

## **Direitos da personalidade e bioética**

Luiz Roldão De Freitas Gomes

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense e da União Católica de Juristas do Rio de Janeiro*

### **SUMÁRIO**

I - Direitos da Personalidade; II - A Bioética; III - Direitos da Personalidade e Bioética; IV - Os Transplantes; V - A Fecundação Assistida: Generalidades e o Direito Comparado; VI - A Fecundação Assistida no Direito Brasileiro. Questões Suscitadas; VII - A Clonagem: Perspectivas e Viabilidade; VIII - O Útero Artificial; IX - Conclusões Finais.

"RES SACRA HOMO"

### **I - DIREITOS DA PERSONALIDADE**

1. Seu reconhecimento data do final do século passado e do início deste, para cuja construção colaborou a doutrina dos grandes juristas germânicos e italianos, destacando-se, dentre estes, o célebre FERRARA ("Trattato di Diritto Civile", págs. 388 e segs.), que os definia: "São direitos privados destinados a assegurar ao indivíduo o gozo do próprio ser, físico e espiritual."

A amplitude de seu conceito, a renovação e elaboração constantes por que, no princípio, passaram não permitiram uniformidade de opiniões e critérios em torno deles.

A hesitação ocorreu a partir de sua própria denominação: *direitos individuais* (KOHLER), *direitos sobre a própria pessoa* (WINDSCHEID), *direitos pessoais* (WACHTER), *direitos de estado* (MÜHLENBRUCH), *direitos originários*, *direitos inatos*, *direitos personalíssimos*. Acentuou-se a preferência por *direitos da personalidade*, empregada por GIERKE (ORLANDO GOMES, "Direitos da Personalidade", Rev. For., vol. 216, 1966, pág. 6).

Sofreram a influência do jusnaturalismo, que confere a cada homem direitos inatos, passando a figurar, na ordem civil, como atributos da personalidade. Favoreceu sua consagração legislativa a necessidade de se proteger a pessoa humana contra as ofensas à sua dignidade e o perigo que corria de ser amesquinhada diante da hipertrofia do poder político e de avassalador progresso técnico e científico.

Para PONTES DE MIRANDA ("Tratado de Direito Privado", 1954, t. III, pág. 7), os direitos da personalidade "são efeitos de fatos jurídicos que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa".

São prescritos, neste século, dentre outros, no Código Civil suíço, no japonês, no helênico, no egípcio, estando sistematizados no Código Civil italiano e no português. Fazem parte ainda dos projetos do Código Civil brasileiro e do francês.

Na França, foram, sobretudo, obra da construção jurisprudencial ("Une Création Prétorienne: Les Droits de la Personnalité", RAYMOND LINDON, Dalloz, 1.974).

2. Consideram-se absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, subdividindo-se em direitos à integridade física e à moral. Compreendem os primeiros o direito à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver.

De acordo com PERREAU, um dos primeiros juristas que os estudaram ("Des Droits de la Personnalité", "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1909, pág. 514), "les deux caractères principaux des droits de la personnalité sont d'être opposables *erga omnes et inestimables en argent*". Desta última característica decorre não poderem ser cedidos, sua imprescritibilidade, a impossibilidade de serem transmitidos por sucessão e a não-aplicação dos meios comuns de representação de terceiros.

Reconhece, porém, que "des besoins sociaux ont conduit les juges à limiter dans une plus ou moins large mesure toutes les conséquences", o que, de certo modo, se tem verificado mesmo no tocante ao caráter de serem extrapatrimoniais, como, por exemplo, em tema de liberdades de expressão, artística e de informação (FRANÇOIS RIGAUX, "La Liberté de la Vie Privée", in "Revue Internationale de Droit Comparé", julho/setembro de 1.991, n° 3, págs. 540 a 563).

3. Seu conceito varia em função da natureza que se lhes atribui, entrando-se em terreno controverso. Para uns, trata-se de direitos sobre a própria pessoa, *jura in re se ipsa*, contestados por outros mediante a impugnação de não poder a pessoa ser, simultaneamente, sujeito e objeto de direito. Assim, de acordo com MAGGIORE ("Diritto Penale", Bologna, 1955, vol. I, t. I, pág. 332) "si può parlare di un diritto alla vita, alla integrità personale, all' onore, ... non sulla vita, sull' integrità personale, sull' onore".

Argumentam, porém, outros que o objeto do direito não é a personalidade em si mesma, mas em suas diversas manifestações e projeções físicas e psíquicas. Por confundir-se a personalidade com a capacidade jurídica, em sua concepção, ela é o pressuposto dos demais direitos, não o objeto de um deles. Amplia-se, deste modo, o conceito jurídico de bem, não adstrito ao significado naturalístico, mas de conteúdo histórico, para incluir estas projeções e torná-las merecedoras da tutela do direito como objeto de uma relação.

Replica-se que este desdobramento, abstrato, não é possível, quer jurídica, quer psicologicamente. Seriam os direitos da personalidade, para

alguns, ínsitos à pessoa, resumindo-se no direito de ser tratada como tal, ou seja, como titular de todos os direitos próprios da natureza humana.

ORLANDO GOMES (artigo cit.) observa que, a par dos autores que julgam consistirem em direitos sem objeto, há outros, como FERRARA, que consideram objeto os outros homens, com o dever de respeito ao gozo dos mesmos, sendo a vida e a integridade física meros termos de referência.

Não cessa, todavia, a divergência.

Sendo compreendidos na faixa da livre atividade humana, autores lhes opõem limites, outros, não; no primeiro caso, por imposição do interesse geral.

Procura-se, com esta exposição, mostrar a controvérsia que impera nesta área, devendo-se ressaltar a conclusão a que chegaram CUNHA GONÇALVES ("Tratado de Direito Civil", Max Limonad, 1.955, págs. 337 e segs.) e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ("Transplante de Órgãos do Corpo Humano sob o Aspecto jurídico", Rev. dos Tribunais, 1968, vol. 389, págs. 89 e segs.): o homem, em princípio, tem o direito de dispor de si mesmo, exercendo livremente sua atividade, para atingir a seus fins, atividade esta que é extrajurídica e entra na categoria do lícito e do jurídico. Ressalvam-se, porém, as proibições legais, estabelecidas menos em função do interesse individual, mas em nome da conservação da espécie, da utilidade social, da moral pública ou dos interesses do Estado. Assim, entre outras, a apenação do aborto, do induzimento e instigação ou auxílio ao suicídio e da falsa auto-acusação.

No dizer de FERRARA ("Trattato", *cit.*, pág. 398), "ma fuori queste limitazione l' uomo há una *facultas* quaedam *disponendi* di se stesso che resta interna a lui, in una sfera extra-giurídica".

4. Não constavam estes direitos de diploma legislativo, de forma sistemática, em nosso ordenamento positivo. Eram tutelados em textos legais esparsos, como na Lei de Imprensa (ofensa à honra), no Código de Telecomunicações (iguais violações), na Lei de Registros Públicos (tutela do nome), na Lei de Direitos Autorais (proteção da obra do autor), na Lei sobre Transplantes (resguardo do corpo humano) e em outras disposições isoladas.

Deles não cogitou CLÓVIS BEVILÁQUA, embora fossem previstos, à época da edição de nosso Código Civil, no Código Civil suíço, porque, no tocante ao nome, por exemplo, entendia aquele jurista que resultava adequadamente protegido pelas normas que impedem a usurpação da personalidade (SAN THIAGO DANTAS, "Programa de Direito Civil - Parte Geral", Editora Rio, 1977, pág. 196).

5. É certo que a tutela dos bens jurídicos que constituem estes direitos se faz valer, com mais eficácia, no campo criminal. Nosso Código Penal pune suas violações, em várias de suas manifestações (vida, integridade física, liberdade individual, honra, sigilo de correspondência e inviolabilidade dos

segredos, sentimento religioso e respeito aos mortos, liberdade sexual, pudor, valores da Família e outros), assim como o Código de Propriedade Industrial reprime infrações ao privilégio de invenção e lei específica (nº 5.988/73) incrimina a transgressão do direito autoral.

6. Figuraram no Projeto do Código Civil de 1963 (atos de disposição do próprio corpo; de disposição e direito ao cadáver; de tratamento e ao exame médico; à reprodução da imagem; direitos autorais). Deles dizia o saudoso Prof. ORLANDO GOMES, na "Memória justificativa do Anteprojeto", DIN, 1963, pág. 35:

*"O primeiro e dos mais importantes objetivos do Anteprojeto é o de preservar um dos valores fundamentais da nossa civilização: o respeito à pessoa humana. Os Códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente, não tinham a sua tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados de particulares; tanto mais quanto se ampliaram, adquirindo novos aspectos, tais como o do direito à vida, à educação e tantos outros" (grifo nosso).*

7. Foram mantidos no Projeto de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados, havendo incumbido a sua Parte Geral ao eminente Ministro e Professor JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, que, em estudo comparativo, louvou as opções do Código Civil português nas linhas mestras daqueles direitos ("Lições do Novo Código Civil português", in "A Parte Geral do Projeto do Novo Código Civil Brasileiro", Saraiva, 1986, págs. 16 a 31).

Vêm eles disciplinados nos arts. 11 a 22 do Projeto, dispondo o primeiro preceito que, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Prossegue o art.12: "Pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

Nos artigos seguintes, cuida da disposição do próprio corpo, admitindo-a gratuita, com o objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, e ocupa-se do tratamento médico, a que ninguém pode ser constrangido.

8. Onde, entretanto, a matéria vem de receber unificada consagração legislativa, com explícito relevo para os direitos denominados morais (vida privada, honra e imagem das pessoas), iniciando-se pelo próprio direito à vida (art. 5º, *caput*), é na vigente Constituição Federal.

Não cuidou, entretanto, especificamente, do direito ao corpo, a suas partes e ao cadáver, a envolverem o tratamento médico, os transplantes e as técnicas de reprodução assistida.

9. Antes, entretanto, de passar-se ao exame daquelas matérias, convém, desde já, assinalar que o principal problema que os direitos da personalidade suscitam é o de sua tutela, a saber, por que meios podem ser processualmente garantidos, em ordem, inclusive, a evitar sua ofensa.

No tocante à sua natureza, já vista, expõe o pranteado Prof. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO ("Teoria Geral do Direito Civil", 1976, pág. 223), ser o problema de sua construção dogmática fundamentalmente teórico, de importância limitada no quadro dos fins da ciência do Direito, sendo de opinião de consistirem em vários direitos sobre distintos modos de ser físicos ou morais da pessoa ou bens da personalidade.

10. Sua tutela processual desperta maiores dificuldades no que concerne, principalmente, à prevenção de sua ofensa, porquanto, se a Constituição Federal garante, de um lado, a reparação das ofensas morais contra eles perpetradas, no campo processual, todavia, não se discriminam, de forma objetiva, medidas visando preveni-las. Nada obsta, porém, a que o juiz, no uso do poder cautelar geral, possa adotar providências, como a busca e apreensão, exibição e outras medidas provisionais, com tutela liminar, inclusive, colimando aquele fim.

## II - A BIOÉTICA

11 . Sabe-se tratar-se de Ciência nova, ao menos sob esta expressão, havendo o eminente Magistrado

do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Dr. RICARDO MARQUES DIP ("Uma Questão Biojurídica Atual: A Autorização Judicial de Aborto Eugenésico - Alvará para Matar", in RT, 734/518), registrado atribuir-se o vocábulo à origem inglesa, designadamente, a VAN RENSSLAER POTTER, com o livro "*Bioethics: Bridge to the Future* (New Jersey, 1.971)".

É conceituada, tradicionalmente, com ELIO SGRECIA, como "filosofia moral da investigação e da prática biomédica".

Na definição do Padre FERNANDO BASTOS DE ÁVILA ("A Sociedade diante da Bioética", Intervenções de diversos autores), é "a busca da definição racional de normas que permitam ao homem se realizar em sua plenitude: nos aspectos somático, psíquico e espiritual". Distingue-a da Engenharia Genética, que consiste em "toda a elaboração no nível científico-tecnológico para a realização desse objetivo supremo definido pela bioética, isto é, para a realização plena do homem".

GUY DURANT ("Bioética-Natureza, Princípios, Objetivos"), citado naquele painel, define-a como "o estudo interdisciplinar do conjunto das condições exigidas por uma administração responsável da vida humana (ou da pessoa humana), tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias médicas".

Diz, assim, com a própria engenharia genética, com banco de sêmen, com inseminação artificial, a eugenia, a fecundação *in vitro*, os transplantes, a eutanásia, o transexualismo, havendo surpreendido - e aterrorizado o Mundo - com a experiência da clonagem da ovelha "Dolly", em Edimburgo, ao início de 1.997, ante o receio de operar-se com seres humanos.

Envolve, pois, os Arcanos da Vida, de sua Geração, do Nascimento e da Morte, que só a DEUS são dados penetrar, pois deles dispõe.

12. Relaciona-se, deste modo, a Bioética aos Direitos da Personalidade, na medida em que estes resguardam a PESSOA HUMANA, em suas mais variadas manifestações, inclusive a física e corporal.

Haveria - e, em caso afirmativo, quais seriam - limites às técnicas e às experimentações a que se procede no campo genético, buscando, fundamentalmente, descobrir princípios que esclareçam a Criação do homem?

Poderiam opor-se barreiras a estas investigações, quando tenham tais procedimentos por fim conhecer sua origem para achar a cura de doenças, evitar deformidades, permitir um desenvolvimento mais sadio do ser?

Erguer-se-iam limites, se tais descobertas visam melhor dominar as técnicas de intervenção na natureza, sob argumento de beneficiarem a Humanidade, inclusive pelo conhecimento que propiciam de suas primícias?

Levantar-se-iam obstáculos, se se persegue o progresso da Ciência, de modo a possibilitar ao homem suposto domínio sobre si mesmo, suas origens e destino?

Em síntese, poderiam tais procedimentos ficar entregues à própria Ciência, à Medicina, à Biologia e a disciplinas afins, a admitir-se serem nobres os propósitos de pesquisadores, médicos, biólogos?

Em que medida ocorreria a intervenção do Direito? Para facilitar-lhes a pesquisa ou para dirigi-la, em função de outros Valores?

13. Não se pode negar, a matéria, pela profundidade dos conhecimentos a que visa, diz com perquirições e horizontes mais dilatados a respeito do ser humano, de seu início e fim. Toca à Religião, à Filosofia, à Ética e à Moral.

Não pode delas apartar-se e, por isso mesmo, tornar-se alvo de cogitação também pelo Direito, o qual, como expressão daqueles Valores, máxime dos princípios Éticos, que compõem seu arcabouço e fornecem sua argamassa, concretiza-os, no plano da normatividade, do dever ser (*Sollen*).

Em lapidar página sobre Moral e Direito o emérito Mestre luso, Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, em sua "Introdução ao Estudo do Direito", vol. 2, Lisboa, 1989, págs. 411 e segs., ministra estas lições:

"Na idade média, o Direito tendeu a compreender a Moral e a fortificá-la com sua estrutura, tendência até certo ponto boa, pois imprime à Moral maior eficácia. Mas não se confundiam as duas noções e será justiça assinalar,

como é reconhecido por vários pensadores, que se deve ao gênio de S. TOMÁS uma idéia que muitos, pelo desconhecimento da história do pensamento filosófico-jurídico, julgam ser original de um jurisconsulto alemão: JELLINEK. Referimo-nos à doutrina do *mínimo* ético como elemento de caracterização do Direito".

"Segundo ela, o Direito, no que se refere ao seu âmbito, representa um sector da Moral: é mais limitado do que esta; constitui aquele mínimo ético que se torna necessário legalizar e tornar jurídico."

"Que assim pensava S. TOMÁS, vê-se claramente seguinte texto: "Leges humanae non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosus abstinenti, sed solum graviora, a quibus possibile est maiorem partem multitudinis abstinere et paecipue quae sunt in nocumentum aliorum sine quorum prohibitione societas humana conservari non posset". ("As leis humanas não proibem todos os vícios de que os virtuosos se abstêm, mas só os mais graves, aqueles de que à maior parte das pessoas é possível absterem-se, e principalmente os que causam prejuízo a outrem e sem cuja proibição a sociedade humana não mais poderia subsistir".)"

"A Moral proíbe mais do que o Direito, procura fomentar a virtude máxima. O Direito tem de contemporizar até certo ponto com a fraqueza humana, deve contentar-se com um mínimo e reprimir apenas aqueles vícios de que a maior parte dos homens se abstêm, mormente os que redundariam em dano alheio, atos ilícitos sem a proibição dos quais a sociedade correria o risco de naufragar."

Sem embargo da mecânica distinção que se procurou estabelecer, a partir de tais concepções, entre Direito e Moral, dizendo o primeiro respeito à face exterior (comportamento físico) do homem (*forum* externo), a segunda à interior, a atitude psicológica (*forum* interna), como compartimentos estanques, não pode prevalecer o critério.

Não há dúvida de que olha o Direito, em primeiro lugar, os atos humanos em sua configuração extrínseca, mas não se desinteressa, nem poderia desinteressar-se, pela atitude psicológica que está por detrás deles; "da conduta física sobe até ao comportamento psíquico", tanto no que respeita aos atos ilícitos como aos lícitos. Exemplos são a exigência da voluntariedade para se imputar a responsabilidade por atos reprováveis e os atos viciados na formação da vontade por dolo, erro, coação, que não podem produzir efeitos. Neles, valoriza-se o elemento subjetivo.

Conclui o Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa: "Sem dúvida, como observa, por exemplo, Del Vecchio nas suas Lições de *Filosofia do Direito*, a Lei *permite* coisas que a Moral *proíbe*, mas isso não envolve contradição entre as duas: é o resultado da natureza do Direito como mínimo ético. O Direito tem de ser menos exigente do que a Moral e impor menor número de limites ou restrições, que aparecem com uma gravidade maior, dada a sanção que as acompanha e a possibilidade do emprego da força física. Permitir por vezes o

Direito aquilo que a Moral proíbe significa apenas que o primeiro abandona à jurisdição da segunda matéria que pela sua menor importância social entende não dever submeter ao rigor dos seus preceitos. Contradição haveria, sim, se o Direito ordenasse ou permitisse, positivamente, o que a Moral veda, mas isso não o faz ou não deve fazer ele."

"A tendência para estabelecer um abismo profundo entre o Direito e a Moral vai-se esbatendo felizmente, e bom é que assim aconteça, pois convém, quanto possível, que o Direito se moralize e também, até certo ponto, que a Moral se legalize. Moralizando-se, o Direito ganha um influxo ético que o enriquece; legalizando-se, a Moral adquire força maior."

"A Moral é a norma do dever; o Direito é tanto a norma do dever como das faculdades ou prerrogativas que se lhe contrapõem. Também este aspecto da bilateralidade jurídica, que se resolve na oposição entre *um dever fazer ou um dever não-fazer e um direito de exigir* não escapou a S. TOMÁS, que já falava desse atributo sob o nome de alteritas."

Outro caráter diferencial, remata o Mestre, representa "aquele mínimo de prescrições, de limitações, que o legislador destacou das normas éticas e revestiu de sanção jurídica, para satisfazer as necessidades supremas da convivência dos homens".

### **III - DIREITOS DA PERSONALIDADE E BIOÉTICA**

14. Constituem aqueles, na área do Direito Privado, limites, em resguardo da Pessoa Humana, que orientam a Bioética no sentido de sua preservação, erigindo a Defesa e o aperfeiçoamento do Homem em um de seus objetivos.

Com efeito, nos campos dos transplantes, da tutela da vida nascente, na vedação de atos que importem mutilação do corpo humano e na proteção da própria aparência e da integridade psicológica e espiritual do Homem, erguem-se aqueles direitos como diretrizes e baluarte em seu resguardo.

15. Comece-se pela própria vida. Além de ser o aborto punido, constitui o primeiro dentre os bens que são objeto da imediata tutela constitucional no art. 5º da Carta Magna. Não se diga estar aí apenas a cogitar-se da Vida para quem já nasceu. Sua tutela é mais ampla e, tendo em vista a proteção à maternidade no art. 203, que se ocupa da assistência social, e o respeito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, dúvida não se propõe de que a vida intra-uterina do nascituro é resguardada.

Tem cabimento, pois, falar-se em seu Estatuto, como a seu propósito discorre o eminente Professor de Coimbra, DIOGO LEITE DE CAMPOS, em Arquivos do Tribunal de Alçada, vol. 27, págs. 31/36.

Pode o nascituro ser reconhecido (art. 26, parágrafo. Único, do Estatuto da Criança e do Adolescente e Ap. Cível n° 1.93.648 – 1/5, 1ª C. - TJSP, *in* RT 703/60), receber doação, dando-se-lhe Curador, para desvelo de seus interesses (arts. 4º, 458 e parágrafo. único do art. 462 do Código Civil!).

Sendo o aborto punido criminalmente, não se pode negar, no Direito Brasileiro, seja o nascituro alvo de reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

#### IV - OS TRANSPLANTES

16. Estes são atualmente disciplinados pela Lei! n° 9.434, de 04/02/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para aquele fim e tratamento.

Admite, no art. 1º, a disposição gratuita de tecidos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, neles compreendidos os tecidos, o sangue, o espermatozoide e o óvulo, para os objetivos mencionados.

Só poderão, assim como os enxertos, ser realizados em estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas autorizadas pelo Sistema Único de Saúde (art. 2º).

Segundo seu art. 3º, deverá a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano ser precedida de diagnóstico de morte encefálica por médicos nas condições no preceito reclamadas.

Inovou aquele diploma, no Direito brasileiro, ao presumir, *iuris tantum* (salvo manifestação de vontade), ser autorizada a doação para finalidade de transplante ou terapêutica *post mortem* (art. 4º). Proibiu a remoção, após o óbito, de órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas (art. 6º). Determinou, no art. 8º, que, após a retirada de partes do corpo, será o cadáver condignamente recomposto e entregue aos parentes do morto ou a seus responsáveis legais para sepultamento (art. 8º).

No art. 9º, permitiu à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do, próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos. Só a admitiu, porém, quando se tratar de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (§ 3º do art. cit.). Poderá, todavia, a doação ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização (§ 5º).

Vedou à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em

transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde sua ou ao feto (§ 7º). Nota-se, uma vez mais, a preocupação com o embrião.

Exigiu o consentimento expresso do receptor, após ser devidamente informado (art. 10), e cominou, nos arts. 14 a 20, delitos, inclusive a venda de órgãos ou partes do corpo humano.

Saliente-se vedar a Constituição Federal, no § 4º do art. 199, todo o tipo de comercialização de substâncias humanas, inclusive do sangue e seus derivados.

O Decreto nº 2.268, de 30/06/97, veio a regulamentar a referida Lei nº 9.434/97 (Transplantes).

17. Nela impõe-se ressaltar a nova diretriz de presumir-se a pessoa doadora, salvo manifestação de vontade em contrário.

Nega qualquer vínculo de titularidade do homem relativamente a seu corpo, ao menos do ponto de vista patrimonial, no que se revela acertada. O homem afigura-se, na verdade, usufrutuário de seu corpo, daí que dele não pode, fisicamente, dispor. Explica-se, desta forma, não serem acolhidos a automutilação e outros atos que possam importar sua deformação.

Nesta área, porém, como manifestação da Bioética, são relevantes os sentimentos religiosos e o respeito aos sentimentos dos parentes do falecido, motivo pelo qual se fica na dúvida quanto a ser a presunção mais consentânea com a tradição, diante da inviabilidade, prática, de a maioria de nosso povo se manifestar em sentido oposto. O hábito cristão do sepultamento e a crença na Ressurreição levam sobretudo os católicos a dispensarem ao cadáver tratamento compatível com a destinação do corpo humano em Vida, sede e templo do Espírito.

## **V - A FECUNDAÇÃO ASSISTIDA: GENERALIDADES E O DIREITO COMPARADO**

18. Cuida-se de tema altamente polêmico, a empolgar toda a humanidade. Já se disse, com fundamentos de razão, que os "genes" constituem o centro do conhecimento da Biologia Humana e que, pela primeira vez, submetendo-se ao controle do homem, permitirão, por aquela ciência e manipulação, o verdadeiro Poder sobre a Vida e sobre a Humanidade (cf. excelente tablóide da Revista "The Economist" sobre "Biotechnology and Genetics", de 25/02/95).

Nela se discorre que pesquisas nesta área, em laboratórios e empresas estrangeiras (nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França), se desenvolvem não apenas com vistas a descobrir, pelas pesquisas, a possibilidade de encontrarem-se terapias para o tratamento e cura do câncer, do vírus HIV, mas, mesmo sem fins lucrativos, para descobrir-se o segredo da Vida e, deste modo,

deter-se o maior Poder que os homens jamais puderam alcançar: sobre a Vida e a Morte.

Fala-se na criação de novos tipos de criatura que podem, inclusive, resultar de mistura de genes de homens com outros animais. Cogita-se de tipos superiores, pela utilização de genes de pessoas altamente dotadas. Em suma, sugere-se, ao final, que, tendo em vista as inimagináveis perspectivas abertas pelas pesquisas na área, três princípios fundamentais devam orientá-las: o respeito pela autonomia, pela variedade e pela igualdade.

Realmente assombroso é o Poder que o homem busca alcançar mediante tais pesquisas, que avançam além de qualquer ideação, pois descerram um novo tipo de Humanidade, com o conhecimento e controle da Vida, do nascimento, da infância, de doenças e da própria morte, que não se sabe mais se ocorrerá ou se será estado passageiro para posterior ressurgimento do mesmo tipo. Pela primeira vez, quase como retornando aos estágios mais primitivos, põe em xeque o próprio conceito de PESSOA, que passa a depender da Ciência, não mais de natural reprodução da espécie humana.

O homem quer ser Deus de si mesmo.

19. Estas pesquisas já se vinham realizando, entre nós, de forma totalmente livre, vale dizer, sem disciplina e regulamentações legislativa e administrativa. Ficavam mais entregues às próprias normas corporativas, havendo Resolução do Conselho Federal de Medicina, de nº 1.358/92, disposto sobre "normas éticas para a utilização das Técnicas de Reprodução Assistida", pelas quais se verifica ter deixado à deliberação e consciência médicas o juízo de sua realização. Dispõe seu primeiro princípio que "as técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade".

No segundo princípio, estatui que "as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente". O princípio nº 5 enuncia ser "proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana".

20. No Direito Comparado, aliás, três modelos fundamentais defluem dos ordenamentos jurídicos dos países que dispuseram sobre o assunto (cf. GILDA FERRANDO, "Introduzione", "La Procreazione Artificiale tra Etica e Diritto", CEDAM, Padova, 1 989, págs. 2 a 11):

1º) O repressivo, que estabelece proibições, cominando sanções. Desta natureza são os projetos italianos apresentados ao Parlamento na década de 1 960. Como tal, classifica também a autora a "Instrução sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação", da Congregação para a Doutrina da Fé, sob a direção do Cardeal RATZINGER.

2º) O modelo liberal, que deixa à liberdade da pessoa e à autonomia dos indivíduos e do casal a decisão sobre a técnica da procriação, incumbindo à Lei a disciplina de suas conseqüências.

3º) O modelo intervencionista, favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a tutela de interesses superiores.

Segundo a autora, são relevantes para a identificação do modelo as convicções morais e éticas que serviram de inspiração ao legislador e a concepção da relação Moral-Direito.

Na França, em sucinta resenha, Lei de 12/07/78 permite ao casal (e a não casados) o acesso gratuito à inseminação artificial heteróloga. A intervenção do legislador atém-se mais a aspectos de assistência pública, concedida, com largueza, a casais que postulam a intervenção, inclusive mediante a constituição de estabelecimentos para fecundação *in vitro* e de Centros de conservação de esperma, análogos aos de transfusão de sangue. Na ausência de direta disciplina legal, a matéria tem ficado à determinação das praxes administrativas e negociais relativamente consolidadas, e das circulares ministeriais.

A Alemanha dispõe de recente diploma legislativo que limita a utilização de novas técnicas médicas de reprodução e engenharia genética. Proíbe a chamada "barriga de aluguel", penalizando a mulher que colocar seu útero à disposição para receber óvulos de outra. Não autoriza a inseminação artificial) com esperma de homem morto, a produção de embriões humanos destinados exclusivamente à pesquisa, o enxerto de germes hereditários, a fabricação de seres humanos idênticos (clonagem) ou híbridos com animais. Nas fecundações *in vitro*, os médicos só poderão usar a quantidade de óvulos necessária para cada intervenção, podendo a conservação de óvulos fecundados ser autorizada quando a mulher apresentar problemas de saúde ("Jornal do Brasil", de 21/02/90).

Na Suécia, nos Estados Unidos, em Québec, na Suíça e na Grã-Bretanha, a intervenção legislativa não disciplina o fenômeno em complexidade, porém em aspectos merecedores de imediata atenção (GILDA FERRANDO, art. cit.)

Na Suécia, Lei de 20/12/84 dispõe sobre a inseminação heteróloga. Na Suíça, o artigo 256 do Código Civil, assim como os artigos 586 e 588 do Código Civil de Quebec, se preocuparam em regulamentar as conseqüências das novas técnicas em relação ao "status pessoal" (GILDA FERRANDO, art. cit.).

Na Itália, autores como PIETRO RESCIGNO sustentam a oportunidade de intervenção legislativa circunscrita a termos mínimos, associando-a a fontes não estatais de regulamentação, como o Código de Deontologia Médica. Fala-se na desregulamentação da normatividade. GUIDO ALPA ("Controlle delle Tecniche di Procreazione", "La Procreazione Artificiale tra Etica e il Diritto", págs.

12 a 25) diz ser melhor não haver lei que tê-la má, reportando-se à posição absenteísta, baseada também no reconhecimento de poder normativo à autonomia privada (págs. 16 a 21 ).

Relata, todavia, o entendimento de TRABUCCHI de não se poder afirmar a prevalência da liberdade do homem, quando no meio está a vida de outro (pág. 22).

Projetos propondo tratamento do tema por analogia com a adoção (SANTOSUOSSO) e com outras situações, como o aborto, foram formulados.

Defende-se a exclusão de ilicitude da inseminação artificial, porém, em face do direito constitucional de dar a vida, concebida a procriação como o desenvolvimento da personalidade ou como a expressão da liberdade sexual do indivíduo, baseando-se também no denominado direito à família de fato.

Nos Estados Unidos, a matéria é de competência dos Estados, havendo-a regulado 29 deles, sem maiores disparidades, com diretrizes quase uniformes, sendo o primeiro o da Geórgia, em 1964. Há proposta de um modelo único, prevalecendo, nas legislações estaduais, o estabelecimento da paternidade com esteio na intenção de conceber, não na verdade biológica.

Sustenta-se ter a mulher o direito constitucional de procriar, afigurando-se inválida qualquer tentativa de excluir a inseminação artificial, apresentando-se como tendências gerais seu reconhecimento e permissão, regulando-se a intervenção dos médicos, a orientação quanto à prática da inseminação e suas conseqüências, a realização de prévios exames para o diagnóstico de doenças genéticas e infecciosas, dispondo-se ainda sobre o registro dos dados e seu sigilo.

Em Portugal, o Decreto-lei n° 319, de 25/09/86, dispõe sobre os Bancos de Esperma, discriminando requisitos para a recolha, a manipulação, a conservação de espermatozoides e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação artificial humana ("Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro", n° 7, pág. 319).

Sabe-se ser ainda a matéria debatida no Canadá e na Austrália ("La Procreazione Artificiale", cit., "Introduzione", pág. 2).

## **VI - A FECUNDAÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO. QUESTÕES SUSCITADAS**

21. Como se disse, a matéria, entre nós, não era alvo de intervenção legislativa, ficando à deliberação de entidade corporativa, no caso, o Conselho Federal de Medicina, que veio a dispor, de modo favorável à sua realização, mediante condições, na Resolução citada, de 1.992.

Antes, sabe-se de sua prática, de certo modo disseminada nos grandes centros (Rio, São Paulo), dependente, exclusivamente, de deliberação dos médicos.

Hoje, a Lei nº 8.974, de 5-1 -1 995, ao regulamentar os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

O primeiro dos mandamentos constitucionais invocados, no Capítulo do "Meio Ambiente", prescreve que, para dele desfrutarem todos, ecologicamente equilibrado, deve o Poder Público "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético".

O segundo estatui competir-lhe "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente".

22. A Lei nº 8.974/95, editada para tornar efetivos aqueles comandos, no artigo 1º, enuncia ter por objeto estabelecer "normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente".

No artigo 3º define organismo; ácido desoxirribonucléico (ADN); ácido ribonucléico (ARN), este, o material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência; moléculas de ADN/ARN recambiante; organismo geneticamente modificado (OGM); e engenharia genética.

Veda, no artigo 8º, "qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recambiante", realizados em desacordo com as normas nela, Lei, previstas (inciso I); a manipulação genética de células germinais humanas (inciso II); a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos (inciso III); a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (inciso IV); a intervenção *in vivo* de material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se os princípios éticos".

Pune como delitos (artigo 13): I - a manipulação genética de células germinais humanas; II - a intervenção em material genético, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o da

autonomia e de beneficência, com a pena de detenção de três meses a um ano, que é agravada (torna-se de reclusão), se resultam incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, e aceleração de parto. Aumenta a pena, se resultam incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente e aborto. Maior é o agravamento, se resulta morte.

Pune-se com reclusão (seis a vinte anos) a produção, o armazenamento ou a manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível.

Confere, no § 5º do mesmo artigo 13, legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, pelo descumprimento da Lei. No artigo 14, estabelece a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, para o autor de danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

23. Indaga-se: teria esta Lei admitida a fecundação assistida, *in vitro e in vivo*? Sim, para os fins nela expostos, sem cuidar, todavia, de suas repercussões no campo do Direito Privado em geral, sobretudo no tocante a conseqüências no Direito de Família.

24. Dentre estas, cumpre se apontem as seguintes interrogações que a inseminação artificial deflagra:

a) Em nome de quem deve ser registrado o filho? Presume-se a paternidade do marido da mãe, se não constou do assento de nascimento? Pode este ser retificado, v.g., para constarem os nomes dos avós?

b) Deve a criança ser adotada pela mãe que a encomendou, fornecendo o óvulo, na maternidade substituta? Constituindo-se, hoje, a adoção mediante sentença, com o preenchimento de requisitos (aferição de reais vantagens para o adotado e aferição de motivos legítimos pelo juiz), seria adequada àquele fim?

c) Os alimentos poderiam ser demandados ao doador, na inseminação heteróloga?

d) No tocante à filiação, pode a paternidade, naquela fecundação, ser contestada pelo marido? E se ele consentiu?

25. Em tema de direito sucessório, cabe ainda indagar de quem herda o filho. Tem direitos na sucessão do doador falecido, se não existia quando aquele faleceu? E na fecundação *in vitro post mortem*? Seria esta, igualmente, admissível? Tem uma pessoa o direito de gerar a vida depois de morto?

26. No concernente ao Direito das Obrigações, interroga-se se é lícito o contrato entre a mãe substituta e a eletiva (que doou o óvulo ou encomendou a gravidez). Pode aquela avença ser executada para a entrega da

criança? Tem a mãe de gestação direito a ressarcimento por privações, diminuições físicas e gastos? Poderia a gestação consistir em bem de trabalho? Poder-se-ia falar em locação de gravidez?

27. Por último, admitida a fecundação assistida, qual deve ser a base da filiação? Biológica, genética ou a vontade das pessoas envolvidas? Coadunam-se todas com o princípio da indisponibilidade do estado civil, de ordem pública?

Por último, como evitar o incesto em inseminações artificiais em pequenas comunidades, uma vez preservado o anonimato do doador?

Todas estas questões não se encontram dirimidas na Lei, nem logram diretivas para tanto.

28. Daí considerar-se a interpretação restritiva que deva receber, por concernir a Bens constitucionalmente tutelados: direito à vida, liberdade de consciência, expressão da atividade científica, proteção da pesquisa e do desenvolvimento científico (artigo 21 8). Firma, igualmente, o § 7º do artigo 226 ser o planejamento familiar, fundado em princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, de livre decisão do casal. No artigo 227, inscreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, mediante, inclusive, programa de assistência materno-infantil.

O aborto também continua punido como crime.

## **VII - A CLONAGEM: PERSPECTIVAS E VIABILIDADE**

29. O mundo assistiu, perplexo e atemorizado, à experiência com a clonagem da ovelha "Dolly", na Escócia, no início deste ano. Todos se indagavam se semelhante fenômeno seria possível com seres humanos.

Permanecem a dúvida e o temor. Que será da Humanidade, caso se concretize esta ameaça?

Surgem aí os Direitos da Personalidade, em defesa do ser humano, a impedirem seja alvo de manipulações, inspiradas por qualquer motivo, mesmo aparentemente nobre (científico).

O Homem, na concepção de nossa Civilização, e, portanto, como sujeito de direito, é uma integralidade, de Corpo e Espírito. Esta dissociação se revela impossível diante das premissas de nosso sistema jurídico e de seus postulados. Nem de outra forma poderia ser, eis que a civilização ocidental, no dizer do poeta francês PAUL VALÉRY, repousa sobre a inteligência grega, a ordem romana e a espiritualidade judaico-cristã.

Deste modo, a duplicação de seres humanos, pelo processo que seja, esbarra na inviabilidade originária da integridade do Ser.

Se na mitologia pudesse ser imaginada, na realidade da Cidade dos Homens é inadmissível.

Entre nós, de outra parte, a Lei n° 8.974/95, que dispõe sobre o uso das técnicas de engenharia genética, não permite experimentação daquele jaez, ao vedar qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recambiante, realizado em desacordo com suas normas, fundamentalmente sem *consideração aos princípios éticos* (inc. III do art. 8°).

Aqueles espantos ficam, assim, por conta da credence de quantos se impressionam com a fabulação alheia.

### **VIII - O ÚTERO ARTIFICIAL**

30. A matéria já foi vista ao serem examinadas questões suscitadas pela fecundação artificial no Direito brasileiro.

A propósito, porém, convém lembrar indagações, formuladas por um jurista norte-americano, que ficam sem respostas entre nós:

1°) Quem pode participar?

2°) Quais são os direitos e obrigações da mãe substituta durante a gravidez?

3°) Quais os direitos e obrigações do pai natural (e sua esposa, se for casado)?

4°) E das partes - se assim podem ser chamadas - após o nascimento com vida?

5°) E se vier a ser natimorto?

6°) Que medidas deve a "mãe substituta" tomar para abdicar de seus direitos como mãe?

7°) Que medidas deve, de outra feita, promover a esposa do pai natural para obter ou reivindicar direitos de maternidade?

8°) Quem é mãe afinal? (*Note, Developing a Concept of the Modern "Family": A Proposed Uniform Surrogate Parenthood Act*, 73; *Georgetown Law Journal* 1283 (1985), *apud "Reproductive Technologies and United States Law"*, de DOMINICK VETRI, in *"La Procreazione Artificiale tra Etica e Diritto"*, *cit.*, pág. 57, nota 83).

A ausência de respostas, ou as mais chocantes conjecturas que se possam deduzir, revela o despautério de romper-se com a Beleza da maternidade, símbolo da Humanidade. Desfigurar-se-ia o Homem.

### **IX - CONCLUSÕES FINAIS**

31. De todo o exposto, extrai-se que a Bioética concerne também aos Direitos da Personalidade, na medida em que têm estes por objeto manifestações físicas, psicológicas e espirituais do Homem.

Pode-se dizer constituírem aqueles direitos, no campo do Direito Privado, limites a qualquer tentativa de reduzir o ser humano, em sua expressão corporal, a mero objeto ou instrumento de experimentações.

Imbuídos de fundamento ético e visando resguardar o Homem contra atentados de toda a sorte que o ameacem, hoje, no campo biológico, erguem-se os direitos da personalidade, como baluarte a incursões que possam desintegrá-lo em sua essência transcendental e desfigurá-lo na forma física.

Surgiram inspirados por estas razões. Não de permanecer e serem enfatizados e tutelados como meio de impedir aqueles temores.

Reconduzem-se à expressão da dimensão espiritual do ser humano, plasmado à Imagem do Criador, cujas manifestações não podem ser manipuladas por mãos que jamais o gerariam.

A sábia formulação dos romanos enunciava: *Dominus membrorum suorum nemo videtur* (L. 13, pr., D. ad *legem Aquiliam*, 9,2, ULPIANO).

**(in, Nova Realidade do Direito de Família, COAD: SC Editoria Jurídica, Tomo 1, págs. 40/49)**