

- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. Atual. por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: A anterioridade tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 64.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1996.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CRUZ, Sidney Souza. Matéria tributária e medida provisória. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 54.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Sistema tributário na Constituição de 1988. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 47.
- DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Carthago & Forte, 1992.
- RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VILLEGAS, Hector B. Princípio da seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo. *Cadernos de Direito Tributário*. São Paulo, n. 66.

O EMBRIÃO HUMANO E O DIREITO

Daniela Rezende de Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. A pessoa e a personalidade jurídica ao longo da história. 3. Teorias sobre a personalidade jurídica do nascituro. 3.1 Teoria concepcionista. 3.2 Teoria desenvolvimentista. 3.3 Teoria Natalista. 4. A personalidade jurídica do nascituro no Direito Civil brasileiro. 5. Direito subjetivo e expectativa de direito. 6. O nascituro e o direito à vida. 7. O estatuto do embrião. 8. conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Pessoa é todo ente ao qual se atribuem direitos e deveres jurídicos. Sendo assim, concluímos que toda pessoa possui personalidade, já que a esta “exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.”¹ Embora seja o conceito de personalidade jurídica algo quase absoluto, dúvidas existem acerca deste tema em toda a doutrina, pois muito se indaga a respeito do momento em que o indivíduo a adquire: se a partir do o nascimento (como quer a Teoria Natalista) ou desde a concepção (como quer a Teoria Concepcionista).

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 141.

A doutrina não é unânime no que tange determinar o exato instante em que se reconhece a personalidade jurídica ao ser humano. Nem mesmo nosso legislador se decidiu sobre tal questão, pois, a nosso ver, o art. 4º do Código Civil brasileiro se controverte com outros dispositivos do mesmo código: arts. 353 – dispõe sobre a legitimação do filho apenas concebido –, 462 – dispõe sobre a curatela do nascituro –, e o 1.718 – permite que o indivíduo já concebido, mas não nascido, tenha capacidade para adquirir por testamento.

O art. 4º do Código Civil brasileiro diz: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Podemos concluir, assim, que este dispositivo compartilha da Teoria Natalista, que dita que o início da personalidade jurídica dá-se no instante do nascimento, com vida, da pessoa. No entanto, o estágio atual das pesquisas das Ciências Médicas (através da biotecnologia) coloca o embrião (como é tratado, na Medicina, o nosso nascituro) em uma situação desvantajosa, pois no final deste século vemos que ele é tratado mais como objeto do que sujeito de direitos em potencial.

Daí, percebemos a necessidade de revisar-se a posição de nosso Direito atual em relação ao nascituro, cujo direito à vida tem sido cada vez mais ameaçado.

Acreditamos que uma mudança na atual legislação civil do País possa ser o caminho que nos leve rumo à criação de um mecanismo eficaz de proteção à vida do ser humano em formação, possibilitando que o embrião humano não seja alvo de pesquisas biotecnológicas condenáveis pela moral social, muitas vezes desenvolvidas mais devido a interesses econômicos do que científicos.

2 A PESSOA E A PERSONALIDADE JURÍDICA AO LONGO DA HISTÓRIA

Sendo pessoa todo aquele que é sujeito de direitos e obrigações jurídicas, diz-se que toda pessoa possui personalidade jurídica, visto que esta é a aptidão para ter direitos e contrair obrigações.

Atribuir-se, ou não, personalidade jurídica a alguém é algo que diz respeito muito mais à política legislativa do que a critérios científico-jurídicos.

No decorrer da história, o ser humano é considerado homem (na Grécia Antiga), pessoa (em Roma) e cidadão ou indivíduo livre (na França, quando no período pós-revolucionário). Os estóicos diziam ser pessoa o homem que possuía liberdade física e psíquica. Para os romanos, pessoa era aquele ser que detinha a *axion*, ou seja, tinha o poder ir vir a um tribunal e defender os seus direitos.

Santo Agostinho considerou em sua doutrina que homem é aquele ser dotado de livre-arbítrio, o que faz com que este seja considerado pessoa. Kant divide a razão humana em razão prática (vontade) e razão teórica (intelecto). O homem, como ser livre e moral, é capaz de propor fins em si mesmo; e colocar fins em si mesmo é ser dono de seus direitos.

Em sentido popular, utiliza-se o termo pessoa como sinônimo de ser humano. Entretanto, juridicamente, pessoa é o ser titular de direitos e deveres, ou seja, é ente que possui personalidade jurídica.

A personalidade jurídica nem sempre foi um atributo dado a todo homem. No Direito Romano, para que um homem fosse considerado pessoa exigia-se que fosse livre, cidadão (nacional) e chefe de família. Na Idade Média, os condenados perdiam sua personalidade civil (“morte civil”). Até a Idade Moderna, na maioria dos países onde existia o instituto da escravidão, os escravos também eram desprovidos de personalidade e figuravam como objetos nas relações jurídicas de que participavam.

No Brasil-Colônia, a personalidade jurídica era dada a todo ser humano, inclusive aos escravos (embora o regime jurídico não o igualasse ao homem livre). Hoje, o Direito Civil brasileiro atribui a personalidade jurídica a todo indivíduo que pertença à raça humana, e assim é na maioria das legislações dos países ocidentais.

As legislações, no entanto, divergem ao determinar o exato momento em que se dá o início da personalidade civil do homem: com a concepção ou com o nascimento com vida. Para a Teoria Concepcionista, a personalidade jurídica do homem começa desde a concepção, e seguem-na os Códigos

Civis da Argentina (art. 70), do México (art. 22) e da Venezuela (art. 17), dentre outros. Já a Teoria Natalista considera que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, seguindo-a os Códigos Civis do Brasil (art. 4º), da Alemanha (art. 1º) e da Suíça (art. 31). Assim, vemos que o problema da personalidade jurídica do nascituro é puramente uma questão de política legislativa, havendo códigos que a reconhecem e outros que a negam.

3 TEORIAS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Há três teorias que dizem respeito ao nascituro e à atribuição acerca de sua personalidade jurídica: Teoria Conceptionista (atribui personalidade jurídica ao homem desde a sua concepção), Teoria Natalista (atribui personalidade jurídica ao homem quando do seu nascimento com vida) e Teoria Desenvolvimentista.

3.1 Teoria Conceptionista

A Teoria Conceptionista atribui personalidade jurídica ao homem desde a sua concepção, ou seja, o nascituro é igual a qualquer outro homem já nascido. Ao atribuir personalidade jurídica ao nascituro, a Teoria Conceptionista considera que ele tem existência distinta de sua mãe, sendo independente dela.

Para os conceptionistas, o nascituro não é uma pessoa em potencial, e sim uma pessoa, como qualquer um de nós. O nascituro, ao nascer, não se transforma em pessoa, pois ele já o é desde sua concepção.

Segundo o Prof. Eduardo de Oliveira Leite,² os adeptos de tal teoria desconsideram os mecanismos artificiais de fecundação por acreditar que

2 LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 78, p. 25.

ferem a dignidade do embrião, posto que em tais práticas o embrião é reduzido a mero objeto científico.

3.2 Teoria Desenvolvimentista

A Teoria Desenvolvimentista atribui personalidade jurídica ao homem a partir de seu nascimento com vida. Para essa teoria, o nascituro não é pessoa, mas um aglomerado de células detentoras de um patrimônio genético específico. Assim, é o nascituro um ser indistinto de sua mãe e dependente desta.

Não sendo pessoa, o nascituro não é sujeito de direitos e obrigações; possui apenas expectativa de direitos. Os desenvolvimentistas acabam quase que "coisificando" o nascituro.

3.3 Teoria Natalista

A Teoria Natalista, embora não atribua personalidade jurídica ao nascituro, também não o reduz a um aglomerado de células. Considera-o uma pessoa em potencial. Seus adeptos acreditam que o nascituro, apesar de não ter existência distinta da de sua mãe, é dotado de uma certa autonomia.

Por não ser o nascituro nem pessoa e nem objeto, é que a Teoria Natalista procura colocá-lo numa posição intermediária entre as Teorias Conceptionista e Desenvolvimentista, considerando-o simplesmente embrião. Como embrião humano, acreditam os natalistas que o nascituro deve ter um estatuto próprio e específico, com normas a respeito de seus direitos.

4 A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Juridicamente, pessoa é todo ente capaz de adquirir direitos e deveres jurídicos. Portanto, toda pessoa possui personalidade e capacidade jurídica, visto que ambas são atributos da pessoa (física ou jurídica).

Personalidade jurídica é a aptidão para se ter direitos; capacidade jurídica é a aptidão para se exercer direitos. A capacidade jurídica pode ser tanto de fato quanto de direito: capacidade de fato (ou capacidade de exercício) é a qualidade que tem uma pessoa para praticar pessoalmente e de maneira autônoma atos da vida civil; capacidade de direito é a qualidade que tem a pessoa de adquirir direitos e contrair obrigações jurídicas, não podendo, no entanto, praticar por si só os atos da vida civil. Assim, para se ter personalidade jurídica a pessoa terá capacidade jurídica – seja de fato ou de direito –, posto que a total ausência de capacidade acarretará uma total frustração de personalidade jurídica.

A personalidade jurídica pode ser adquirida no momento da concepção (como quer a Teoria Conceptionista) ou no momento do nascimento (como quer a Teoria Natalista), e é a política legislativa adotada por parte de cada ordenamento que irá optar por uma ou outra teoria.

No art. 4º do Código Civil brasileiro, o legislador adota, em relação à personalidade jurídica do nascituro, a Teoria Natalista, ao determinar que a personalidade civil do homem começa com seu nascimento, com vida. Entretanto, ao atribuir-se (ao menos aparentemente) direitos ao nascituro, em outros dispositivos do mesmo Código, criou-se uma divergência dentro de nosso ordenamento jurídico:

O art. 4º diz que a personalidade civil do homem inicia-se com o nascimento com vida; o art. 353 dá ao nascituro o direito de ser legitimado; o art. 462 permite que se discuta sobre a curatela do nascituro; e o art. 1.718 permite que o nascituro seja capaz de adquirir por testamento. Isso nos leva a concluir que nos arts. 353, 462 e 1.718, dentre outros, o nascituro é aceito como pessoa, pois é sujeito de direitos.

Respeitáveis civilistas, como Caio Mário da Silva Pereira,³ adotam a Teoria Natalista e interpretam o Código Civil à luz dessa teoria, dizendo

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I, p. 144-148.

que o nascituro não é pessoa, tendo apenas expectativa de direitos. Já Teixeira de Freitas,⁴ Felício dos Santos,⁵ e Clóvis Beviláqua em seu *projeto de Código Civil*,⁶ optaram, ao tratar da personalidade jurídica do nascituro, pela teoria conceptionista.

Pelos autores citados, verificamos que a doutrina brasileira não é unânime ao tratar a personalidade jurídica do nascituro. Os conceptionistas o consideram pessoa, titular de direitos subjetivos em formação. Os natalistas não o consideram pessoa e declaram que tem o nascituro apenas expectativa de direitos.

De fato, um bom trabalho de hermenêutica jurídica pode nos levar a acatar ambas as teorias. Senão vejamos:

• Pela teoria conceptionista, o nascituro é pessoa porque é sujeito de direitos subjetivos em formação. Acreditam seus adeptos⁷ que o art. 4º do Código Civil adota sua teoria, pois se fundamentam nos termos “desde a concepção” inseridos ao final do enunciado do mencionado artigo. Afirmam que pelo fato de o embrião humano gozar de proteção jurídica, desde a sua concepção, o Direito coloca-o como sujeito de direito, ou seja, o caracteriza como pessoa;

• Em detrimento da interpretação conceptionista acerca da personalidade do nascituro estão os natalistas, que não consideram o nascituro como pessoa (no entanto, não o colocam como objeto de direito) e atribuem-lhe apenas expectativas de direitos. Para eles, os dispositivos relativos ao nascituro contidos no Código Civil somente lhe resguardam os interesses. Tais interesses, se violados, são protegidos pela ordem jurídica e defendidos

4 Apud MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*, cap. VIII.

5 Apud AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 123.

6 Apud AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 123.

7 São conceptionistas brasileiros, dentre outros: Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Civis*); Francisco Amaral (*Direito civil – Introdução*); Silmara J.A. Chinelato e Almeida (*O nascituro no Código Civil e no direito constituído*).

por seus representantes legais. Com o nascimento, a expectativa de direitos do nascituro torna-se direitos subjetivos, que serão exercidos pelos seus representantes legais, em seu benefício (visto que o recém-nascido é uma pessoa absolutamente incapaz).

No que tange aos outros artigos mencionados (353, 357, 462 e 1.718), podemos concluir que a interpretação e a validade deles não estão vinculadas nem aos princípios da Teoria Conceptionista e nem aos da Teoria Natalista. A importância de tais dispositivos está nos valores e bens jurídicos que visam assegurar, ou seja, ao contrário do que a maioria dos autores colocam, tais dispositivos, antes de atribuírem (ou não) direitos ao nascituro, objetivam atingir determinados fins ligados aos seus interesses e relacionados aos direitos da personalidade. Assim, os arts. 353 e 357 do Código Civil visam garantir ao nascituro sua integridade moral, isto é, seu direito ao nome de família e à identidade pessoal; o art. 462 busca garantir que os direitos do nascituro sejam defendidos, devendo seu curador assegurar-lhe sua integridade física e moral; por fim, o art. 1.718 tem como objetivo assegurar ao nascituro seus direitos relativos aos bens de família e o seu direito de adquirir por testamento, caso tenha sido concebido antes do falecimento do testador.

Concluimos que as duas concepções teóricas (a Natalista e a Conceptionista) são válidas desde que os “direitos” do nascituro sejam salvaguardados pela ordem jurídica. Sendo sua integridade física e seu direito à vida assegurados e protegidos pelo ordenamento jurídico, qualquer dessas teorias serão válidas.

Não importa se é o nascituro uma pessoa (como querem os conceptionistas), um ser fictício (conforme assertiva de Orlando Gomes⁸ de que o nascituro tem personalidade fictícia devido a possibilidade de este vir a ser sujeito de direitos e deveres jurídicos), uma pessoa em formação (como

8 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 143.

querem os natalistas). O certo é que o nascituro é um ser humano vivo, mesmo que não nascido, devendo, por isso, ter resguardados seus eventuais direitos, não podendo ser ignorado pelo Direito.

5 DIREITO SUBJETIVO E EXPECTATIVA DE DIREITO

O art. 4º do Código Civil dispõe que, embora o homem só passe a adquirir personalidade jurídica após e com o seu nascimento com vida, tem o nascituro seus direitos postos a salvo pela ordem jurídica, o que vale dizer que tem expectativa de direitos. Aqui põe-se a dúvida do que seja realmente a tão famosa “expectativa de direitos”.

Muitos autores, e aqui citamos Francisco Amaral,⁹ definem expectativa de direito como direito subjetivo em formação ou direito subjetivo com eficácia suspensa. Então, ao equipararmos a expectativa de direito com o direito subjetivo (em formação, é claro), dizer que tem o nascituro expectativa de direitos equivale dizer que ele é titular de direitos, é pessoa, tendo com isso personalidade jurídica. Assim, concluimos que para os adeptos da Teoria Conceptionista expectativa de direito é direito subjetivo (embora a recíproca não seja verdadeira).

Caio Mário da Silva Pereira¹⁰ e Paulo Dourado de Gusmão¹¹ não equiparam a expectativa de direito ao direito subjetivo, distinguindo-os por acreditarem que o direito subjetivo é direito (interesse protegido pela ordem jurídica) e a expectativa de direito não é direito (é algo que pode vir a ser direito).

Direito subjetivo é a faculdade de agir (um poder-querer) para perseguir e tentar realizar um determinado fim, alcançando um interesse; direito

9 AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução, p. 122.

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 144-148.

11 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*, p. 320-321.

subjetivo é um poder da vontade destinado a realizar um interesse, que está conforme com a ordem jurídica.

Sujeito ativo é o titular do direito subjetivo, é aquele que tem a faculdade de agir, é o detentor do poder de vontade. É elemento essencial da relação jurídica, posto que não há direito sem sujeito.

Expectativa de direito se qualifica em direito subjetivo apenas quando certas circunstâncias venham a ocorrer; no caso em questão, será o nascimento com vida. Em outras palavras, expectativa de direito é a possibilidade que tem um determinado interesse de vir a ser direito.

Ao considerarmos que o nascituro não tem personalidade jurídica, e analisando no art. 4º do Código Civil brasileiro que o nascituro tem seus direitos salvaguardados, poderíamos acreditar que o Direito está tutelando interesses de um ser inexistente, o que nos leva a indagar se existe direito sem titular. Mas aceitando que nosso Direito adota a Teoria Natalista, vemos que a proteção dos direitos do nascituro se refere à proteção de direitos meramente potenciais, ou seja, interesses. Mesmo porque há interesses legalmente protegidos que não são direitos, bem como há interesses que, por serem juridicamente protegidos, só se tornam direitos quando violados.

Mais importante que concluirmos se a expectativa de direito se insere ou não no conceito de direito subjetivo, está a necessidade de aceitarmos a idéia de que o nascituro precisa de proteção legal. Devemos entender que, sendo ou não pessoa, é o nascituro um ser vivo. Não cabe ficarmos discutindo aqui se é o nascituro pessoa, se é sujeito ou objeto de direito, ou qual a teoria (concepcionista ou natalista) sobre sua personalidade jurídica que nossa legislação adota. Há uma questão que deve ser prioritária no momento e essa questão é a da vida. O nascituro é um ser vivo (se sua existência é autônoma ou não, já não importa tanto ao Direito), e como ser vivo deve ser respeitado.

Hoje, às vésperas do século XXI, a ciência da biotecnologia desenvolve-se rapidamente e grandes descobertas são feitas. A fecundação *in vitro*, a clonagem de seres humanos, a seleção de embriões para serem implantados no útero, as especulações acerca da constituição do DNA, a bus-

ca pelo ser humano perfeito... tudo isso, todas essas pesquisas, apesar de trazerem benefícios à humanidade, muitas vezes são revestidas de atitudes e procedimentos anti-éticos e antijurídicos, visto que violam o direito à vida, o maior dos direitos!

6 O NASCITURO E O DIREITO À VIDA

O direito à vida é o maior dos Direitos Humanos Fundamentais. É a vida o primeiro bem que ganhamos ao nascermos e também o último que perdemos ao morrermos.

Como objeto de direito fundamental, é a vida um bem que deve ser garantido a todos os seres humanos, bem como protegido pela ordem jurídica estatal. Deve o Estado criar mecanismos que assegurem ao homem seu direito à vida, desde o instante de sua concepção até a sua morte.

O art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu *caput*, determina que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade são bens invioláveis, e como tais são assegurados (ou deveriam sê-lo) pelo Poder Público.

A vida do ser humano compõe-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e de elementos imateriais (espirituais). É através da vida, e a partir dela, que todos os direitos irão se constituir. É com a vida que os direitos personalíssimos são adquiridos, ou seja, o direito à integridade físico-corporal e moral e o direito à existência digna.

O homem, desde o momento em que é concebido, tem direito à existência, o direito de viver, de lutar e defender sua vida. Assim, só permite o Direito brasileiro que o processo vital seja interrompido devido a fatos espontâneos, naturais e inevitáveis, condenando qualquer forma de interrupção artificial e premeditada da vida (seja essa vida intra-uterina ou não).

Quanto ao direito à integridade físico-corporal, podemos dizer que o Direito brasileiro não permite que seja o corpo humano agredido, visto que tal atitude viola o direito à vida. Assim, condena nosso Direito Penal todas

as formas de lesões corporais (as leves e as graves), sendo punidos os seus autores.

O direito à integridade moral diz respeito aos valores morais e ético-sociais que tem toda pessoa. A integridade moral compreende a honra da pessoa, seu bom nome e sua reputação.

Então, analisando o significado do direito à vida e sua dimensão jurídica, concluímos que independe qual teoria (Natalista ou Concepcionista) adotada no Direito brasileiro. O que temos de observar é que o direito à vida deve ser resguardado tanto ao longo da vida do homem já nascido, quanto do homem apenas concebido. É o nascituro um ser vivo, um ser humano em formação, que precisa de um ordenamento jurídico que contenha instrumentos que o defendam dos males que outros homens possam causar-lhe.

Com o avanço da ciência biotecnológica, o embrião humano e o seu direito à vida e à integridade física ficam freqüentemente ameaçados. Um exemplo é a fecundação *in vitro*: são fecundados vários óvulos e alguns dos embriões daí provenientes são escolhidos para serem implantados no útero materno, enquanto outros são descartados, configurando-se essa atitude como uma forma de aborto. Ora, o aborto é algo inadmissível em nosso ordenamento, considerado crime segundo os arts. 124 a 127 do Código Penal, salvo as exceções previstas no art. 128 (grave risco de vida para a gestante ou gravidez resultante de estupro).

A questão dos direitos do embrião humano é muito delicada, pois ao mesmo tempo que se torna necessária a criação de mecanismos jurídicos para sua proteção, não pode o Direito interferir nos avanços das pesquisas médico-científicas a ponto de impedir sua evolução e busca por melhores condições de vida. Entretanto, não pode o embrião humano, em nome da "ciência", ser transformado em mero objeto de pesquisas, projetos e experiências biotecnológicas. O direito à vida, como Direito Fundamental que é, não pode ser violado em hipótese alguma, posto que a vida é um bem inviolável e indispensável.

7 O ESTATUTO DO EMBRIÃO

O *caput* do art. 5º da Constituição de 1988 dispõe ser o direito à vida um direito fundamental, devendo ser assegurado, a qualquer custo, pela ordem jurídica.

A vida humana surge no momento da concepção. Com a concepção, um novo ser começa a se formar. Este ser tem vida, embora não seja autônoma, e por isso, por viver, é que deve o Direito preocupar-se em garantir que o nascituro venha a nascer com vida. Para tanto, a ordem jurídica cria mecanismos capazes de assegurar a integridade física e moral do embrião humano.

A Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, regulamentando os incisos II e V do § 1º do art. 225 da nossa Constituição, é atualmente o instrumento que mais visa controlar, fiscalizar e como garantir a segurança do ser humano que está por nascer. É conhecida como o *Estatuto do Embrião*, pois contém dispositivos referentes às pesquisas científicas que envolvam embriões humanos em suas experiências. Regulamenta o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGMs), criando para tanto a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, cuja competência principal é fiscalizar as pesquisas que utilizem ou envolvam OGMs, visando proteger a vida e a saúde do homem, da fauna, da flora e do meio ambiente.

O Estatuto do Embrião especifica quais as entidades e pessoas (físicas e/ou jurídicas) autorizadas a realizar estudos, projetos e pesquisas científicas tecnológicas e de produção industrial que envolvam OGMs no território brasileiro, como também determina as normas a que estão tais entidades ou pessoas subordinadas, determinando ainda as penas e multas que serão aplicadas àqueles que infringirem tais normas.

O art. 8º da Lei n. 8.974/95 veda atividades relacionadas à OGMs que envolvam manipulação genética de células germinais humanas, a intervenção em material genético humano *in vivo* (exceto para tratamento de defeito genético, desde que respeitados princípios éticos, como o princípio da

autonomia e o da beneficência) e a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível.

No art. 13, a manipulação genética de células germinais humanas e a intervenção em material genético humano *in vivo* (exceto para tratamento de defeitos genéticos) são atividades configuradas como crimes, para os quais a pena poderá variar de três meses de detenção até vinte anos de reclusão, conforme a gravidade e as conseqüências da infração.

Interessante é o teor do art. 14, que obriga o autor dos danos causados à vida à saúde do homem e ao meio ambiente, independente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados a terceiros e ao meio ambiente, quando tenham sido provocados por sua atividade.

Concluindo, vemos que a Lei n. 8.974/94 – Estatuto do Embrião – já é um passo dado pela nossa legislação na longa caminhada que busca atingir a plenitude e a concretização do significado do “direito à vida”.

8 CONCLUSÃO

Ao longo dos séculos o mistério da origem da vida humana sempre despertou o interesse dos homens. No entanto, hoje, já final do segundo milênio, não só a curiosidade provoca questionamentos em torno do embrião humano, mas com a evolução das ciências médicas, através da biotecnologia, somos conduzidos a indagar sobre sua posição na sociedade e, sobretudo, no âmbito da Ética e do Direito.

O assunto é muito atual e tem relevante importância para a Ciência Jurídica e para nossa legislação. Questiona-se sobre a validade da adoção da Teoria Natalista no art. 4º do Código Civil brasileiro de 1916, pois hoje a presença do nascituro na sociedade é algo visível e evidente para todos nós.

Este ser que a Ciência Jurídica denomina nascituro tem apenas, na atual legislação, expectativa de direitos. Mas a tecnologia médica tem criado seres humanos em tubos de ensaio, provocado a gravidez através de

inseminações artificiais, realizado a clonagem de seres humanos... o que nos leva a questionar sobre a posição do nascituro no meio social e nas relações jurídicas das quais participa. E concluímos que há uma urgente necessidade de criarmos mecanismos jurídicos eficazes que garantam ao nascituro uma maior proteção perante os homens.

Para o nosso Código Civil, o embrião (nascituro) não é pessoa, embora não seja classificado como um amontoado de células humanas, o que o transformaria em uma coisa, como quer a Teoria Desenvolvimentista. No art. 4º, nosso Direito protege os direitos do nascituro, reconhecendo que ele é um ser humano em formação, implicitamente dizendo que não pode ser tratado como coisa.

Quando o Código Civil não dá ao nascituro personalidade jurídica, porque ainda não nasceu, esquece-se de que o homem, ao nascer, é apenas uma continuação daquele mesmo ser, que desde sua concepção até sua morte sempre estará se modificando em constante mutação. Sendo assim, o nascituro deve gozar de inúmeros direitos, sendo-lhe atribuída maior proteção jurídica, o que, em conseqüência, lhe acarretará maiores atenções no âmbito médico e social, não tornando-se o embrião objeto de pesquisas biotecnológicas amorais e cientificamente inadmissíveis.

Há uma necessidade cada vez maior de modificar-se e ampliar-se a legislação relativa ao nascituro e ao seu direito à vida, a fim de contermos a “coisificação” do embrião humano. A questão referente à proteção legal do nascituro é um problema bastante atual. Ao encontrarmos a sua solução, asseguraremos o maior dos Direitos Fundamentais: o direito à vida.

9 BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. rev. e atual. pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio e Francisco Alves, 1995.

- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara. *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, p. 180 *et seq.*
- FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, 1996.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. 2. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1983.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 18.
- SANTOS, João Manuel Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

DANO À SAÚDE - DIREITO DO PACIENTE À VERDADE

Daniilo Borges Santana*

Sumário

1. A medicina ao longo do tempo.
2. Evolução do conceito de saúde.
3. Relação médico-paciente.
 - 3.1. A crise.
 - 3.2. A solução.
 - 3.3. O caráter contratual.
 - 3.3.1. Contrato de meio.
 - 3.3.2. Contrato de resultado.
4. Erro médico.
 - 4.1. Imperícia.
 - 4.2. Imprudência.
 - 4.3. Negligência.
5. Responsabilidade Profissional.
 - 5.1. Evolução da responsabilidade profissional médica.
 - 5.2. Teoria do risco.
6. Direito do paciente à verdade.
 - 6.1. Considerações sobre a verdade.
 - 6.2. O dever do médico de dizer a verdade.
 - 6.2.1. Do diagnóstico correto.
 - 6.2.2. Da explicação clara.
 - 6.2.3. Dos casos extremos.
7. Conclusão.
8. Bibliografia.

I A MEDICINA AO LONGO DO TEMPO

Desde o início da civilização o homem se preocupa com a ocorrência de doenças, o que se comprova pelos primeiros registros de doenças, que datam de 1900 a.C. Eram códigos que descreviam práticas pertinentes à Medicina Veterinária e estabeleciam alguma relação com a remuneração financeira: os Códigos Babilônicos de Esununna (1900 a.C.), os papiros dos

* Formando em Direito pela UFMG (ago./99).