

FERNANDA SANTOS CARVALHO

Personalidade civil do nascituro face à polêmica dos embriões excedentes

Bacharel em Direito

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009

FERNANDA SANTOS CARVALHO

Personalidade civil do nascituro face à polêmica dos embriões excedentes

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Ms. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, Co-orientação do Prof. Ms. Cláudio José Palma Sanchez e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

Folha de Aprovação

Assis, ____ de _____ de 2009.

Assinatura

Orientador: Jesualdo E. de Almeida Junior

Co-orientador: Cláudio José P. Sanchez

Examinador: Sergio Augusto Frederico

Dedicatória

Dedico este trabalho a meus pais, que não mediram esforços para me proporcionar sempre o melhor, além de todo suporte e amor para a realização de um sonho. Ao meu amado, Luiz, por todo carinho, apoio e ensinamentos, que foram imprescindíveis para este trabalho e para minha vida. À minha grande amiga, Isabela, que sempre esteve ao meu lado, nos momentos difíceis. Eu amo vocês.

Agradecimentos

Várias pessoas contribuíram para a concretização deste trabalho, com opiniões, sugestões, e ensinamentos. Agradeço principalmente a meu professor, orientador, Prof. Ms. Jesualdo E. de Almeida Junior, pelo apoio e ensinamentos, também pela oportunidade de trabalho, que me proporcionou um conhecimento prático imprescindível. Ao Co-orientador Prof. Ms. Cláudio Palma Sanchez, por todo apoio e conversas sobre o tema. Meu muito obrigado a todos.

Sumário

Siglas.....	08
Resumo.....	09
Abstract.....	10
Introdução.....	11
I – Direitos da personalidade e direitos humanos.....	13
1.1 – Introdução.....	13
1.2– Direitos da personalidade e direitos humanos.....	13
1.3 – Origem histórica.....	15
1.3.1 – Direitos da personalidade.....	15
1.3.2 – Direitos humanos.....	17
1.3.2.1 – <i>Bill of rights</i> de 1689.....	17
1.3.2.2 – Declaração de Virginia de 1776.....	18
1.3.2.3– Constituição dos Estados Unidos em 1787.....	19
1.3.2.4 – Declaração de direitos do homem de 1789.....	20
1.3.2.5 – Constituição francesa de 1848.....	20
1.3.2.6– Declaração universal de direitos do homem de 1948.....	21
1.3.2.7– Declaração universal sobre bioética e direitos humanos.....	22
1.3.3 – Classificação dos direitos humanos.....	23
1.3.3.1 – Direitos humanos de primeira dimensão.....	23
1.3.3.2 – Direitos humanos de segunda dimensão.....	24
1.3.3.3 – Direitos humanos de terceira dimensão	24
1.3.3.4 – Direitos humanos de quarta dimensão	24
II – Proteção jurídica do nascituro e do embrião de laboratório.....	26
2.1 –Introdução.....	26
2.2 – Distinção entre nascituro e embrião de laboratório.....	27
2.3 – Teoria natalista.....	28
2.4 –Teoria da personalidade condicional.....	29
2.5 – Teoria concepcionalista.....	29
III – Engenharia genética e seus limites.....	32
3.1 – Introdução.....	32
3.2 – Engenharia genética e biotecnologia.....	34
3.3 – Manipulação genética e seus limites.....	35
3.4 – Projeto genoma humano.....	36
3.4.1 – Antecedentes históricos.....	36
3.4.2 – Objetivo.....	37
IV – Os direitos do nascituro.....	39
4.1 – Introdução.....	39
4.1.1 – Direito à filiação.....	39

4.1.2 – Direito a alimentos.....	41
4.1.3 – Direito à adoção.....	42
4.1.4 – Direito à curatela.....	43
4.1.5 – Direito à doação.....	43
4.1.6 – Direito à sucessão.....	44
4.1.6 – Direito à danos morais.....	44
Conclusão.....	47
Referências.....	50

Siglas

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advogado Geral da União; Advocacia Geral da União
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal (CF de 5.10.1988)
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico
CP	Código Penal (DL 2.848/40)
CPC	Código de Processo Civil (L 5.869/73)
DOE	Departamento de Energia
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8.069/90)
FAPESP	Fundação de Amparo a Pesquisa
NIH	National Institutes of Health
PADCT	Programa de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico
STF	Supremo Tribunal Federal

Resumo

O tema escolhido para este trabalho de conclusão de curso está inserido no campo do Direito Constitucional, Direito Civil, e da Lei de Biosegurança (11.105/05). Trata da personalidade civil do nascituro face à polêmica dos embriões excedentários.

O objetivo desta pesquisa consiste na realização de estudos sobre a controvertida personalidade civil do nascituro e quais direitos são conferidos a ele nesta condição, de outro lado, quais direitos são conferidos ao embrião excedente, por sua condição de “pessoa virtual”.

Como o tema é amplo, partiu-se do procedimento analítico, através do método dedutivo para análise dos dispositivos da Constituição Federal, Código Civil e da Lei de Biosegurança para chegar às conclusões cabíveis ao tema.

Palavras - Chave

Nascituro – embriões excedentes - Código Civil - Constituição Federal - Lei de Biosegurança

Abstract

The subject chosen on this paper for completion of course is inserted in the field of Constitutional Law, Civil Law and Biosecurity Law (11.105/05). It deals with the civil status the unborn.

The objective of this research consists of the accomplishment of studies on the contested civil status of the unborn child and what rights are conferred to him in this condition, the opposite, what rights are given to embryo surplus, for their condition of “individual virtual”.

As the subject is ample, it was broken by the analytical procedure, through the deductive method to analyze the devices of Federal Constitution, Civil Law and the Biosecurity Law to get to the theme's available conclusions.

Keywords

Unborn child - embryos surplus - Civil Law - Federal Constitution – Biosecurity Law

Introdução

O tema abordado é de extrema relevância para a atualidade, pois analisará a personalidade civil do nascituro face à polêmica da discussão acerca das garantias dos embriões excedentes.

A discussão a respeito da personalidade civil do nascituro atingiu seu auge em 2008, com a decisão que negou provimento a ADIn 3510, considerando o artigo 5º da lei 11.305/05 (lei de biossegurança) constitucional.

Referida ADIn foi impetrada pelo ex-Advogado Geral da União, Cláudio Fontes, com o argumento de uma possível colisão de alguns dispositivos como: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88), direito à vida (artigo 5º *caput*, CF/88), o dever do Estado em assegurar saúde (artigo 196 CF/88). E outros que estão embutidos no artigo 5º da Lei de Biossegurança, como a livre expressão de atividade científica (artigo 5º IX, CF/88), o dever do Estado em promover o desenvolvimento científico (artigo 218 *caput* CF/88).

O contra-senso sobre a personalidade civil está estampado no artigo 2º do CC brasileiro, estabelecendo que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Desde então, várias teorias vem se desenvolvendo para tentar explicar o momento em que o nascituro adquire a personalidade civil, se com o nascimento com vida ou no momento da concepção.

As três teorias mais discutidas no universo jurídico são: a teoria natalista, a teoria concepcionalista, e a teoria da personalidade condicional.

Os temas, personalidade civil do nascituro e utilização de embrião excedente para fins de pesquisa e terapia estão entrelaçados, na medida em que muitos doutrinadores almejam equiparar o embrião de laboratório ao nascituro, tornando impossível a sua destruição nos

moldes do artigo 5º da lei de Biossegurança, pois estaria ferindo o direito a vida e dignidade humana.

Para qualquer tema ligado a área jurídica é indiscutivelmente importante uma análise sob a ótica dos direitos humanos, mas para este trabalho a necessidade aumenta, uma vez que, os concepcionalistas acreditam que ao embrião excedente e conseqüentemente ao nascituro são conferidos os direitos da personalidade, assim sendo, as pesquisas com estes embriões estariam ferindo o direito à vida; mas para os que adotam a teoria natalista, o nascituro só tem expectativa de direitos e o embrião de laboratório deve ser protegido de maneira diferente.

Este estudo está dividido em quatro capítulos. O primeiro trata dos direitos da personalidade e dos direitos humanos, conceituação e antecedentes históricos. O segundo trata da proteção jurídica do nascituro e do embrião de laboratório, enfatizando sua diferença e como cada qual deve ser tratado. No terceiro capítulo tratamos da engenharia genética e seus limites, delineando a importância das pesquisas com embrião humano e sua importância para a humanidade. Por fim no quarto expressaremos o rol de direitos conferidos ao nascituro.

I - Direitos da personalidade e direitos humanos

1.1 - Introdução

O tema a ser tratado por este trabalho é no mínimo delicado, pois debate sobre o bem mais protegido da Magna Carta Brasileira, a “vida”.

A aquisição de personalidade civil representa a proteção suprema pela Constituição Federal, por este motivo, os contrários às pesquisas com embrião excedente defendem que o momento de aquisição destes direitos acontece com a concepção, tentando assim, resguardar os direitos do nascituro e do embrião excedente.

Assim, imprescindível se faz, um estudo com fulcro nos direitos humanos, pois com o advento da Constituição Federal de 1988, denominada constituição cidadã, os direitos da personalidade, conferidos a toda pessoa nascida, foram elevados a um grau supremo e fundamental.

1.2 - Direitos da personalidade e direitos humanos

A doutrina não é pacífica ao tratar sobre os direitos humanos e os direitos da personalidade, pois a maioria dos direitos fundamentais são direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade e os direitos humanos são inerentes à pessoa e limitam o seu titular sendo, irrenunciáveis, imprescritíveis, intransmissíveis e impenhoráveis, mas há entre eles algumas diferenças.

Os direitos da personalidade englobam o direito ao nome, a honra, à intimidade, à vida privada, dentre outros, tratando-se então de “direitos subjetivos privados” (2000). O artigo 5º inciso X da CF estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e o artigo 11 do CC completa ainda que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Estes direitos também são protegidos pela legislação especial, como a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), a Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97 e Lei 10.211/2001) e a lei que protege os Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98).

O ilustre doutrinador Canotilho preleciona que:

(...) muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade 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. (apud GSCHWENDTNER, Acesso em 09 de setembro 2009).

Norberto Bobbio expressa o que vem a ser os direitos fundamentais:

Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem. Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou derivam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. (BOBBIO, 1992, p.17).

Os direitos fundamentais estão expressos no título II da CF, englobando os direitos individuais e coletivos (art.5º), os direitos sociais (art.6º a 11), o direito à nacionalidade (art.12 e 13) e os direitos políticos (art.14 ao 17), já os direitos da personalidade estão expostos no art. 5º inciso X do mesmo diploma, por este motivo se diz que nem todo direito fundamental é também da personalidade, se referindo aos direitos da personalidade descritos na legislação especial.

Assim sendo, os direitos da personalidade são uma categoria dos direitos humanos.

Nesse passo, concorda Gilberto Haddad Jabur (2000) que alguns direitos são fundamentais, mas não personalíssimos, e os direitos da personalidade recebiam a denominação de direitos subjetivos privados, enquanto que os fundamentais seriam subjetivos públicos.

Vale salientar que tal doutrinador denominava os direitos da personalidade como personalíssimos.

Nesse passo, tratarei separadamente os direitos fundamentais e os direitos humanos.

1.3 - Origem histórica

1.3.1 – Direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são absolutos e irrenunciáveis, pois destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana.

A discussão a respeito da personalidade nasceu em Roma, conforme preleciona o nobre doutrinador, José Carlos Moreira Alves (*apud* NORBIM, 2006, p. 25-26)

Os romanistas afirmam que a plena personalidade jurídica em Roma advinha da reunião de três status: a) status libertatus; b) status familiae e c) status civitatis. Cada status indica a posição da pessoa em relação ao estado (como homens livres e cidadãos romanos) e à família (como pater familias ou filius familias. Em relação ao status libertatis, devemos entender que, no direito romano, os cidadãos ou eram livres ou escravos. (...). A condição do escravo era assemelhada a um animal ou de uma coisa. Ele sofria uma série de restrições (...). Já o status civilis representava a dependência do indivíduo a uma comunidade juridicamente organizada. Os romanos, apesar da expansão obtida pelo Império, sempre relutaram em conceder a cidadania romana a qualquer pessoa.

Para a civilização romana, o nascituro era considerado parte do corpo da mulher, assim, o feto era protegido e a mãe poderia sofrer punições.

A personalidade era relacionada a *status*, classe e também a liberdade, e os escravos estavam longe dessa realidade, pois eram considerados “animais”.

A evolução dos direitos da personalidade é apresentada por J. M. Leoni Lopes de Oliveira (*apud* NORBIM, 2006, p.27) em quatro fases:

a) a primeira assinalada pela publicação, em 1604, do *Tractatus de Potestate in se Ipsum*, de Gómez de Amescua, que proclamava o princípio liberal de que tudo é permitido ao

homem, em relação a si mesmo, exceto o que está expressamente proibido pelo direito. Nesta fase, sustenta-se a figura de uma potestas in se ipsum ou in corpus, precursora da moderna teoria dos direitos da personalidade;b) a segunda fase é influenciada pela corrente do direito natural, a partir do século XVII, que considerava possuir o homem certos direitos que lhe eram inatos, naturais e, portanto, não derivavam do Estado, mas antecediam a ele, por nascer com a própria personalidade do homem; c) a terceira fase tem como base as reivindicações políticas e os movimentos revolucionários, em que se estabeleciam os direitos do homem. Podemos citar, como exemplo desse movimento, o princípio estabelecido na Assembléia Constituinte francesa de 26 de agosto de 1879, ao afirmar que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; d) finalmente, a quarta fase deve-se aos pandectistas e civilistas que, sustentaram essas mesmas idéias, mas sob o enfoque do direito privado, afirmando que existem direitos que se exercem sobre a própria pessoa ou suas qualidades, no que diz respeito ao seu aspecto físico ou espiritual.

O princípio liberal inicialmente citado por Gómez de Amescua esta parcialmente expresso no artigo 5º, II, da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, chamado de princípio da legalidade.

Mas o primeiro diploma a tratar especificamente de algum direito da personalidade foi a lei romena de 18 de março de 1895, que tratava sobre o direito ao nome, seguindo a mesma linha, o Código alemão de 1900, que dispunha sob o mesmo direito.

Em 1942 o Código Civil italiano expressou a respeito de vários aspectos da personalidade como, a saber: o direito ao próprio corpo (artigo 5º); o direito ao nome (artigo 6º); direito de imagem (artigo 10º) entre outros.

Como se vê:

O primeiro diploma legal a positivar especificamente algum desses direitos foi a lei romena de 18 de março de 1895, que dispunha sobre o direito ao nome. Pouco depois, já em 1900, entre em vigor o Código alemão, que dispõe em seu artigo 12 também sobre o direito da pessoa a um nome. Em 1907, foi publicado o Código Civil Suíço, que em dois de seus artigos (29 e 30) deu ciência desse mesmo atributo inerente à personalidade humana. Em 1942, conferiu-se nova ênfase aos direitos da personalidade a partir da vigência do código Civil italiano que, em seis de seus artigos do livro 1- delle persone e della famiglia - regulou vários aspectos da personalidade, a saber: o direito ao próprio corpo (artigo 5º); o direito ao nome (artigo 6º), sua tutela (artigo 7º) e sua tutela por razões familiares (artigo 8º); o direito ao pseudônimo (artigo 9º); o direito à imagem (artigo 10º). Esse código serviu de modelo a outros posteriores. (DUTRA, p.12, Acesso em 21 de setembro de 2009).

No Brasil as Constituições de 1934 e 1946 faziam menção a estes direitos, diferentemente do Código Civil de 1916, que não tratou do tema.

Assim, acredita-se que o nascituro tem apenas expectativa de direitos, não tendo seus direitos da personalidade concretizados de forma absoluta, mas a ele são conferidos um rol de direitos,

visando a sua proteção. De outra banda está o embrião excedente, que também deve ser protegido, mas nunca equiparado ao nascituro.

Doravante, passaremos a enfatizar a importância dos direitos humanos, ressaltando sua extrema influência para o ordenamento jurídico brasileiro.

1.3.2 – Direitos humanos

O artigo 5º *caput* da Constituição Federal abre o rol de direitos fundamentais, estabelecendo o direito de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, a igualdade, à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

A dignidade humana foi consagrada pela Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III), mas cientificamente tal direito sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos.

O marco da evolução humana foi o aparecimento da linguagem, a partir deste momento o homem perfaz indefinidamente a sua própria natureza.

No Estado Contemporâneo os poderes eram centralizados nas mãos do rei, após o surgimento da figura do Estado no século XVIII, surge sucessivamente o Estado Democrático de Direito.

Depois disso, alguns documentos começaram a tratar sobre os direitos fundamentais, mas alguns se sobressaíram historicamente por sua modernidade.

1.3.2.1 - *Bill of rights* de 1689

Os *Bill of Rights* são declarações de direitos individuais considerados essenciais a coletividade.

O termo *Bill of Rights* surgiu na Inglaterra e refere-se a Declaração de Direitos aprovada em 1689 por Guilherme Orange e Mary Stuart, após a Revolução Gloriosa de 1688.

Alguns incisos do artigo 1º da Declaração de 1689 são bastante relevantes, pois demonstram indícios do Estado Democrático de Direito, estabelecendo que as eleições devem ser livres, que as fianças não podem ser exorbitantes e nem as penas muito severas, e a nulidade das concessões e das promessas de dar bens já confiscados:

8. Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento.
10. Que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado severas;
12. Que são contrárias as leis, e, portanto, nulas, todas as concessões ou promessas de dar a outros os bens confiscados a pessoas acusadas, antes de se acharem estas convictas ou convencidas.

Os direitos expostos nesta declaração estão na atual Magna Carta brasileira de forma expressa ou implícita.

1.3.2.2 - Declaração de Virginia de 1776

O texto original foi de autoria de George Mason, que representou o Estado na Convenção de Filadélfia de 1787.

Esta declaração foi a primeira a tratar dos direitos individuais, declarando em seu artigo primeiro que “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.”.

Os artigos primeiro e segundo reconhecem os fundamentos do regime democrático e dos “direitos inatos”. Estabelecendo que “toda a autoridade pertence ao povo e por conseqüência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo” (artigo 2º)

O artigo terceiro proclama que o governo deve ser instituído para o bem comum, com o escopo de dar proteção e segurança ao povo, para o fim de garantir “no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração” e garante ao povo o direito de mudar ou substituir os governantes, caso a organização estatal se revele incapaz de realizar os fins de toda sociedade política.

No artigo quarto, é afirmado o princípio fundamental da igualdade perante a lei, pela rejeição dos privilégios pessoais a qualquer homem, e veda a transmissibilidade de títulos e a idéia “de que um homem nasça magistrado, legislador, ou juiz”.

O artigo quinto estabelece a separação dos poderes, legislativo e executivo “a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros” e proclama que a única forma legítima de acesso aos cargos de governo é pela livre eleição popular, certa e regular.

A disposição do artigo sexto contém as condições para o direito de votar e o artigo sétimo estabelece que nenhuma terra possa ser tomada, sem o consentimento do dono e o “povo só está obrigado pelas leis, da forma pôr ele consentida para o bem comum”.

As disposições dos artigos oitavo e nono expressam sobre o poder de definir leis e sobre o seu efeito retroativo, pois são criadas para punir delitos anteriores.

Dos artigos décimo, décimo primeiro, décimo segundo e décimo terceiro, extraem-se os preceitos do devido processo legal.

As disposições dos artigos décimo quarto ao décimo oitavo estabelecem sobre os preceitos de liberdade.

Os norte-americanos deram nova forma aos antigos direitos naturais, reconhecendo-os em nível superior, dando a eles o nome de “direitos positivos” sendo elevados ao nível constitucional.

1.3.2.3 - Constituição dos Estados Unidos em 1787

Criada após a independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte (1776) e aprovada pela Convenção Constitucional de Filadélfia na Pensilvânia em 1787 foi o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos, a legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano independente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social, na história política moderna.

Vigente até hoje nos Estados Unidos, a constituição prevê alterações por intermédio de emendas, sendo aprovadas até hoje apenas vinte e sete emendas.

Nas nações da Europa Ocidental, a proclamação da legitimidade democrática com respeito aos direitos humanos, somente em 1789, com a Revolução Francesa.

1.3.2.4 - Declaração dos direitos do homem de 1789

Aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, constituem as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais. Considerando que a ignorância e esquecimento dos direitos do homem são a única causa das desgraças públicas e corrupções dos governos, afirma ainda que os direitos descritos devem se dirigir a conservação da Constituição e à felicidade geral.

Foi o primeiro documento constitucional do novo regime político, por ter sido publicada sem a sanção da lei, inicialmente foi interpretada como simples declaração de princípios, mas logo a assembléia reconheceu sua competência decisória, nos moldes de seu artigo terceiro:

“O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente”.

No campo penal, fixou-se o princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixada em lei, estabelecido pelo artigo oitavo.

O caráter sagrado da propriedade é exposto no artigo dezessete, como sendo direito inviolável, a não ser quando a necessidade pública comprovada e a estrita legalidade da criação e cobrança de tributos, nos artigos treze e quatorze.

1.3.2.5 - Constituição francesa de 1848

A Constituição Francesa influenciada pelo momento histórico do ano de 1848 foi composta como uma obra de compromisso, de um lado, a declaração preambular de redução gradual das despesas públicas e dos impostos (liberalismo), e de outro o compromisso entre os valores

conservadores; a família, a propriedade, e a ordem pública (socialismo democrático), invocados no inciso IV do preâmbulo, e o progresso e a civilização, inciso I do preâmbulo.

Uma disposição merece destaque, no campo do direito fundamental, pela primeira vez na história constitucional a pena de morte foi abolida em matéria política, conforme expressa artigo 5º do referido diploma.

1.3.2.6 - Declaração universal de direitos humanos de 1948

É um documento muito importante tanto para concretização da dignidade, liberdade e igualdade, quanto para a Constituição Federal de 1988.

No dia 16 de fevereiro de 1946 ficou acordado pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que seria criada a Comissão de Direitos Humanos, para desenvolver seus trabalhos em três etapas.

Na primeira etapa, seria elaborada a declaração (nos moldes do artigo 55 da Carta das Nações Unidas), logo após, deveriam produzir um documento solene como um tratado, assegurando o respeito e a não violação destes direitos.

A primeira etapa foi cumprida em 18 de junho de 1948 e aprovada em 10 de dezembro do mesmo ano.

A segunda etapa se completou em 1966, com a aprovação dos pactos sobre direitos civis e políticos, e sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

A terceira etapa versa sobre a criação de mecanismos capazes de garantir a universal observância desses direitos.

O preâmbulo da Declaração foi reflexo das hostilidades da 2ª Guerra Mundial, além disso, tal documento representa o reconhecimento dos valores supremos, da igualdade, liberdade e fraternidade, fomentando em seu artigo 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com o espírito de fraternidade”.

Os direitos humanos apresentam características muito importantes como; imprescritibilidade, ou seja, não prescrevem com o tempo, exemplo o crime de racismo; inalienabilidade, não podem ser vendidos, exemplo, a proibição da venda de órgão; são irrenunciáveis, ou seja, não se pode renunciar a um direito, exemplo direito a vida; inviolabilidade, não podem ser violados; são universais, esta universalidade decorre dos tratados internacionais, valem para todas pessoas indistintamente; complementares, decorre de sua aplicação concreta.

1.3.2.7 - Declaração universal sobre bioética e direitos humanos

Versando especificamente sobre o tema deste trabalho e os direitos humanos, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, teve como principal objetivo promover o respeito à dignidade humana e o reconhecimento da liberdade de pesquisa científica, como se vê, no artigo 2º, III e IV:

(III) promover o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, assegurando o respeito pela vida dos seres humanos e pelas liberdades fundamentais, de forma consistente com a legislação internacional de direitos humanos;

(IV) reconhecer a importância da liberdade da pesquisa científica e os benefícios resultantes dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais pesquisas e desenvolvimentos ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais;

Reconhecendo ainda o papel da ciência e das pesquisas:

Reconhecendo, com base na liberdade da ciência e da pesquisa, que os desenvolvimentos científicos e tecnológicos têm sido e podem ser de grande benefício para a humanidade *inter alia* no aumento da expectativa e na melhoria da qualidade de vida, e enfatizando que tais desenvolvimentos devem sempre buscar promover o bem-estar dos indivíduos, famílias, grupos ou comunidades e da humanidade como um todo no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e no respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Fruto de duas reuniões realizadas em Paris entre os dias 06 a 08 de abril e, posteriormente na França, entre os dias 20 e 24 de 2005, contou com a presença de 90 países, dentre eles o Brasil.

As reuniões aconteceram na sede da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO.

O Brasil foi representado pela Delegação oficial chefiada pelo Embaixador Antonio Augusto Dayrell de Lima, secundado pelo Ministro Luiz Alberto Figueiredo Machado e pelo Secretário Álvaro Luiz Vereda de Oliveira.

Promovendo a liberdade da ciência e as pesquisas, a Declaração, reconhece a importância da liberdade científica e seus benefícios para as futuras gerações.

1.3.3 - A Classificação dos direitos humanos

A classificação doutrinária dos direitos humanos é muito importante, na medida em que, distingui as várias fases evolutivas dos direitos humanos.

O termo “geração de direitos” foi citado pela primeira vez em 1979, pelo jurista Karel VASAK, em Estrasburgo.

Para Alexandre de Moraes os direitos humanos são:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2002, p.39).

1.3.3.1 - Direitos humanos de primeira dimensão

Os direitos de primeira dimensão nasceram após a Primeira Grande Guerra e início da Revolução Francesa e correspondem aos direitos civis e políticos que traduzem o valor de liberdade.

Luciano Dalvi Norbim preleciona que estes direitos: “Tem característica negativa justamente por impor obrigações de não fazer por parte do Estado em benefício da liberdade individual”. (NORBIM, 2006, p. 28).

Neste passo, outro doutrinador escreve sobre os direitos de primeira dimensão:

A primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última

geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*) (PIOVESAN, 1998, p.28).

1.3.3.2 - Direitos humanos de segunda dimensão

Nasceram com a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Surgem movimentos por reivindicações trabalhistas e assistência social na Inglaterra e em Paris, impulsionados pelas péssimas condições de trabalho.

Tal dimensão corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem o valor de igualdade e foram incorporados através do constitucionalismo social.

1.3.3.3 - Direitos humanos de terceira dimensão

Já os direitos de terceira dimensão são os direitos à paz, à livre determinação que traduzem o valor de solidariedade.

Marcados pelas alterações na sociedade, mudanças na comunidade internacional. Surgem novos problemas e preocupações mundiais, tais como a noção de preservacionismo ambiental e a dificuldades de proteção dos consumidores (COMPARATO, 2008).

Trata-se de direitos difusos, que são conferidos a comunidade como um todo.

1.3.3.4 - Direitos humanos de quarta dimensão

Os direitos de quarta dimensão são bem recentes, e correspondem a áreas pouco exploradas do direito, como a genética.

Vale salientar que Norberto Bobbio foi o maior defensor de tal classificação e também precursor da quarta geração de direitos, em seu livro “A Era dos Direitos”.

Mas devemos lembrar que a classificação é meramente didática, e devemos nos preocupar com os direitos humanos em sua totalidade, para se resguardar sempre a igualdade entre os homens, a fraternidade entre as pessoas, e o respeito do ser humano para com todos os seres.

Preleciona Luciano Dalvim Norbim:

O ponto crucial de toda a evolução histórica dos direitos humanos foi a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual ocorreu um processo de universalização e sedimentação do direito à vida na Lei Máxima de uma infinidade de países. Ocorreu o que chamamos de efeito blindagem que protegeu de forma definitiva qualquer atentado à personalidade, já que esta indivisível em relação à vida (NORBIM, 2006,p.29 e 30).

Concordando com o nobre doutrinador, acredita-se que a Declaração de Direitos do Homem foi um divisor de águas para os direitos humanos, criando-se uma nova ordem constitucional.

O *status* dado aos direitos humanos e também aos direitos da personalidade é muito importante, pois dá à coletividade a possibilidade de discutir e exigir que seus direitos sejam respeitados.

II – Proteção jurídica do nascituro e do embrião de laboratório

2.1 – Introdução

O artigo 2º do Código Civil distingue pessoa nascida, pessoa concebida e pessoa não concebida, condicionando a aquisição dos direitos da personalidade ao nascimento com vida, deixando a margem os direitos do embrião de laboratório.

Não significa que o nascituro não será protegido, e sim que só poderá exercer alguns direitos após seu nascimento com vida.

Já o problema relativo ao embrião de laboratório esta em distinguir o momento em que este deixa de ser apenas um conglomerado de células, para se transformar em uma vida protegida com os direitos da personalidade.

Infelizmente essa pergunta não pode ser respondida pela ciência, tampouco pelo direito, pois é uma questão metafísica, mas passaremos a explanar as várias hipóteses existentes.

Em artigo publicado na Comissão de Cidadania e Reprodução, Herton Escobar, expressa sobre as primeiras fases da vida do embrião:

Do ponto de vista puramente biológico, a biografia de qualquer ser humano começa pelo zigoto, a célula primordial formada pela fusão do espermatozóide com o óvulo. Cada zigoto é dotado de um conjunto único de DNA, formado por combinações aleatórias do genoma da mãe e do pai. Até que isso possa se transformar em um bebê chorando na sala de parto, há uma série de etapas evolutivas que precisa ser superada. A primeira é a implantação do embrião na parede do útero, cerca de uma semana após a fertilização (...) Depois da implantação vem a gastrulação (formação dos folhetos embrionários) e a organogênese (formação dos órgãos primordiais).(Trecho encontrado na internet. ESCOBAR, 2007, Acesso em 21 de setembro de 2009).

Avaliando sob a ótica da igreja e dos concepcionalistas, o embrião de laboratório é uma vida, mas se analisarmos sob a ótica da ciência, chega-se a conclusão que manter congelado um embrião inviável, seria uma incoerência, já que as pesquisas com embrião humano possibilitariam benefícios a toda população mundial.

Por este motivo, a legislação brasileira deve ser interpretada de modo a beneficiar a coletividade, assim sendo, o Código Civil estabelece o surgimento da personalidade civil apenas com o nascimento com vida, mas protege desde a concepção os direitos do nascituro e não do embrião de laboratório, que é apenas um conglomerado de células, não podendo ser comparado a um embrião no ventre materno.

O embrião de laboratório é protegido de modo diferente, como estabelecido pela Lei 11.105/05, que proíbe sua comercialização e patenteamento (art.6º, VII), clonagem (art. 6º, IV), sua destruição e descarte em desacordo com regras dos órgãos competentes, sob pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa (art. 27).

2.2 – Distinção entre nascituro e embrião de laboratório

A principal distinção entre o nascituro e o embrião excedente, é que o nascituro esta no ventre materno, já foi concebido e o embrião excedente é proveniente das técnicas de fertilização *in vitro* e têm dois destinos, o descarte e o congelamento a 196°C por tempo indeterminado.

Até mesmo a origem da palavra “nascituro” a distingue do embrião de laboratório, que vem do latim *nasciturusa-um*, isto é, aquele que nascerá.

Os embriões de laboratório são apenas seres que dependem da vontade de seus genitores para serem vida, como foram descartados, nunca serão fecundados, pois seria inviável para uma mãe fecundar todos os embriões decorrentes da fertilização *in vitro*.

A técnica de fertilização *in vitro* é definida pelo Instituto de Ginecologia e Obstetrícia Dr. Arnaldo Schizzi Cambiaghi:

Através da fertilização *in vitro*, o ovário é estimulado com hormônios, os óvulos retirados e posteriormente fertilizados em laboratório. Formam-se os embriões que serão congelados em nitrogênio líquido a -196oC permanecendo assim por tempo indeterminado. É considerada uma boa técnica por ser eficaz e proporcionar taxas de

gravidez ao redor de 40% Retirado da internet: (Trecho encontrado na internet - Acesso em 18 de maio de 2009).

Seria um absurdo considerar o embrião de laboratório como um nascituro, pois ambos teriam os mesmos direitos.

O nascituro é aquele que está para nascer, ele é uma vida, e sendo vida tem que ser protegido como tal.

Bittar e Maria Helena Diniz concordam que o embrião de laboratório deve ser protegido apenas como pessoa virtual e não como nascituro:

(...) nascituro é um conceito que só existe quando há gravidez [...] destarte, também não é nascituro o embrião humano congelado [...] que, no entanto, deve ser protegido jurídica e eticamente como pessoa virtual(...) (BITTAR, p.40, 1989)

(...) O embrião humano congelado não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual, com uma carga genética própria.(...) (DINIZ, 2005, p.6).

José Afonso da Silva esclarece que a vida humana protegida pelo artigo 5º da Constituição Federal, é um indivíduo dotado de elementos materiais (físicos) e imateriais (espirituais):

Todo ser dotado de vida é *indivíduo*, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de *ser*. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é *uma pessoa*. Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais. (...) A *vida humana*, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...) Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.” (SILVA, 2003, p.196).

Nos moldes da doutrina majoritária, acredita-se que os embriões de laboratório não têm personalidade civil, sendo protegido apenas como pessoa virtual, não se confundindo os conceitos de nascituro e embrião de laboratório.

Há várias correntes tentando explicar o momento em que o embrião adquire personalidade civil, passando a ser “sujeito de direitos”:

2.3 – Teoria natalista

A teoria natalista é a teoria acolhida pelo Código Civil, e estabelece que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, e que o nascituro tem apenas expectativas de direitos.

Tal teoria considera o nascituro como ser gerado no útero, portanto exclui o embrião de laboratório desta proteção.

Adotam esta teoria os doutrinadores: Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola, Caio Mario da Silva Pereira, dentre outros, e também é adotada pelos códigos da Espanha, Portugal, Alemanha, Suíça, Japão dentre outros.

2.4 – Teoria da personalidade condicional

A teoria da personalidade condicional defende que a personalidade civil começa desde a concepção, estando condicionada ao nascimento com vida, mas a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas para consolidação de sua capacidade jurídica.

2.5 – Teoria concepcionalista

A teoria concepcionalista expressa que a personalidade do nascituro começa na concepção, não condicionando seus direitos ao nascimento com vida.

Esta teoria é adotada principalmente por Maria Helena Diniz e Clóvis Bevilacqua, estes doutrinadores acreditam que o embrião produzido em laboratório ou por métodos naturais deve ser protegido como pessoa.

Por este motivo acreditam que o embrião de laboratório não pode ser utilizado para fins de pesquisa, pois estaria ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88), e inviolabilidade da vida (artigo 5º caput, CF/88).

Maria Helena Diniz defende a teoria concepcionalista, como podemos observar no trecho abaixo:

Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, houve quem levantasse o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida tem início, naturalmente, com a concepção no ventre materno. Assim sendo, na fecundação de proleta, embora seja a fecundação do óvulo, pelo espermatozóide, que inicia a vida, é a nidação do zigoto ou ovo que a garantirá; logo, para alguns autores, o nascituro só será "pessoa" quando o ovo

fecundado for implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida. (...) Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidadação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher. (DINIZ, 2005, p.06).

Analisando friamente, a teoria acolhida pelo Código Civil foi a teoria natalista, mas a segunda parte do artigo nos remete a teoria concepcionista “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Portanto os direitos do nascituro são fundamentais, limitados pela condição de nascer com vida. Entretanto, o nascituro não pode gozar destes direitos, mas pode ser protegido por eles.

Assim sendo, o nascituro tem apenas expectativa de direitos, adquirindo a personalidade civil relacionada a direitos patrimoniais somente com o nascimento com vida, mas há outros que são conferidos a ele antes mesmo do seu nascimento com vida, conferidos pelo artigo 2º do Código Civil, segunda parte.

Vale salientar que, até mesmo ao natimorto são estendidos alguns direitos da personalidade, como o direito a sepultura, ao nome e a imagem. Conforme estabelece o enunciado nº 1, da I Jornada de Direito Civil, cujo teor segue:

“Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Encontrado na internet: (Trecho encontrado na internet - Acesso em 20 de setembro de 2009)

Deste modo, devemos interpretar a norma jurídica de forma benéfica à coletividade, assim o artigo segundo do Código Civil deve ser interpretado, no sentido de proteger o nascituro, pois este tem expectativas de direitos, e a Lei de Biossegurança, em seu real motivo, pois há nestas pesquisas com embrião excedente uma esperança para cura de várias doenças, e deve-se levar em conta os benefícios que as novas gerações terão com estas pesquisas.

A Lei de Biossegurança trata cuidadosamente do tema, restringindo rigorosamente tais pesquisas, para salvaguardar o direito a vida e a dignidade humana.

Os embriões utilizados para tais pesquisas devem ser: produzidos por fertilização *in vitro*; devem estar congelados há 3 (três) anos ou mais na data da publicação da lei; devem ser inviáveis e deve ter o consentimento dos genitores. Assim, só serão utilizados aqueles embriões que não serão mais utilizados e que a família decidir doar.

O direito tratou de disciplinar sobre as pesquisas com embrião humano e seus limites, com a Lei de Biossegurança, a Declaração de Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, todas com arrimo na Constituição Federal, agora imperativo se faz analisar sobre a ciência que possibilita tantos avanços através das pesquisas com embrião humano, a engenharia genética.

III – Engenharia genética e seus limites

3.1 - Introdução

A sociedade vive a realidade dos avanços da ciência, quer queira quer não, tem que conviver e discutir sobre o assunto.

No ano de 1978, na Inglaterra, nascia Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo, a ciência nunca mais seria a mesma a partir da técnica desenvolvida por Patrick Steptoe e Robert G. Edwards.

Entretanto para cada fertilização *in vitro* restavam 3 a 5 óvulos fecundados, surge então o impasse, o que fazer com os embriões excedentes?

Os cientistas então descobriram que poderiam congelar estes embriões, assim a maioria dos que se submetiam a técnica, congelavam seus embriões, em bancos de congelamento.

Mas o que fazer com tantos embriões congelados?

Em estimativa levantada neste ano (2009) por Edson Borges, diretor clínico do Centro de Fertilização Assistida Fertility, e Adelino Amaral Silva, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, chegou-se a conclusão que por ano são congelados 15.000 (quinze mil) embriões no Brasil:

Os embriões Excedentes em Números:

- 20.000 (vinte mil) casais brasileiros que se submetem a fertilização *in vitro* anualmente;
- 5.000 (cinco mil) conseguem gerar embriões excedentes em boa quantidade;

- para cada casal, em média, sobram, 3 (três) embriões;
- 15.000(quinze mil) embriões são congelados anualmente no Brasil.

Quanto ao destino dado aos embriões:

- 60% dos casais decidem conservar os embriões, ou porque pretendem usá-los ou porque não se sentem confortáveis em doá-los ou descartá-los;
- 20% os doam para as clínicas;
- 10% preferem doá-los a casais inférteis;
- 5% optam pelo descarte;
- 5% os abandonam.

(Estimativa publicada pela Revista Veja na Edição 2117, de 17 de junho de 2009).

A porcentagem dos que doam os embriões para as pesquisas é pequena, por este motivo, este capítulo tem como objetivo primordial esclarecer o que vem a ser a ciência que possibilitará tantos avanços nesta área, conceituando e explanando em sintonia com a Constituição Federal e a Lei de Biossegurança.

A engenharia genética é o conjunto de técnicas que possibilitam o isolamento, a identificação, e a multiplicação de genes dos mais variados organismos, pois com isso, o cientista poderá modificar o genoma de uma célula viva para a produção de produtos químicos ou até mesmo de novos seres, ou seja, de organismos geneticamente modificados (DINIZ, 2002).

Vários doutrinadores protestam pelo uso das células-tronco embrionárias, com o argumento de que as células-tronco adultas podem ser utilizadas para estas pesquisas. Mas pesquisas mostram que as células-tronco adultas não têm a capacidade de transformação, que tem uma célula-tronco embrionária.

As células-tronco adultas são retiradas de diversos tecidos humanos, tais como a medula óssea, sangue, fígado, cordão umbilical, placenta, e são multipotentes, pois sua capacidade de transformação não é total, já as células tronco-embrionárias, são encontradas nos embriões humanos, e são classificadas como totipotentes e pluripotentes, dado ao seu alto poder de diferenciação.

As células-tronco embrionárias têm capacidade de gerar todos os tipos celulares que compõe os tecidos e órgãos, por este motivo os cientistas mostram um interesse tão grande por elas.

A Ministra Ellen Graice em seu voto pela constitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105/05 dá como exemplo o Reino Unido que permitiu a manipulação científica em embriões provenientes de fertilização *in vitro* em 1990:

No Reino Unido, o Human Fertilisation and Embryology Act, legislação reguladora dos procedimentos de reprodução assistida e das pesquisas embriológica e genética naquele país, foi aprovada pelo Parlamento britânico em 1990, após amplo debate social, político e científico iniciado em 1982. O referido Diploma permitiu a manipulação científica dos embriões oriundos da fertilização in vitro, desde que não transcorridos 14 dias contados do momento da fecundação. (Trecho encontrado na internet - Acesso no dia 07 de junho de 2009).

E termina a Ministra do STF que:

Segundo essa conceituação, somente após esse estágio pré-embriônico, com duração de 14 dias, é que surge o embrião como uma estrutura propriamente individual, com (1) o aparecimento da linha primitiva, que é a estrutura da qual se originará a coluna vertebral, (2) a perda da capacidade de divisão e de fusão do embrião e (3) a separação do conjunto celular que formará o feto daquele outro que gerará os anexos embriônicos, como a placenta e o cordão umbilical. (Trecho encontrado na internet – Acesso em 07 de junho de 2009).

Assim, segundo esta conceituação o embrião deixa de ser considerado um conglomerado de células depois do 14º dia desde a fecundação, com o surgimento da linha que originará a coluna vertebral, a perda da capacidade de divisão celular e a separação do conjunto celular que formará o feto.

3.2 – Engenharia genética e biotecnologia

Suzuki e Knudtson conceituam a engenharia genética como o emprego de técnicas científicas dirigidas à modificação da constituição genética de células e organismos, mediante manipulação de genes (*apud* DINIZ, 2002, p. 447).

O conjunto de informações contidas nos cromossomos de uma célula denomina-se genoma, e o DNA é o portador da mensagem genética.

Tais técnicas podem identificar pessoas portadoras de genes patológicos, retirar genes defeituosos para serem reparados e reinjetados no organismo, possibilitando sua correção e substituição por outro normal, impedindo-se a transmissão aos filhos; detectar doenças antes do nascimento em embriões, dando assim origem a terapia gênica ou *geneterapi*.

A Biotecnologia também é muito importante, pois constitui um ramo da ciência genética que utiliza procedimentos técnicos adequados para a transferência de informações genéticas para

as células de um organismo, visa o uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais (DINIZ, 2002).

Mas todas estas técnicas devem ser utilizadas com cautela, para se resguardar o direito a vida.

Poucos países permitem as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, são eles: a Inglaterra, a Suíça, o Japão, a Coreia do Sul e agora o Brasil, que poderá desenvolver novas terapias, que sejam mais eficientes do que as já existentes.

No Brasil para a utilização dos embriões excedentes para fins de pesquisa e terapia são necessários vários requisitos, que estão expressos na Lei de Biossegurança e são como uma proteção aos embriões.

3.3 – Manipulação genética e seus limites

A manipulação genética é uma técnica que desenvolve experiências para alteração do patrimônio genético, operando combinações de genes, transferindo parcelas de um organismo vivo a outro.

Mas esta manipulação envolve riscos, pois trazem a possibilidade de clonagem ou fissão genelar de uma pessoa geneticamente igual a outra; fusão de embriões; seleção de indivíduos antes de nascer; criação de bancos de óvulos, sêmens e embriões , geneticamente idênticos ao doador; experimentos com substância embrionária humana; transferência de substância embrionária animal para o útero de uma mulher; criação de seres transgênicos; produção e armazenamento de armas bacteriológicas.

Por este motivo, as pesquisas devem ser utilizadas com cautela e ética, a fim de evitar desgraças para as futuras gerações e danos irreparáveis ao ser humano.

Devendo-se evitar, o uso descontrolado de processos de recombinação genética, pois poderia destruir o genoma humano ou criar um vírus, que destruiria o ser humano; o emprego desregrado de organismos geneticamente modificados no meio ambiente; evitar o uso de material genético humano, podendo acarretar problemas físicos ou até a comercialização.

Os comitês de bioética têm um papel muito importante, pois analisam todas as pesquisas ligadas a engenharia genética, mas é imprescindível a criação de instituições de proteção jurídica, penalizando o uso não terapêutico e desvios não desejáveis, bem como a comercialização das células tronco.

Preleciona Maria Helena Diniz sobre a importância da edição de normas para tutela da herança genética e manipulação artificial:

Imprescindível será a edição de normas que tutelem a inviolabilidade da herança genética contra qualquer manipulação artificial, impondo a esta limites para proteger a pessoa humana e sua dignidade contra a aplicação não terapêutica de algum ato e para preservar os interesses da saúde pública e o meio ambiente em face de uma possível contaminação causada por experiências biotecnológicas. (...) Quando se realizarem exames epidemiológicos sobre lesões genéticas ou diagnósticos genéticos, dever-se-á sempre ter em vista objetivos terapêuticos, sendo que a informação genética obtida terá de ser protegida contra qualquer uso indevido, para garantir o direito à privacidade do seu titular e proibir a discriminação ilícita para fins trabalhistas ou securitários (DINIZ, 2002, p. 404 e 405).

E mais, ressalta a questão do respeito do ser humano, com um ser da mesma espécie:

O respeito que o ser humano deve a si mesmo é a verdadeira medida da atuação do direito para assegurar a adequação da conduta dos cientistas às pautas axiológicas que realizem e concretizem o fundamento constitucional da dignidade humana, pois, se assim não fosse, transformar-se-ia o homem de sujeito em objeto, de fim em meio, assegurando-se sua destruição e não sua sobrevivência (DINIZ, 2002 p.365 e 366).

3.4 – Projeto genoma humano

3.4.1 - Antecedentes históricos

Em 1986 é publicada pela primeira vez a idéia de seqüenciamento do genoma humano por Dulbecco, que sugeriu que o seqüenciamento do genoma humano e a identificação dos genes estruturais poderiam acelerar a compreensão sobre os mecanismos responsáveis pelo câncer.

Logo após sua pesquisa, surgiu o interesse em um programa de estudo do genoma humano por meio do seqüenciamento.

Nos Estados Unidos uma proposta de mapeamento e seqüenciamento de forma sistemática, sustentada pelo Nacional Institutes of Health (NIH) e Departamento de Energia (DOE) dava início ao Projeto Genoma Humano, em meados de 1990, com duração prevista de 15 anos.

Este projeto é dos mais importantes empreendimentos científicos dos séculos XX e XXI, em virtude de seu potencial para alterar, com profundidade, as bases da biologia, por ser uma revolucionária tecnologia de seqüenciamento genético baseado em marcadores de ADN, que permitem a localização fácil e rápida dos genes.

O mapeamento e seqüenciamento do genoma humano revelam a informação necessária para o desenvolvimento biológico do ser humano, pois possibilita a identificação dos genes por clonagem, diagnosticar e tratar doenças genéticas.

O Projeto Genoma ao descobrir e catalogar o código genético da espécie humana, mapeando por completo o genoma humano, possibilitará a cura de graves enfermidades, explorando as diferenças entre uma célula maligna e uma normal para obter diagnósticos de terapias melhores.

3.4.2 – Objetivo

A grande façanha deste projeto aconteceu em 2000, quando completou-se o seqüenciamento genético de todos os genes humanos, o que ajudou a identificar todas as bases de moléstias químicas que formam o DNA.

Com isso se podem deter moléstias e retardar a morte do paciente, e também se descobriu que o gene controlador da insulina está localizado no cromossomo 11, conseguindo-se determinar as seqüências erradas que geram a diabetes hereditária.

Atualmente além do Nacional Institutes of Health (NIH) e Departamento de Energia (DOE), que coordenam o projeto nos EUA há outras agências em outros países como o Brasil, a Itália, o Canadá, a Inglaterra, a França e muitos outros.

No Brasil o projeto recebe apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico (CNPq), da Fundação de Amparo a Pesquisa (FAPESP) e do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PADCT).

Nacional Institutes of Health (NIH) e Departamento de Energia (DOE)

IV – Direitos do nascituro

4.1 – Introdução

A teoria abrangida pelo direito brasileiro foi a teoria natalista, estabelecendo que o nascituro adquire personalidade civil com o nascimento com vida, mas a ele são conferidos alguns direitos antes do nascimento e outros condicionados ao nascimento com vida.

4.1.1 - Direito à filiação

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente as relações de parentesco podem proceder ao nascimento.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo Único. O reconhecimento pode proceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. (Lei n. 8069/1990).

Assim, o nascituro poderá ter sua filiação reconhecida através de uma declaração escrita por escritura pública ou testamento, por consequência, os direitos inerentes ao reconhecimento são garantidos. Vale salientar que esta escritura, uma vez feita, se torna irrevogável.

A mãe ou o pai podem pleitear o reconhecimento da paternidade ou maternidade do nascituro:

As provas em juízo acerca da paternidade ou maternidade serão feitas por todos os meios permitidos, inclusive por exame de DNA, que se fará através da coleta de material do feto em uma amostra da placenta (vilo corial), a partir do 9ª semana de gestação. Quanto à presunção da filiação legítima, o artigo 1.597 do CC estipula que se presumem

concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e os nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação, sendo que, nestes casos, a prova em juízo será a convivência conjugal. (NORBIM, 2006 P.49).

O exame de DNA é utilizado principalmente quando a discordância entre pai e mãe acerca da paternidade da criança.

Quanto à questão da presunção da filiação legítima deve-se abrir um parêntese para esclarecimentos.

Além da paternidade biológica, da paternidade sócio afetiva ou de fato, há também a paternidade presumida, descrita no artigo 1.597 do Código Civil:

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

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

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

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

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

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

Assim, são presumidamente filhos aqueles nascidos 180 (cento e oitenta) dias de estabelecida à convivência conjugal; os nascidos 300 (trezentos) subsequentes à separação ou anulação do casamento; havidos por fecundação artificial homóloga, ou seja, através da utilização do sêmen do próprio marido, mesmo que falecido o marido; havidos por embriões excedentes, decorrentes de inseminação artificial, e por inseminação artificial heteróloga, feita quando o companheiro é infértil, tendo a mulher que recorrer ao material genético de um terceiro homem.

Tendo sido reconhecida por exame de DNA, por mera escritura pública ou por presunção, o nascituro terá todos os direitos inerentes de sua condição.

A lei nada fala a respeito do momento em que este direito pode ser requerido, mas a Lei 8.096/90 expressa que o reconhecimento de filiação pode “proceder o nascimento”, mas o exame de DNA só pode ser feito a partir da 9ª semana de gestação, o que não impede a ação de reconhecimento de paternidade.

4.1.2 – Direito a alimentos

Os alimentos são um direito do nascituro, assegurando assim a saúde do feto, pois para sua sobrevivência são necessários vários cuidados com a gestante.

A Lei 11.804 de 05 de novembro de 2008 confere à gestante o direito de pleitear alimentos, exigindo somente indícios da paternidade, são os chamados alimentos gravídicos.

Para Wald, “A finalidade dos alimentos é assegurar o direito à vida (...). O primeiro círculo de solidariedade é o da família, e somente na sua falta é que o necessitado deve recorrer ao Estado”. (WALD, 2000, p. 40).

Como se vê no artigo 1º da Lei 11.804/08:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Assim, convencido o juiz de indícios da paternidade, fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, respeitando-se as necessidades da genitora e a possibilidade do suposto pai (artigo 6º da Lei 11.804/08). Vale salientar que estes alimentos não serão devolvidos caso a paternidade não seja comprovada (princípio da irrepetibilidade dos alimentos).

Se o nascituro nascer com vida, os alimentos serão convertidos em pensão (artigo 6º parágrafo único da Lei 11.804/08).

Após o ingresso da ação pela mãe, o pai terá 05 (cinco) dias para apresentar defesa, momento em que poderá negar a paternidade e requerer seja realizado o exame de DNA.

Pontes de Miranda preleciona que:

(...) a obrigação de alimentos pode começar antes do nascimento e depois da concepção (CC, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente ligadas a exigências de pediatria. (MIRANDA, 1998).

Os Tribunais já tem entendido o direito de receber alimentos do nascituro, como se vê:

UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (AI 70017520479/2006/CÍVEL).

Assim, o nascituro tem direito a alimentos, conferidos pela Lei 11.804/08, tendo a mãe que comprovar apenas indícios da paternidade. Deste modo a lei não condiciona a decretação dos alimentos gravídicos ao exame de DNA.

Diferentemente dos alimentos requeridos com arrimo na Lei 5.478 de 25 de julho de 1968, que exige a prova pré-constituída da paternidade.

4.1.3 – Direito à adoção

O direito à adoção é outra polêmica acerca deste tema, grande parte da doutrina se expressa a favor da adoção do nascituro, condicionado-se ao nascimento com vida e o consentimento dos pais (art. 1621 do Código Civil).

O projeto de lei 314/04 sancionado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 03 de agosto de 2009, determina que as gestantes ou mães que manifestarem interesse em entregar seus filhos receberão amparo da Justiça para evitar os riscos da gravidez e abandonos desesperados.

A nova lei foi publicada no DOU no dia 04 de agosto de 2009 e entrará em vigor após 90 (noventa) dias, sendo um grande avanço para os que querem adotar e também para aquelas mães que querem doar seus filhos.

A referida lei concordou com a doação do nascituro de forma implícita, e tratou de forma louvável o problema do abandono de recém-nascidos, tentando resolver a dificuldade de forma concreta, mas por outro lado, lamentavelmente, não autorizou a doação por casais homossexuais.

4.1.4 – Direito à curatela

O nascituro tem direito a um curador, caso haja a falta dos pais, nos termos do artigo 1779 do Código Civil, “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

Cabe ao juiz decidir quem será o curador do nascituro.

4.1.5 – Direito à doação

O direito de receber doações do nascituro está expresso no artigo 542 do Código Civil, que expressa: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”, estando condicionada ao nascimento com vida, como se observa no artigo 544 do mesmo diploma: “A doação a entidade futura caducará se, em dois anos, esta não estiver constituída regularmente”.

Assim, o nascituro poderá receber doações se já estiver concebido no momento da liberalidade, neste caso os seus representantes terão a posse e poderão usufruir do bem doado, percebendo-lhe os frutos.

Se nascer com vida e logo depois morrer, os bens doados ao nascituro serão destinados aos pais, mas se “nascer morto”, ou seja, natimorto, os bens doados retornam ao doador.

Silvio Rodrigues ensina que:

(...) um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do *de cujus* passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe. (RODRIGUES, 1988, p. 37-8).

O nascituro pode receber doações, que estão condicionadas ao seu nascimento com vida, pois este tem apenas expectativas de direitos em se tratando de direitos patrimoniais, assim se “nascer vivo” e logo depois morrer, as doações passarão à sua genitora, que é a sua representante, mas se for natimorto, a condição para adquirir estes direitos não se concretizou, sendo assim a doação se resolverá.

4.1.6 – Direito à sucessão

O nascituro tem direito de suceder, desde que já esteja concebido no momento da abertura da sucessão (artigo 1.798 do Código Civil).

O nascimento sem vida é uma condição resolutiva do direito à herança do nascituro, pois, se nascer morto, será considerado como se nunca tivesse existido, ou seja, como se nunca tivesse sido herdeiro. Seus representantes legais poderão, desde a abertura da sucessão, requerer a imissão da posse dos bens herdados pelo nascituro, que estará condicionada ao seu nascimento com vida. (artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil).(NORBIM, 2006, p. 52).

Nos termos dos artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil:

A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

O nascituro tem direito à suceder, que esta condicionado ao seu nascimento com vida, basta que o testamenteor inclua-o, em seu testamento.

4.1.7 – Direito à danos morais

O direito a danos morais do nascituro foi introduzido pelo STJ, em decisão inédita, condenando uma empresa a pagar pensão mensal a título de danos materiais e morais a mãe e ao nascituro, pela morte do pai em acidente de trabalho.

Expressa a relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi: "Maior do que a agonia de perder um pai é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida".

O direito de indenização por dano moral se embasa no Código Civil, em seu artigo 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

O dano moral é sempre devido quando à grave prejuízo de alguma pessoa, por dano causado por terceiro, e no caso em tela, o nascituro e sua genitora, ao perder o chefe de família, tiveram um prejuízo quase incalculável.

O acontecimento, morte do genitor, acarretará prejuízos imensuráveis ao nascituro e sua genitora, uma vez que foram privados do convívio com o chefe da família.

Concluiu a ministra relatora do caso:

"O dano moral é, repise-se, conseqüência do fato danoso. A potencialidade lesiva deste confere à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o absoluto subjetivismo – donde imprestabilidade – da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida", explicou a ministra. "E, nesse ponto, é forçoso admitir que esta – a gravidade da ofensa – é a mesma, ao contrário do abalo psicológico sofrido – que não é quantificável – seja ele suportado por filho já nascido ou nascituro à época do evento morte"(Trecho encontrado na internet. Acesso em 20 de setembro de 2009)

Importante descrever tal acórdão (proferido em 17/06/2008):

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO.PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL.POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

- Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.

- Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.

- É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes.

- Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual,

aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes

- É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes.- A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Sidnei Beneti, por unanimidade, conhecer do recurso especial de Luciana Maria Bueno Rodrigues e Outros e dar-lhe provimento, e não conhecer do recurso especial interposto por Rodocar Sul Implementos Rodoviários LTDA, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora. REsp 931556 / RS/ RECURSO ESPECIAL 2007/0048300-6 Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)-T3 – Terceira Turma, Julgamento dia 17/06/2008;

A tendência é a extensão dos direitos do nascituro, mesmo adquirindo os direitos da personalidade com o nascimento com vida (artigo 2º do Código Civil), pois estando no ventre materno, o nascituro é uma vida em potencial, tendo resguardado o direito à vida e a dignidade humana, conforme expressa o artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica: “Direito à vida -1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Mas em relação aos direitos patrimoniais, como o direito de sucessão e a doação, o requisito para sua concretização é o nascimento com vida.

Por este motivo, acredita-se que o Código Civil adotou as teorias, natalista e concepcionista, estabelecendo que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” aderindo assim a teoria natalista, mas na segunda parte do artigo adota a teoria concepcionista resguardando os direitos do nascituro desde a concepção.

Assim, o nascituro deve ser protegido com alguns direitos a ele conferidos, mas a personalidade civil, esta condicionada ao nascimento com vida.

Conclusão

O nascituro esta no ventre materno, já foi concebido e o embrião excedente é proveniente das técnicas de fertilização *in vitro* e têm dois destinos, o descarte e o congelamento a 196°C por tempo indeterminado.

Conforme expressa o Código Civil em seu artigo 2º, a aquisição de personalidade civil acontece com o nascimento com vida, mas os direitos do nascimento são assegurados desde a sua concepção, deixando a margem o embrião excedente, pois este possivelmente nunca será uma vida.

O contra-senso sobre a personalidade civil esta em determinar a partir de que momento o embrião passa a ser protegido, se com a concepção ou com o nascimento, pois com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade, foram elevados a um grau supremo e fundamental.

Tal discussão teve seu auge, em 2008, quando o ex-Advogado Geral da União, Cláudio Fontes, impetrou ADIn contra o artigo 5º da Lei de Biossegurança, com o argumento que as pesquisas com embrião humano excedentes estariam ferindo o direito à vida (artigo 5º *caput*, CF/88), o principio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88).

Mas em 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do referido artigo, restringindo rigorosamente tais pesquisas, para se resguardar a dignidade da pessoa humana, mas também garantindo a livre expressão de atividade científica (artigo 5º IX, CF/88) e o dever do Estado em promover o desenvolvimento científico (artigo 218 *caput* CF/88).

As pesquisas com embriões excedentes nos moldes da Lei de Biossegurança são uma grande evolução para o país, já que países bem mais desenvolvidos já aderiram às pesquisas a muito

mais tempo, como a Inglaterra, a Suíça, o Japão, a Coréia do Sul e agora o Brasil, que poderá desenvolver novas terapias, que sejam mais eficientes do que as já existentes..

As células-tronco embrionárias são retiradas dos embriões excedentes e tem capacidade de gerar todos os tipos celulares que compõe os tecidos e órgãos, por este motivo os cientistas mostram um interesse tão grande por elas.

Além dos avanços que trarão, as pesquisas resolverão outro problema, o destino dos embriões excedentes congelados. Em estimativa levantada neste ano, confirmou-se que há 15.000 (quinze mil) embriões congelados anualmente.

Já ao nascituro são conferidos o direito a vida e a dignidade humana desde a concepção e implantação no útero materno, conforme expressa o artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica: “Direito à vida -1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Assim, a tendência é a extensão dos direitos do nascituro, mesmo adquirindo os direitos da personalidade com o nascimento com vida (artigo 2º do Código Civil), pois estando no ventre materno, o nascituro é uma vida em potencial.

Mas em relação aos direitos patrimoniais, como o direito de sucessão e a doação, o requisito para sua concretização é o nascimento com vida.

Por este motivo, conclui-se que o Código Civil adotou as teorias, natalista e concepionalista, estabelecendo que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” condicionando a aquisição de personalidade civil com o nascimento com vida (teoria natalista), e na segunda parte o artigo resguarda os direitos do nascituro desde a concepção (teoria concepionalista).

Assim, o nascituro deve ser protegido com alguns direitos a ele conferidos, mas a personalidade civil esta condicionada ao nascimento com vida.

Já o embrião excedente é protegido como “pessoa virtual”, pela Lei de Biossegurança, que restringe rigorosamente seu uso e o condiciona a vários requisitos.

As pesquisas com embrião excedente devem ser vistas como avanço necessário para o país, já que a todo tempo novas moléstias são descobertas e muitas vezes estamos expostos a elas, sem saber como se proteger.

Neste contexto importante salientar os ensinamentos da nobre doutrinadora:

O respeito que o ser humano deve a si mesmo é a verdadeira medida da atuação do direito para assegurar a adequação da conduta dos cientistas às pautas axiológicas que realizem e concretizem o fundamento constitucional da dignidade humana, pois, se assim não fosse, transformar-se-ia o homem de sujeito em objeto, de fim em meio, assegurando-se sua destruição e não sua sobrevivência (DINIZ, 2002 p.365 e 366).

Assim como as doenças se desenvolvem, a ciência tem o dever de se desenvolver, igualmente o direito, que deve estar em constante atualização.

Referências

a) Fontes

BARBOZA, Heloisa Helena. II Barreto, Vicente de Paulo, **Novos Temas de Biodireito e Bioética**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**, tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho, 5ª reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**, São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

DINIZ, Maria Helena, **O Estado Atual do Biodireito**, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____.Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família. 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FERNANDES, Milton. **Os Direitos da Personalidade e o Estado de Direito**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. N. 50, janeiro, Belo Horizonte. 1980.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX-1914-1991**. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**. 1ª edição. São Paulo: Manole, 2005.

LOURENÇO, João Carlos Simões Gonçalves. **In Transplatação: Um olhar Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editorial, 1995.

MIRANDA, Pontes apud Cahali, in: Cahali, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O Direito do Nascituro à Personalidade Civil**, Brasília: Brasília Jurídica, 2006

PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. San Jose, C.R.: IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996.

VIEIRA, Tereza Rodrigues, **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

b) Periódicos

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Revista dos Tribunais. São Paulo. Publicado em agosto de 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522&p=1>. Acesso em 15 de agosto de 2009.

ESCOBAR, Helton. **Quando começa o ser humano?** Comissão de Cidadania e Reprodução. Publicado em 29 de julho de 2007. Disponível na internet: http://www.ccr.org.br/a_noticias_detalhes.asp?cod_noticias=1177. Acesso em 21 de setembro de 2009.

MARCO, Carla Fernanda de. **O Biodireito e a tendência da Constitucionalização do Direito Internacional: A dignidade da pessoa humana como valor universal**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=63. Acesso em 17 de junho de 2009.

GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais. Jus Navigandi**. Publicado em outubro de 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>. Acesso em 09 de setembro 2009.

DUTRA, Leonardo Leandro e Silva. **Evolução histórico-conceitual dos direitos da personalidade**. Busca Legis. Disponível na internet: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15920/15484>. Acesso em 21 de setembro de 2009.

c) Textos Extraídos da Internet

Sua Pesquisa.com: <http://www.suapesquisa.com/ditadura/>. Acesso em 10 abril de 2009

Universidade Federal do Rio Grande do Sul: <http://www.ufrgs.br/bioetica/genoma.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2009.

Instituto Paulista de Ginecologia e Obstetricia: <http://www.ipgo.com.br/proj06.htm>. Acesso em 18 de maio de 2009.

Medicina Avançada Doutora Shirley de Campos: <http://www.drashirleydecampos.com.br/noticias/11315>. Acesso em 06 de abril de 2009.

CCR - Comissão de Cidadania e Reprodução: http://www.ccr.org.br/a_noticias_detalhes.asp?cod_noticias=1177. Acesso em 05 de maio de 2009.

Revista Veja - Edição 2117- 17 de junho de 2009: http://veja.abril.com.br/170609/popup_sociedade01.html. Acesso em 20 de agosto de 2009.

A tutela dos direitos do nascituro: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2003/tuteladosdireitosdonascituro.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2009.

Enunciados aprovados na jornada de direito civil promovida pelo centro de estudos judiciários do conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, Do STJ – Novo Código Civil: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/enunciados/ENUNCIADOS%20-%20NOVO%20C%C3%93DIGO%20CIVIL.doc>. Acesso em 20 de setembro de 2009.

Voto Ministra Ellen Graice sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança: (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>). Acesso no dia 07 de junho de 2009.

Jus Brasil Notícias. Encontrado na internet: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/26473/stj-concede-indenizacao-para-nascituro-por-danos-morais>. Acesso em 20 de setembro de 2009.