTSON, Jonh A. **Human embryonic stem cell research: ethical and legal issues**. *Nature Review Genetics*, v. 2, p. 74-85, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUEZ, Gonzalo Arruego. El recurso al concepto de dignidade humana em al argumentación biojurídica. *In CHUECA, Ricardo. (Dir.) Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamento jurídico español**. Granada: Comares, 2002.
- ROSA, Letícia Carla Baptista Rosa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Homoparentalidade na reprodução assistida**. Curitiba: Editora Prismas, 2017.
- RUIZ, Yolanda García. **Derecho, conciencia y libertad**. Granada: Comares, 2004.
- SALEM, Tania. **As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010493131997000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2007.

SANCHEZ, Yolanda Gómez. **El derecho a la reproduccion humana**. Madrid: Servicio publicaciones da Universidad Complutense, 1994.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**. Ética na era da engenharia genética. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Dever de assistência imaterial entre os cônjuges**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito in vitro**: da bioética ao biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHOTS, Pennings G; LIEBAERS, R. **Ethical considerations on preimplantation genetic diagnosis for HLA typing to match a future child as a donor of haematopoietic stem cells to a sibling**. Hum Reprod 2002;17:534–8.

SERRÃO, Daniel. Os desafios contemporâneos da genética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. v. II. Coimbra: Almedina, 2008.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

SEVERIN,T.; KELSEY, E. **Germany approves genetic testing of human embryos**. Reuters. 2011. Disponível em: <http://in.reuters.com/article/2011/07/07/us-germany-embryo-vote-idINTRE7664HJ20110707>. Acesso em: 08 maio 2018.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I**: fundamentos e ética biomédica. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Editora Loyola, 1996.

SHAPIRO, Zachary E. **Savior Siblings in the United States**: Ethical Conundrums, Legal and Regulatory Void, 24 Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just. 419 (2018).

Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/crsj/vol24/iss2/6>. Acesso em: 20 jul 2018.

SINGER, Peter. **Individuals, Humans and Persons**: The issue of moral Status in Peter Singer et al (eds). Embryo Experimentation. Cambridge: CUP, 1990, p. 65-75.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito**: uma introdução. São Paulo.

STRECK, Lênio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 12 dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto. MELLO, Marco Aurélio. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF**, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto. Min. Carmen Lucia. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto. PELUZO, César. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-DF**, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão por maioria. Brasília, 29.05.2008. DJ de 05.06.2008. Disponível a partir de: www.stf.gov.br. Acesso em: 09 jun. 2018.

SZANIAKSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Venceslau. **O direito entre a história e a razão**: uma perspectiva sisífica. Revista dos Tribunais on line, v. 85/2018 | p. 15 - 26 | Jan / 2018. Disponível em: www.stf.gov.br.

Acesso em: 25 maio 2018. DTR\2018\10319. Nesse sentido, inclui-se também o problema do início da vida para o Direito e suas soluções.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOBEÑAS, Jose Castan. **Los derechos del hombre**. 4. ed. Madrid: Réus, 1992.

TOSI, Guiseppe. **Direitos humanos, direitos humanizantes**. Disponível em www.pge.sp.vobr.br/tesesdh/tese%230.htm. Acesso em 06 mar. 2017.

TRIFOLIS, Kristie Lauren, "Savior Siblings: The Ethical Debate" (2014). Law School Student Scholarship. Paper 432. Disponível em: http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/432. Acesso em: 21 abr 2018.

UNITED NATION HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 18 jun. 2018.

USERA, Raul Canósa. **El derecho a la integridad personal**. Valladolid, España: Editorial Lex Nova, 2006

VEATCH, Robert. **A theory of medical ethics**. New York: Basic, 1981.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 5. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015

WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: introdução e parte geral. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002: a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 831, p. 59-60, jan. 2005.

WEISS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEISS, Edith Brown. **In Fairness to Future Generations**: International Law, Common Patrimony, and Intergeracional Equity. Tokyo: United Nations University, 1989.

WICKS, Elizabeth. **Humans right and Health Care**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida** – aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007