



**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
3ª REGIÃO**

Classificação "A" (local) no Programa **QUALIS** - Classificação de Periódicos,
Anais, Jornais e Revistas da **CAPES** - Coordenação de Aperfeiçoamento de
Pessoal de Nível Superior do Ministério da Educação

Diretor da Revista
Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA

Número 81 - janeiro/fevereiro - 2007

Publicação Oficial
(Artigo 113 do Regimento Interno do TRF 3ª Região)

THOMSON
— ★ —
IOB

“O INÍCIO DA VIDA”

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Doutor em Ciências Histórico-Jurídicas,
Professor Catedrático da Faculdade de
Direito de Lisboa e Advogado.

Sumário: 1. Da concepção (singamia) ao nascimento; 2. A procriação medicamente assistida; 3. A reprodução pós-morte; 4. A clonagem; 5. A lei e a PMA; 6. A mulher só, o par homossexual e o casal infértil; 7. A utilização de embriões para fins de pesquisa e terapêuticos; 8. A gestação em substituição; 9. Apreciação ética da proteção do embrião.

1. DA CONCEPÇÃO (SINGAMIA) AO NASCIMENTO

O início da vida, no seu desenvolvimento natural, cobre um período particularmente delicado do ponto de vista da Bioética. Vai desde o encontro dos gametas masculino e feminino com a fusão dos núcleos ou singamia (consequente à penetração do espermatozóide no ovócito) até o nascimento.

Na fase antecedente à singamia não há ainda uma nova vida humana. Encontramos células, masculinas e femininas, que têm como única função a reprodução, mas não há ainda a matriz biológica duma nova criatura. É só com a fusão dos núcleos das células masculina e feminina que surge um novo genoma, distinto do dos progenitores, diferenciado de todos os existentes e que jamais terá uma réplica no futuro. A nova vida não é assim vida de qualquer dos progenitores, mas uma vida individualizada, ainda que se vá conformando no interior do corpo da mãe. Conduzirá ao nascimento de um novo ser no seu desenvolvimento natural.

Isto não significa que antes da singamia os gametas não tenham relevância ético-jurídica. Os gametas não são coisas. Como todos os elementos que representam o suporte da vida, são da *ordem das pessoas*, o que se repercute no seu regime jurídico. Assim, é repetidamente acentuada nas convenções internacionais a

proibição de *comercialização* de órgãos humanos, de produtos como o sangue e gâmetas, ou do próprio cadáver ou partes deste. Mesmo após o ato sexual e enquanto a singamia não opera, têm relevo jurídico e poderão receber proteção específica; mas essa proteção não se confunde com a proteção da vida humana nascente. Esta só se inicia com a fusão dos núcleos, portanto, com a formação do embrião, diferenciado por um novo genoma.

No outro extremo do processo está o *nascimento completo*. É indispensável que ocorra *com vida*: sem isso não há nascimento, há um processo truncado. Já se não aceita como requisito adicional a *viabilidade*, nem ética nem juridicamente, porque o ser que nasce com vida, mesmo que não tenha condições para viver, é uma pessoa tal qual, merecendo em consequência o máximo de proteção como qualquer outra pessoa¹.

Surgem problemas particulares com o *anencefálico*. Esses problemas foram debatidos recentemente pelo mais alto Tribunal brasileiro. Não serão por nós considerados, porque apenas nos ocupa o que respeita à fase inicial².

2. A PROcriação medicamente assistida

Os progressos da pesquisa científica trouxeram as formas de procriação medicamente assistida. Surge nomeadamente a fertilização *in vitro*, que torna possível o nascimento dos chamados bebês-proveta.

¹ A *viabilidade* é exigida por Direitos como o espanhol: requer-se que o recém-nascido viva por 24 horas. Mas nem isto tem o sentido que aparenta. Pode a lei apenas regular aspectos civis, particularmente sucessórios, sem em nada pôr em causa a personalidade ôntica do recém-nascido. O Direito pode, se quiser, determinar que se não dá sucessão em benefício de quem não sobreviver 24 horas sem atingir com isso quaisquer princípios éticos. Mas o recém-nascido é logo plenamente pessoa. Por exemplo, pode ser vítima de homicídio ou tentativa de homicídio, como qualquer outra pessoa.

² Observamos apenas que a discussão assentou em grande parte na *viabilidade* do anencefálico. É uma colocação a nosso ver inadequada. A *viabilidade* aprecia-se nos mesmos termos que no embrião em geral, tal como acabamos de observar. O que é decisivo é determinar se o anencefálico tem uma estrutura física que possa representar o suporte do espírito humano.

Com isto se prescinde das vias naturais de procriação e se caminha para formas cada vez mais ambiciosas de manipulação da reprodução, como fenômeno laboratorialmente dirigido.

Este ponto merece uma reflexão prévia.

A procriação medicamente assistida é, como o nome indica, *um ato médico*. Supõe, pois, que se depare ainda com uma deficiência do aparelho reprodutor de um ou de ambos os membros do casal, porque é isso que a faz cair no foro médico. Pelo contrário, se for usada para satisfazer preferências ou desejos que não estejam ligados a essas deficiências, a legitimidade do recurso a práticas de intervenção no processo de reprodução deve ser posta em causa. O ponto de partida nesta matéria é ético.

O ato de reprodução deve ser colocado sempre perante a *potencialidade de geração dum novo ser*: ou porque é intencionalmente dirigido a tal, no ideal dum ato de amor, ou pelo menos pela aceitação do coito com as consequências inerentes. Corresponde na sua normalidade a anseios profundos das pessoas, mas a sua dignidade última provém de ter a marca dum ato altruísta. Os progenitores têm a responsabilidade pelo ser que trouxeram à vida. São colocados numa relação de serviço: os interesses do novo ser são privilegiados em relação aos deles.

Esta diretriz ética ilumina-nos desde o primeiro momento e acompanhar-nos-á durante toda a indagação. Por isso, se as técnicas disponíveis passam a ser utilizadas para satisfazer interesses dos progenitores, há um desvio de finalidade que inquina o processo.

Por exemplo, se se usarem as técnicas de procriação assistida para obter seres mais louros, mais robustos, mais inteligentes³, admitindo que isso se torne possível, inverte-se a ordem natural das coisas: é o interesse dos progenitores que é colocado em primeiro plano e o embrião é instrumentalizado ao serviço destes. Não há o ato de abnegação de aceitar o filho que vier, por este estar em primeiro plano, mas o ato de autocontemplação de alguém

³ Ou de um sexo determinado, salvo se houver o risco de transmissão duma doença que só afete seres de um dos gêneros.

procurar rever-se num filho planejado à sua medida.

Todavia, avança-se cada vez mais por este caminho. Há que não esquecer que se está perante *interesses milionários*: estas técnicas saem caríssimas. A onerosidade é multiplicada por a taxa de êxito ser muito baixa e só se conseguir freqüentemente ao cabo de várias tentativas, na busca dum hipotético êxito.

Assim, tudo o que é tecnicamente possível acaba por se praticar, dentro da lei ou à margem da lei.

Com este motor econômico, casa-se o egoísmo próprio da sociedade atual. Cada pessoa tem todos os direitos e olvida os deveres. Tem sobretudo o maior de todos os direitos, *o direito à felicidade*, que só por distração os políticos, tão generosos na atribuição de direitos fundamentais porque sai de graça, não inscreveram ainda na Constituição. Sentem-se, assim, muitas pessoas autorizadas a fazer o que quiserem, sem se deter perante esse por menor insignificante que é a célula que encerra a vida humana nascente.

3. A REPRODUÇÃO PÓS-MORTE

Esta instrumentalização da vida futura ao serviço de interesses próprios atinge o máximo no planejamento da reprodução para depois da morte.

Todos temos o anseio de nos perpetuarmos. É uma tendência que pode ser filosoficamente explicada, mas que encaramos aqui como um mero fato.

Esse anseio pode encontrar um atalho na *criopreservação de embriões*, para serem dados à luz muitos anos depois. Atualmente, esse período é limitado aos anos em que o embrião manter sem degenerescência as suas qualidades, mas os progressos da técnica poderão levar a que o nascimento se verifique até gerações mais tarde.

É uma situação que escapa a todos os quadros da nossa ordem jurídica. No ponto de vista familiar, pela confusão das gerações; no ponto de vista sucessório, porque põe em causa as aquisições operadas por morte, ou obriga à suspensão do fenómeno

sucessório até que seja segura a ocorrência do nascimento ou, pelo contrário, a sua impossibilidade. Estudamos o fenómeno⁴, tendo concluído que as leis atuais não lhe dão resposta. Não obstante, o jurista não se poderia omitir de encontrar a solução, se a situação viesse faticamente a se verificar.

Não vamos retomar estas questões. Interessa agora analisá-las do ponto de vista bioético.

Nenhuma estranheza pode causar que a implementação dum embrião criopreservado seja retardada por razões episódicas, uma doença da destinatária, por exemplo. Mas sê-lo porque o progenitor quer se perpetuar, ressurgindo sob novas espécies no futuro, transforma o embrião em puro objeto. Merece uma apreciação negativa porque representa uma instrumentalização do embrião. Juridicamente uma cláusula desta ordem que constasse por hipótese dum testamento não poderia deixar de cair sob a alçada da contrariedade à cláusula geral dos bons costumes. Seria, portanto, inválida, mesmo na ausência de previsão legal.

4. A CLONAGEM

Um passo ainda mais grave seria dado pela clonagem.

A clonagem humana não é ainda praticável. Mas é muito de supor que o venha a ser: os progressos científicos levam cada vez mais longe a técnica nos mamíferos superiores. É de toda a prudência estarmos preparados para a avaliar, quando e se essa possibilidade se tornar efetiva.

Prevê-se que a vida humana possa ser formada sem resultar de singamia. Na origem estaria um ovócito que seria desnucleado, no qual seria introduzido o núcleo duma célula somática. Se for da mulher de quem o ovócito se extraiu desenvolve-se um embrião (avancemos a qualificação) resultante de um só gameta, no qual todos os componentes são provenientes dessa mesma mu-

⁴ Cfr. o nosso Problemas jurídicos da procriação assistida, in: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 328, p. 69, out./dez. 1994; e in: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 47, n. 183, p. 95, jan./jun. 1994.

lher. Esse embrião teria um genoma que é basicamente idêntico ao genoma da progenitora. Isto constituiria uma perturbação maior do processo de reprodução.

A questão não assenta, repare-se, em qualquer dúvida sobre a identidade pessoal do novo ser. O embrião estaria na origem duma pessoa diferente. A um genoma diferenciado corresponde necessariamente uma nova pessoa, mas pode a um genoma idêntico corresponderem personalidades diferentes. É o que se passa com os gêneros homozigóticos, cujos genomas são praticamente idênticos: ninguém duvida que são pessoas distintas. Também o clone seria uma pessoa por si. Na realidade, mesmo do ponto de vista biológico, o genótipo ou constituição gênica estará na origem de 20% dos traços da personalidade, mas *tudo* o resto não é dele dependente.

Os problemas jurídicos que se suscitariam seriam gravíssimos. O clone seria filho da dadora? Seria irmão? Ou não seria uma coisa nem outra?

Mas não são estas questões que nos ocupam. A clonagem feriria profundamente os princípios da reprodução humana. Representaria a sobreposição ainda mais acentuada do interesse do dador, que se quereria replicar e permanecer assim tal qual num outro ser. Desconheceria que a geração é bissexuada, resultante do elemento masculino e do elemento feminino, porque a educação deve ser biparental. A clonagem condenaria o novo ser a sair da normalidade, por provir *ab initio* privado de vida familiar normal.

Se não é o nascimento de novas pessoas que está hoje na ordem do tecnicamente possível, já o é a fabricação de embriões clonados para serem destruídos, extraíndo-se deles células-tronco (também chamadas estaminais), aproveitando a fase inicial de constituição do embrião⁵. Aqui há já *eticamente* uma questão da maior importância.

Houve quem negasse fundamento à reserva ética, susten-

⁵ Sabendo-se que por hoje este, no seu desenvolvimento normal, terá um desenlace que representa sempre a frustração do nascimento dum novo ser

tando que nunca de um clone poderá resultar uma pessoa. Com todo o respeito, consideramos a afirmação temerária. Dizer que *nunca será possível* perante uma evolução em progresso parece anticientífico. O mínimo que se pode fazer será assinalar um período de espera, enquanto não se prova cientificamente se um clone poderá chegar ou não ao nascimento.

Mas sendo assim, o princípio da *prudência*, fundamental no Direito e também na Bioética, impõe que não sejam permitidas em relação ao clone práticas que são contrárias à sua consideração como uma vida humana nascente. Para que não aconteça de virmos amanhã a lamentar que se tenham cometido efetivamente, neste período de incerteza, violações irreparáveis da dignidade do ser humano.

Segue-se, pois, que *o estatuto a atribuir ao clone é sem qualquer diferença o estatuto do embrião*. O que se concluir quanto ao embrião abrange o clone; o regime jurídico é o mesmo. Não há necessidade de criar uma disciplina específica, nomeadamente no que respeita à fabricação de clones para serem destruídos e deles se extraírem células-tronco para fins de pesquisa ou terapia, porque o mesmo é exatamente o regime que se aplica a todo o embrião.

Estes princípios poderão ser postos em causa, perante a voracidade da indústria. O precedente coreano, com o seu cortejo de fraudes e de formas de pressão sobre as mulheres, ensina como esta ameaça deve ser tomada a sério. Acresce que o processo, exigindo a estimulação ovária da mulher para retirada de ovócitos, penaliza gravemente a mulher.

Bem fez por isso a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança)⁶, ao proibir a clonagem humana no art. 6º, inc. IV, afastando quaisquer dúvidas. E repare-se: *a lei proíbe a clonagem humana sem mais* e não apenas a clonagem com fins reprodutivos. O legislador tinha bem consciência do que estabele-

⁶ Esta lei regula também a utilização de células-tronco e outras matérias ligadas à biotecnologia, embora de maneira muito sumária. Foi regulamentada pelo Dec nº 5.591, de 22.11.2005.

lecia, até porque durante os trabalhos preparatórios se defendeu a admissibilidade da clonagem terapêutica⁷. A posição proibitiva que tomou assenta na realidade de a clonagem ser afinal una. A distinção entre clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica tem como critério um elemento extrínseco, a destinação do clone, mas não quebra a unidade do processo.

5. A LEI E A PMA

A PMA (sigla representativa de Procriação Medicamente Assistida) foi disciplinada pela referida Lei nº 11.105/2005, sobre biossegurança.

Esta lei prevê parcelarmente várias matérias. Pessoalmente, lamentamos que os fenômenos humanos tenham sido confundidos e regulados simultaneamente com aspectos gerais da biotecnologia, o que representa sempre uma degradação da pessoa: não aceitamos que o corpo humano seja assimilado ao bife.

Não tentaremos sintetizar a lei, mas simplesmente fazer a ponte para o que pesquisamos. O art. 5º refere-se à utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Veremos depois o que respeita às células-tronco. Para já, resulta deste preceito a legalização da *procriação medicamente assistida*. Mas com que limites?⁸

A grande questão está em saber se é permitida a *procriação heteróloga*, ou tão-só a procriação homóloga. Ou seja, se a procriação medicamente assistida apenas é admitida em relação a casal (estável) ou se também o é com recurso a gâmetas de pes-

⁷ Isso manifesta-se ainda claramente no relatório final apresentado ao Congresso por Ney Suassuna.

⁸ Sobre toda esta matéria cfr. Heloisa Helena Barboza, *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*, in: *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito* (coord. Eduardo de Oliveira Leite), Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153; Jussara Maria Leal de Meirelles, *Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional*, in: *Novos temas de biodireito e bioética* (coord. Heloisa Helena Barboza et alii), Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

soa estranha ao casal. Assim, sendo o marido estéril, por exemplo, poderia recorrer-se a espermatozóides de terceiro.

O Código Civil de 2002 já refere esta matéria. O art. 1.597 presume concebidos na constância do matrimônio os filhos concebidos por “fecundação artificial homóloga”, mesmo que falecido o marido (inc. III); o inc. IV, falando agora em “concepção artificial homóloga”, estende esta presunção aos resultantes de embriões excedentários, havidos “a qualquer tempo”; e o inc. V, aos nascidos de “inseminação artificial heteróloga”, desde que tenha havido prévia autorização do marido.

O preceito prevê assim três realidades:

- a fecundação assistida homóloga, mesmo que esta seja realizada só após o falecimento do marido;
- a produção de embriões excedentários e a implantação destes a qualquer tempo;
- a procriação assistida heteróloga.

Observamos, porém, que as ilações que daqui se podem retirar são limitadas. O Código Civil não pretende disciplinar a procriação assistida em si. Como concluímos no nosso citado estudo⁹, o Direito, quando regula as incidências da procriação assistida sobre as relações familiares, *toma os processos relativos à procriação como meros fatos*, porque tanto tem de regular as suas consequências se forem lícitos como se forem ilícitos. Dificilmente se extrairia, pois, daqui uma aprovação pelo Direito dos fenômenos referidos, particularmente da “inseminação artificial heteróloga”.

A procriação heteróloga suscita inúmeros problemas. Desde logo, o desconforto que provoca a intromissão de terceiro num domínio nuclear da vida do casal. Mais profundamente, o abandono da via natural da procriação. Ainda, a questão do *anonimato ou não do dador*. Por outro lado, há uma pressão muito grande no sentido da sua admissão e poderosos interesses econômicos sustentam a apologia constante desse método.

⁹ Problemas jurídicos da procriação assistida cit., sob a epígrafe “A procriação assistida como fato e os seus efeitos”.

Os problemas jurídicos atingem uma complexidade maior. Quem são os pais? No caso da mãe, corrigimos amistosamente Guilherme Freire Falcão de Oliveira, que intitulou um seu livro: *Mãe há só duas!*¹⁰. Dizemos que *mãe há só três*: a “mãe biológica”, de quem provém o gameta; a “mãe de substituição”, que dá à luz; e a “mãe social”, a quem a criança que se programa se destina.

Diríamos que a lei brasileira não aborda esta questão.

Mais ainda: pela leitura do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, concluiríamos que a procriação heteróloga está excluída.

O § 1º, prevendo a utilização de embriões congelados para fins de pesquisa e terapia, dispõe: “Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”. A lei prevê *genitores*. Uso o plural, pelo que não pode ser lida como referente a uma pessoa só. Portanto, pressupõe que o embrião resulte de casal a que se destina.

Temos como princípio fundamental neste domínio que *o mero dador de gametas não é juridicamente progenitor*. Atua fora de processos naturais e de qualquer projeto de paternidade. Tudo se esgota com o mero fornecimento de material de reprodução que realiza. É esta a razão por que se reconhece que não poderá vir amanhã reivindicar a paternidade ou a sucessão do novo nato.

A lei, falando no consentimento dos genitores, não pode incluir nestes os dadores de gametas, porque seria absurdo que se exigisse o consentimento do dador de gametas para a eventual dação posterior do embrião. Este, que está fora do projeto de paternidade, é completamente excluído de qualquer decisão futura sobre o embrião.

Isso não impede que o novo ser tenha o direito de conhecer aquele de quem biologicamente deriva. A questão do *anonymato do dador* foi discutida, prevalecendo atualmente a orientação que defende o direito do novo ser a esse conhecimento. Este direito não se limitaria às hipóteses em que há a necessidade médica de determinação de antecedentes genéticos, pois existe in-

¹⁰ *Mãe há só duas*; o contrato de gestação, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

dependentemente de “justa causa”¹¹.

Observe-se que a procriação heteróloga pode levar a que não haja nenhum progenitor. Pode o processo ter por destino um casal, ou pessoa só, mas em que o ovócito provenha de mulher estranha e o espermatozóide de outro homem. Isso é incompatível com a previsão legal dos “genitores”. Onde: mãe há só três – mas no fim das contas pode não haver nenhuma.

6. A MULHER SÓ, O PAR HOMOSSEXUAL E O CASAL INFÉRTIL

Esta base legal, logicamente, levaria a concluir que a lei brasileira só admite a procriação assistida homóloga.

Mas é claro que os interesses ligados à procriação heteróloga não silenciarão perante interpretações lógicas.

Isto abriria uma nova ordem de problemas a admitir-se.

Não haverá um *direito da mulher sozinha a ter filhos?*

Ou do *par homossexual?*

A propensão para a paternidade em geral, e para a maternidade em especial, é um impulso positivo, que deve ser objeto de compreensão. Mas isso não pode levar a superar o princípio de que o interesse do novo ser é preponderante.

O interesse do novo ser está na integração numa família normal, que é biparental. Isso não acontece no caso em que esse novo ser surja no ambiente desviante do par homossexual, nem no ambiente carente da pessoa sozinha¹².

¹¹ Foi esta a posição unânime do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em Portugal, no Parecer sobre PMA. Mas, como isso prejudica o negócio, a posição foi invertida pela Assembleia da República, ao aprovar a atual Lei nº 32/2006, de 26 de julho, sobre procriação medicamente assistida (e, aliás, também sobre vários outros aspectos): cfr. o art. 15, que contém uma obscura teia de exceções ao anonimato.

¹² Psicologicamente, é muito diferente da situação do filho órfão de um genitor, que vive na memória e respeito dele. Está privado da presença por uma contingência, enquanto que nas hipóteses acima enunciadas fica originariamente colocado em posição pessoal e socialmente diminuída.

A questão pode ser ampliada à própria situação do casal infértil, quando a infertilidade não puder ser superada por técnicas de procriação medicamente assistida aplicadas ao casal. A ânsia de reprodução não poderá ser satisfeita neste caso, quando desejada por um casal normalmente constituído?¹³

Com todo o respeito por este anseio, que enaltece como em si positivo, observamos que a anomalia não se elimina criando outra anomalia, que é a resultante da procriação heteróloga. Eticamente não pode deixar de se acentuar o muito maior valor que tem a *adoção*. Havendo tanta criança abandonada a reclamar acolhimento, a adoção é o meio privilegiado, pois cria através de laços de dedicação os vínculos de paternidade que naturalmente não foi possível constituir.

A Lei portuguesa nº 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, limita o recurso dessas técnicas a pessoas casadas ou a casais em união de fato (art. 6). Mas admite a procriação heteróloga (art. 10/1), embora esclareça que o dador não pode ser havido como progenitor da criança que nascer (art. 10/2). Nesse caso, não há procriação medicamente assistida em sentido próprio, porque nada se cura: o fim deixou de ser tratar uma deficiência do aparelho reprodutor.

7. A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES PARA FINS DE PESQUISA E TERAPÊUTICOS

O embrião contém na sua fase inicial células-tronco totipotentes, que são as que se podem diferenciar para qualquer tipo de células. Têm uma grande valia potencial (e nalguns campos já atual) para fins terapêuticos e suscitam vivo interesse por parte dos cientistas¹⁴.

¹³ Fizemos observações críticas sobre um pretensão direito absoluto de procriar em Problemas jurídicos da procriação assistida cit., sob a epígrafe "O direito de procriar"

¹⁴ Cfr. sobre esta matéria Walter Osswald, Alguns aspectos éticos da investigação com células tronculares (ou estaminais), in: *Ciência e ética: da célula ao embrião*: actas do 8º Seminário do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa: CNECV, 2005, p. 31.

Os embriões são muito cobiçados, enquanto as suas células estão indiferenciadas e podem, portanto, ter utilização universal. Mas como as obter? A forma mais à mão consiste em liquidar os embriões, aproveitando as células. As convenções internacionais proíbem, porém, a criação de embriões para serem objeto de destruição.

Há, todavia, células-tronco fora dos embriões¹⁵. Recorre-se por isso a outras fontes, quais sejam as do cordão umbilical, as resultantes de abortos (espontâneos ou provocados) e as contidas em tumores. Além disso, conforme a função que estiver em causa, é possível o recurso às células multipotentes e unipotentes que se encontram disseminadas por todo o corpo. Muito importantes são já as da medula para o tratamento da leucemia.

Os olhares continuam, porém, a voltar-se sobretudo para o que se chama de *embriões excedentes* ou *excedentários*.

O art. 5º da Lei nº 11.105 permite a utilização de embriões obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados "no respectivo procedimento". Aqui há, portanto, uma tomada de posição quanto à admissibilidade deste recurso.

Sujeita-o a condições:

- serem embriões inviáveis ou;
- estarem congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei ou;
- já estarem congelados à data da publicação da lei, quando passarem três anos, contados a partir da data de congelamento, sem serem utilizados.

Há, meio oculta, outra lacuna da lei, possivelmente intencional: não se diz se os embriões que forem congelados *após a publicação da lei* podem também vir a ser utilizados quando passarem três anos após o congelamento. Não há que raciocinar por identidade de razão, porque a regra que permitisse a liquidação de vida humana em formação seria tecnicamente uma regra excep-

¹⁵ Fala-se em células-tronco *pluripotentes*, como células do embrião que podem originar um organismo completo, mas não os seus anexos embrionários; *multipotentes*, que podem dar origem a vários tecidos; e *unipotentes*, que só podem originar um tecido. Mas a terminologia não é uniforme.

cional, que não pode ser estendida por analogia. A conclusão a tirar é a de que a lei permite o aniquilamento de embriões excedentários do passado, mas não dos que no futuro caírem nessa condição.

Em todo o caso, há o receio de que tudo se reduza a uma conciliação calculista de posições para fazer passar a lei e que, daqui a três anos, surjam propostas de aplicação do mesmo regime aos embriões excedentários entretanto formados, invocando razões de isonomia.

Tomam-se ainda outras cautelas. O § 1º reclama o consentimento dos genitores, de que já falamos. A regra é de aplaudir, como é de aplaudir que não se fale de *doação* pelos genitores: doam-se coisas, e o embrião não é coisa, porque ou é pessoa ou é da ordem das pessoas. Por outro lado, os pais nunca poderiam doar em *representação* do embrião, porque a representação se faz no interesse do representado, por princípio jurídico geral, e não há maneira de considerar que é do interesse do embrião ser aniquilado. *Dação* em vez de *doação* já é melhor, porque é neutro. Mas é melhor ainda a posição adotada pelo art. 5º, § 1º, pois requer apenas um consentimento dos genitores. E este deve realmente ser sempre necessário, dada a particular ligação dos genitores ao embrião.

Pelo § 2º requer-se ainda a aprovação pelos respectivos comitês de ética dos projetos das instituições de pesquisa e terapia que utilizem células-tronco embrionárias – o que se afigura valer muito pouco.

A razão que eticamente pode sustentar que os embriões inviáveis ou os que estão congelados há mais de três anos possam ser utilizados na pesquisa é uma razão de moral utilitária. Esses embriões não poderiam de qualquer modo ser implantados em condições medicamente indicadas e pereceriam de toda a sorte. Mais vale então que sejam aproveitados para pesquisa ou terapia, tornando-se assim úteis¹⁶.

Mas a esta razão pragmática pode opor-se uma razão prag-

¹⁶ Pode invocar-se mesmo o princípio do mal menor, que é um princípio ético. Mas utilitarismo e decisão pelo mal menor não se confundem.

mática de sentido oposto: se se admite que os embriões excedentários sejam aproveitados para pesquisa e terapia, então pode-se apostar que aparecerão sempre mais embriões excedentários, ao invés da desejável supressão destes. A tentação é demasiado forte. Quando o que há a fazer é fechar as portas a métodos fáceis para estimular a ciência a caminhar de maneira a prescindir dos embriões excedentários, aperfeiçoando métodos de obter células-tronco por outras vias.

Neste sentido, o que se poderia fazer?

Antes de mais, há que tomar como fator estratégico que a ciência é genericamente fomentada por fundos públicos, o que permite impulsionar a ciência a dirigir-se para formas que não provoquem problemas éticos. Esses fundos deveriam canalizar-se para o desenvolvimento de outros métodos, que excluíssem o recurso a células embrionárias¹⁷.

Mas, mesmo no que respeita às células embrionárias, foi anunciado recentemente um novo processo que evitaria a destruição do embrião: nos estádios iniciais¹⁸, poder-se-ia retirar do embrião uma ou duas células. Isso não destruiria o embrião, porque o blastocisto tem capacidade de reconstituição, voltando à sua composição inicial.

Não é na realidade um método novo, antes, há muito que era conhecido: o diagnóstico genético pré-implantatário baseia-se justamente na retirada de uma ou mais células do embrião para permitir o conhecimento de anomalias ou outras características¹⁹.

¹⁷ Como seja o recurso a células progenitoras, que existem nos vários tecidos e recompõem as células desses tecidos

¹⁸ Portanto, quando não houve ainda a nidação, consistente em o conglomerado de células indiferenciadas aderir às paredes do útero

¹⁹ Não entramos na análise ética deste procedimento, que é igualmente contestável: implica que os embriões rejeitados passam à categoria de excedentários. Em defesa do processo pode arguir-se que esta rejeição é um mal menor que a prática de aborto em fase posterior. Por outro lado, do ponto de vista técnico, o método padece de grandes limitações, pois poucas são as anomalias que podem ser detectadas; que as células recolhidas podem não ser indicativas; e que mesmo anomalias reveladas poderiam não conduzir afinal à doença que se receia, pela própria evolução natural do embrião.

Teoricamente poderia servir como fonte de células embrionárias, mas cria também um risco para a futura implantação, em qualquer caso, pois haverá sempre o receio que a ablação das células venha a provocar danos ao desenvolvimento do embrião: não está provado que os provoque, mas também não está provado o contrário. Não seria de supor que os interessados na procriação assistida, homóloga ou heteróloga, aceitassem para o efeito embriões de que tivessem sido retiradas células indiferenciadas²⁰. Dificilmente poderá assentar nisso um método efetivo de proporcionar as células totipotentes que se desejam.

A única solução verdadeira²¹ consiste em evitar embriões excedentários. Assim se passa noutros países, na Alemanha, por exemplo, e parcialmente também em Portugal.

Uma técnica utilizável neste sentido consiste em levar o processo até à beira da singamia, mas parar então a criopreservação asseguraria a disponibilidade dos embriões para serem implantados no momento oportuno. Se essa oportunidade não chegasse, poder-se-ia sempre evitar a singamia. Com isso não haveria nunca destruição de vida humana nascente.

Se o método é praticável com iguais condições de êxito, ou até se o for com uma pequena diminuição de resultados, esse método torna-se eticamente obrigatório, porque evita a realidade sempre problemática da destruição do embrião²².

Restará sempre, como se disse, um certo número de embriões excedentários com que teremos de contar por causas variadas. O destino indicado para esses embriões é a implantação. Se

²⁰ Neste risco tem-se, porém, de incorrer sempre que se pratica o diagnóstico genético pré-implantatório.

²¹ Mas não exaustiva ou completa, porque por outras causas pode sempre haver embriões excedentários; por exemplo, porque faleceu a mulher a quem se destinavam.

²² Podem erguer-se objeções éticas ao próprio processo, como manipulação da vida. Mas a ética funciona também em termos de ponderação de mal menor, e a criopreservação nesse estágio preliminar (a que alguns chamam de pré-embrião) levanta menos objeções. São seguramente objeções menos graves que tudo o que possa levar ao aniquilamento do embrião.

não puder operar a procriação homóloga, põe-se a hipótese da procriação heteróloga – que é aqui um mal menor, confrontado com o da destruição do embrião²³.

8. A GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

Ganhou grande ressonância pública a possibilidade de uma mulher levar a cabo a gestação para outrem. Fala-se em maternidade de substituição ou em mãe portadora. Popularizou-se, na sequência de novela, a designação de “barriga de aluguer”. Preferimos falar em gestação para outrem, com base em contrato de gestação.

O método é tipicamente usado em casos em que uma mulher não consegue levar a bom termo a gestação, mesmo que consiga a fertilização. Recorre, então, a outra mulher para que o faça para ela. Pressupõe-se que essa outra mulher não concorre com gametas próprios. O embrião lhe é implantado no útero para se desenvolver o processo natural até o nascimento.

Pode haver variantes quanto à origem dos gametas. Se o ovócito usado no embrião é de terceira mulher, temos a situação atrás referida de “mãe há só três”.

A supor que a gestação é levada a cabo, quem é então a mãe, afinal?

Pode-se excluir imediatamente que seja a pessoa a quem o novo ser se destina: a “mãe social” ou a “mãe de destino”. Não há nenhum indício na lei que permita afirmá-lo. Há um contrato, mas a atribuição de maternidade é feita por lei e não por contrato.

O entendimento generalizado é o de que a mãe é a gestante. Por isso se fala em “mãe portadora”. Este entendimento baseia-se normalmente na circunstância de a lei associar a maternidade à circunstância de a mulher dar à luz.

Pronunciamo-nos sobre esta matéria em sentido oposto, no domínio do Código de 1916²⁴, e não vemos motivo para alterar a posição perante o Código novo. A lei considera a hipótese normal,

²³ Seja a implantação em mulher de onde não provém o gameta feminino, seja o recurso a embrião fecundado com espermatozóide de homem estranho ao casal.

²⁴ Cfr. o nosso Problemas jurídicos da procriação assistida cit., sob a epígrafe “Fundamentos atuais da paternidade”.

aliás, a única admissível ao tempo quer do Código anterior quer da elaboração do Código atual. Mas a chave das relações familiares continua a encontrar-se nos vínculos de sangue: a lei baseia-se na derivação biológica para constituir a relação de parentesco. Por isso, os impedimentos matrimoniais fundam-se na relação biológica e não na gestação.

A este vínculo de paternidade fazem, como dissemos, exceção, mesmo no silêncio da lei, os casos de mera dação de gâmetas, porque quem assim fizer entrega um produto separado do corpo, sem participar de nenhum projeto de paternidade.

A mãe é, portanto, aquela de quem provém o ovócito, desde que esteja empenhada num projeto de paternidade. Assim, a irmã de mulher estéril que cede um ovócito para ser fecundado por espermatozóide do cunhado é juridicamente a mãe²⁵.

Isto não significa que neguemos importância ao fato da gestação. Nomeadamente, deveria a nosso ver consistir também em impedimento matrimonial, mas a lei não o prevê.

A importância não é apenas esta. A gestação provoca por natureza uma relação entre a gestante e o ser que cresce dentro dela, levando a laços de afeição profundos. Por isso, é frequente, nascida a criança, que a gestante se negue a entregá-la à mãe de destino. Isto demonstra, aliás, a artificialidade do processo, que rompe com a realidade natural da procriação.

Mas, juridicamente, como deve a situação ser resolvida?

Há um contrato na base: o contrato de gestação.

Este contrato pode ser oneroso ou gratuito. Duvidamos desde logo em geral da validade do contrato oneroso, pois não cremos que um processo tão importante como a gestação possa ser venalizado. Basta para tanto a contrariedade à cláusula geral dos bons costumes.

Mas, mesmo sendo gratuito, o contrato deve ou não ser con-

²⁵ O art. 1.597, inc. V do CC, que presume nascidos na constância do matrimônio os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, com autorização do marido, não só não é, logo no seu texto, aplicável a esta situação, como estabelece uma mera presunção de nascimento e não um critério de atribuição de paternidade ou maternidade.

siderado válido?

O contrato atinge gravemente bens indisponíveis, pelo que o temos por nulo. Assim o estabelece o art. 8º/1 da Lei portuguesa nº 32/2006 sobre PMA – seja oneroso ou gratuito.

Por isso, a mulher que leva a termo a gestação pode, no final, recusar-se a cumprir o contrato.

Mas subsiste a questão: quem é a mãe? Por que será o nexo de maternidade e não o vínculo negocial o decisivo?

A Lei portuguesa referida determina que a gestante é havida para todos os efeitos como a mãe (art. 8º/3). Compreende-se a intenção do legislador: para dissuadir a prática destes negócios, impõe que produzam o efeito diametralmente oposto ao desejado por quem os celebra.

Mas, se o objetivo é compreensível, o meio é incongruente, porque não se joga com a maternidade a título de sanção. Esta atribuição de maternidade só se justifica para conseguir objetivos utilitários. Mas o critério de atribuição da maternidade deve estar acima de quaisquer outras preocupações do legislador.

E que dizer perante a lei brasileira, em que não há semelhante regra?

Temos de distinguir consoante o ovócito é da encomendante da gravidez ou de terceira mulher.

Se é da encomendante, é ela a mãe. Pode, assim, reivindicar com esse fundamento a entrega da criança.

Se o ovócito é de terceira mulher, esta pode participar de um projeto de maternidade ou não.

Se participa, a criança é dela, porque é juridicamente a mãe.

Se não participa, há mera dação de gâmetas e não é mãe. Estaremos, então, na hipótese já referida de *nenhuma das três "mães" ser, afinal, mãe*. Nenhuma pode como tal reivindicar a entrega.

O destino da criança resolver-se-á por acordo, ou por modo de destinação geral, mas já não por força de regras sobre maternidade²⁶.

²⁶ Recorde-se ainda que, nos termos do art. 1.606 do CC, a ação de prova da filiação compete ao filho.

9. APRECIAÇÃO ÉTICA DA PROTEÇÃO DO EMBRIÃO

Por que toda esta resistência à destruição do embrião?

Está necessariamente em causa uma visão ontológica da realidade do embrião.

O embrião não é uma coisa.

O embrião é vida.

O embrião é vida humana.

O embrião é vida humana nascente. O seu desenvolvimento natural conduzirá a uma pessoa como nós próprios.

O embrião é vida humana diferenciada. Nomeadamente, é uma vida diferenciada da vida da mãe, no caso do embrião *in utero*.

No debate sobre o aborto ouve-se muito o *slogan*: do meu corpo faço o que quero. Não tem, porém, nenhuma correspondência na realidade. A identidade do corpo humano pressupõe a unidade do genoma. O genoma do embrião é diferente do genoma da mãe, logo não é parte do corpo da mãe²⁷.

Isto impõe que se entre na caracterização da essência do genoma, nomeadamente na questão: o embrião é uma pessoa?

A resposta não pode ser dada pela Biologia. A Biologia levanta até a concluir que é vida humana diferenciada da vida da mãe. Mas não resolve a questão de saber se o novo ente recebe ou não a qualificação de pessoa.

Também não é resolvida pelo Direito. Pode, é certo, discutir-se se o embrião tem ou não personalidade jurídica. Falo à vontade, porque entendo que a tem efetivamente²⁸. Mas isso não

²⁷ Mais profundamente ainda, a pretensão de se *ser dona do corpo* exprime uma visão completamente equivocada da relação pessoa/corpo, que leva a ver este como uma coisa, sujeita à propriedade. Cfr. sobre este ponto Judith Martins-Costa, Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito, in: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 3, p. 66, jul/set 2000, citando Aida Kemelmajer de Carlucci; bem como as várias incidências que Cristiane Avancini Alves relata em Considerações acerca da qualificação jurídica do embrião humano no direito privado, in: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 7, v. 25, p. 253, jan./mar. 2006

²⁸ Cfr. o nosso Embrião e personalidade jurídica, in: *Vida e direito: reflexões sobre um referendo* (obra coletiva), Cascais: Principia, 1998, p. 85

resolve nada num ponto de vista essencial, porque personalidade jurídica até uma sociedade comercial tem. A questão aqui não é formal, de qualificação jurídica, mas de valoração da realidade substancial subjacente.

Porém, o Direito brasileiro é mais categórico. O art. 2º do Código Civil, após estabelecer o princípio que a personalidade começa com o nascimento, dispõe: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se tem direitos, tem personalidade jurídica. E esses direitos são os direitos ligados essencialmente à pessoa. Não são direitos patrimoniais, como os resultantes de sucessão aberta, porque esses só se adquirem com o nascimento com vida.

Este debate deve abranger todas as modalidades de embrião, e, portanto, também o embrião produzido *in vitro*. Também este é uma realidade caracterizada como vida humana diferenciada, cujo desenvolvimento natural levaria ao nascimento de uma pessoa humana.

Pode-se perguntar se a destruição do embrião é enquadrável na figura do aborto. Observa-se que o embrião *in vitro* não tem nidação, mas a verdade é que o aborto abrange também a destruição do embrião no útero antes da nidação. Em todo o caso, dado o caráter restritivo das previsões penais, é dificilmente admissível que caia no tipo de crime de aborto. Mas não é essa diferença de regime jurídico que impede que eticamente a situação seja análoga.

A questão não é biológica nem jurídica, mas filosófica. Há que subir à caracterização da pessoa humana, como *ens distinctum subsistens*. É tema de larga indagação e não podemos sequer ensaiar resolvê-lo aqui. Basear-se-á na consideração do embrião como ser com fins próprios, diferentes daqueles dos seres que estão na sua origem.

Mas não precisamos sequer ir tão longe. Basta que consideremos o que está já adquirido – o embrião é vida, humana, nascente, diferenciada, não é parte do corpo da mãe. A ética manda proteger a vida humana, no que a segue o Direito. O princípio exige que respeitemos a vida desde as suas primeiras manifestações. A

primeira, mas categórica manifestação, dá-se com a singamia. A partir daí, tudo o que represente instrumentalizar o embrião, colocá-lo ao serviço de fins alheios, desrespeita a vida humana nascente e torna-se eticamente reprovável.

A esta luz, o Direito repercute a posição bioética. A Constituição Federal coloca como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). No art. 5º, proêmio, proclama a inviolabilidade do direito à vida. A dignidade da pessoa impõe a proteção desta desde a sua constituição e o direito à vida estende-se à vida humana nascente, que é vida diferenciada.

As diversidades de regime jurídico, nomeadamente em matéria de aborto e agora na utilização de embriões *in vitro* para pesquisa e terapia, não alteram o princípio-base, apenas o adaptam. No que respeita ao aborto, o princípio é o da proibição: os casos em que é admitido são exceções. Quem é protegido com essa proibição? É a mãe? Não, o sujeito beneficiário da proteção é o próprio embrião, como pessoa. Mas o embrião é protegido até contra a própria mãe. Há adaptações e exceções correspondentes aos sucessivos estádios da vida, mas que não se fundam numa distinção de natureza.

“QUOD NATURA ANIMALIA OMINIA DOCUIT¹

– O que a natureza dotou a todos os animais –”

LUIZ DE LIMA STEFANINI
Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Sumário: 1. Generalidades. 2. Delineamentos da moral e sua evolução. 3. A ética na natureza. 4. O *homo eticus*. 5. O *ius naturale* e o direito natural. 6. O naturalismo humano tridimensional. 6.1. Os direitos em uma dimensão social. 6.2. Direitos de dimensão biosférica. 7. Conclusões.

1. GENERALIDADES.

Quando *Domitius Ulpianus*, jurisconsulto sob o Poder de *Septimius Severus* nos idos do século 228 d.C., conceituou o *ius naturale* (direito natural) como aquele em que a natureza dotou a todos os animais – que vivem na terra (*quae in terra*), que vivem no mar (*quae in mari nascuntur*), que vivem no ar (*avium quoque commune est*), conforme lê-se no livro do Digesto² –, o fez sob uma *ratio* ontológica; isto é, externou o reconhecimento de que o direito natural estigmatiza um atributo inerente a todos os animais. Envolveu, outrossim, as idéias de direito e natureza em uma fórmula unigênita, indutiva e pragmática e – é certo –, ao longo do tempo, a ciência jurídica conviveu indulgentemente com seus termos.

Esta lição romana, todavia, plastificada no devir da cultura jurisprudencial³ e na *auctoritas* de sua sentença, ainda hoje, não deixa de seduzir pela sua curiosidade, incitando à indagação de se saber até que ponto o direito natural (humano) tem fonte na sua condição animal.

¹ Institutiones J. I, 2 pr

² A mesma sentença das Institutas de Justiniano apontada na nota anterior (nota 1) é também encontrada no D. I 1.1.

³ O termo *jurisprudencial* do texto refere-se ao sentido próprio: jurisprudência como ciência do direito.