

APLICAÇÃO TERAPÊUTICA DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS:  
RESPONSABILIDADE CIVIL

Leandro  
Saraí  
lsarai@adv.oabsp.org.br

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>3</b>
<b>1 - AS CÉLULAS-TRONCO.....</b>	<b>4</b>
1.1 CÉLULAS-TRONCO E A LEI N.º 11.105/05.....	4
1.2 TIPOS DE CÉLULAS-TRONCO.....	5
1.3 OS RESULTADOS.....	8
1.4 EXPECTATIVAS E DESAFIOS.....	8
1.5 O DEBATE.....	9
1.6 VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	15
1.6.1 APLICAÇÕES DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PERMITIDAS PELA LEI 11.105/05 E O DIREITO À VIDA.....	20
<b>2 – RESPONSABILIDADE CIVIL E CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.....</b>	<b>22</b>
2.1 RESPONSABILIDADE.....	22
2.2 RESPONSABILIDADE: CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA.....	24
2.3 CULPA.....	27
2.3.1 FUNDAMENTOS DA DISPENSA DA CULPA.....	29
2.3.2 APLICAÇÃO TERAPÊUTICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	30
2.4 O ILÍCITO E A CONDUTA.....	32
2.4.1 RELATIVIDADE DA ILICITUDE DO ATO.....	36
2.4.2 CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E O ILÍCITO ENSEJADOR DA RESPONSABILIDADE.....	37
2.4.2.1 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E RESPONSABILIDADE.....	37
2.4.2.2 CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E O ILÍCITO MÉDICO.....	39
2.5 RESPONSÁVEIS.....	40
2.5.1 RESPONSABILIDADE, IMPUTABILIDADE E CAPACIDADE.....	43
2.5.2 APLICAÇÃO TERAPÊUTICA DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....	44
2.6 DANO.....	45
2.6.1 DANO PATRIMONIAL.....	46
2.6.2 DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	47
2.6.2.1 PERDAS E DANOS EXTRAPATRIMONIAIS?.....	47
2.6.2.2 ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	47
2.6.2.3 PROBLEMAS RELACIONADOS AOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	48
2.6.3 NEXO DE CAUSALIDADE.....	50
2.7 A INDENIZAÇÃO.....	51
2.8 TITULARES DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO.....	53
2.9 INEFICÁCIA DA RESPONSABILIDADE.....	55
<b>3 – CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>4 – BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

É bem provável que muitas das conquistas atuais advindas do progresso da ciência não eram nem imaginadas em tempos atrás.

É inquestionável que ela nos traz inúmeros benefícios, embora muitas das descobertas, por terem caráter instrumental, poderão trazer malefícios conforme a destinação dada pela pessoa que delas se utilizar.

Grande parte do papel da ciência é responder questões formuladas por ela própria.

Existe um axioma bem conhecido, certa vez citado por MARGARET TATCHER (*apud* SAYLOR,1998:34), segundo o qual “todo poder implica responsabilidade e toda liberdade um dever”.

Como responsabilidade, de certa forma, é indissociável da noção de ilícito, o avanço da ciência, além dos bônus que trará, não poderá se afastar dos ônus que lhe são inerentes.

Um dos campos em que notamos o grande avanço é o da medicina.

Para as pessoas sadias, as descobertas desse campo podem representar fonte de contentamento. Mas para os portadores de algum problema de saúde, o sucesso nas pesquisas científicas pode representar até mesmo uma última esperança de cura.

O que ocorre, porém, se o tratamento, a cura ou a salvação de uma vida implicar a morte de outrem?

Esse é um ponto polêmico que as pesquisas e aplicações terapêuticas de células-tronco embrionárias trouxeram.

Embora haja diversas questões em torno do assunto, o presente trabalho abordará as suas implicações no campo da responsabilidade civil, tendo como ponto central a Lei n.º 11.105/05, atual Lei de Biossegurança.

Para tanto, inicialmente, buscaremos entender melhor o que são e para que servem as células-tronco embrionárias, além de tecer algumas notas sobre o debate acerca do direito à vida.

Na seqüência, discorreremos sobre a responsabilidade civil, buscando atrelar cada tópico a algum aspecto das pesquisas e aplicações das células-tronco embrionárias, quando houver alguma peculiaridade na Lei 11.105/05.

Adiantamos desde já que, em todas as revisões que fizemos, erros foram encontrados e alguns trechos foram alterados.

Como havia um prazo a ser cumprido, o trabalho teve que ser entregue.

Por isso, embora desejosos de que essa monografia contribua de alguma forma para a ciência jurídica, estamos cientes de que ela não está perfeita e acabada.

## 1 - AS CÉLULAS-TRONCO

### 1.1 CÉLULAS-TRONCO E A LEI N.º 11.105/05

A primeira lei a tratar das células-tronco foi a atual Lei de Biossegurança, Lei n.º 11.105/05.

Essa Lei, em seu art. 42, revogou a Lei n.º 8974/95, mas grande parte do texto desta foi reproduzida naquela.

Em seu art. 3.º, a Lei n.º 11.105/05 apresenta diversas definições importantes, entre as quais a de célula-tronco embrionária:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III – moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;

VII – célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia;

VIII – clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;

IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;

XI – **células-tronco embrionárias**: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

§ 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação in vitro, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

§ 2º Não se inclui na categoria de derivado de OGM a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.

A definição legal de células-tronco embrionárias acompanhou a definição científica.

ANTONIO CARLOS CAMPOS DE CARVALHO (2001) esclarece que os organismos pluricelulares são formados por diversos tipos de células, mas todas elas são derivadas de um único tipo, as denominadas células-tronco.

De acordo com o glossário do NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH – NIH (USA, 2005), células-tronco são “cells with the ability to divide for indefinite periods in culture and to give rise to specialized cells” [“células com a habilidade de se dividir por períodos indefinidos em cultura e evoluírem para células especializadas”](tradução livre).

No mesmo sentido, PATRICIA PRANKE (2004): “a célula-tronco (CT) é definida como a célula com capacidade de gerar diferentes tipos celulares e reconstituir diversos tecidos. Além disso, a CT apresenta a propriedade de auto-renovação, ou seja, gerar uma cópia idêntica a si mesma.”

Mesmo as células-tronco são originadas de uma única célula-tronco original, que é o óvulo fertilizado ou zigoto (CARVALHO, 2001).

Diante dessa capacidade das células-tronco, os cientistas começaram a vislumbrar sua utilização para substituição ou reconstituição de partes doentes do organismo (PRANKE, 2004; CARVALHO, 2001).

Ocorre que a terapia com célula-tronco, isoladamente, não cura doenças infecciosas ou ambientais, pois, embora possa até restaurar a parte afetada, não é capaz de remover as causas da doença. É necessária sua associação com a remoção dos fatores ambientais e infecciosos (CARVALHO, 2004). Da mesma forma, doenças genéticas exigem terapias celulares conjugadas com terapias gênicas. (CARVALHO, 2004).

Para que possamos prosseguir no estudo do assunto, é imprescindível que sejam esclarecidos os tipos de células-tronco.

## **1.2 TIPOS DE CÉLULAS-TRONCO**

Não existe um tipo apenas de células-tronco, assim como não existe somente um critério para classificá-las.

Um dos critérios utilizados tem como parâmetro o seu potencial de derivação ou sua capacidade de diferenciação. De acordo com esse critério, existem, em suma, três tipos de células-tronco: as totipotentes, as pluripotentes e as multipotentes.

As respectivas definições podem ser encontradas no Glossário do INTERNATIONAL SOCIETY FOR STEM CELL RESEARCH (2004):

### Totipotent stem cells

Stem cells that can give rise to all cell types that are found in an embryo, fetus, or developed organism, including the embryonic components of the trophoblast and placenta required to support development and birth. The zygote and the cells at the very early stages following fertilization (i.e., the 2-cell stage) are considered totipotent

### Pluripotent stem cells

Stem cells that can become all the cell types that are found in an implanted embryo, fetus, or developed organism, but not embryonic components of the trophoblast and placenta (these are usually called extra-embryonic).

### Multipotent stem cells

Stem cells whose progeny are of multiple differentiated cell types, but all within a particular tissue, organ, or physiological system. For example, blood-forming (hematopoietic) stem cells are single multipotent cells that can produce all cell types that are normal components of the blood.

### [Células-tronco totipotentes

Células-tronco que podem gerar todos os tipos de células encontradas em um embrião, feto ou organismo desenvolvido, incluindo componentes do trofoblasto e da placenta necessários para auxiliar o desenvolvimento e o nascimento. O zigoto e as células dos primeiros estágios após a fertilização (isto é, o estágio celular 2) são considerados totipotentes.

#### Células-tronco pluripotentes

Células-tronco que podem tornar-se todos os tipos de células que são encontradas em um embrião implantado, feto ou organismo desenvolvido, mas não em componentes embrionários do trofoblasto e placenta (estes são usualmente chamados extra-embrionários).

#### Células-tronco multipotentes

Células-tronco cuja descendência são múltiplos tipos de células diferenciadas, mas todas dentro de um tecido particular, órgão ou sistema fisiológico. Por exemplo, células-tronco que formam o sangue (hematopoiéticas) são células multipotentes singulares que podem produzir todos os tipos de células que são componentes normais do sangue.] (tradução livre)

No mesmo sentido (WIKIPEDIA, 2005):

There are three types of stem cells:

A single totipotent stem cell can grow into an entire organism and even produce extra-embryonic tissues. Blastomeres have this property.

Pluripotent stem cells cannot grow into a whole organism, but they are able to differentiate into cells derived from any of the three germ layers.

Multipotent (also called unipotent) stem cells can only become some types of cells: e.g. blood cells, or bone cells.

[Há três tipos de células-tronco:

Uma célula-tronco totipotente pode tornar-se um organismo inteiro e até produzir tecidos extra-embrionários. Blastômeros têm essa propriedade.

Células-tronco pluripotentes não podem tornar-se um organismo inteiro, mas elas tem a capacidade de se diferenciar em células derivadas de qualquer das três camadas germinais.

Células-tronco multipotentes (também chamadas unipotentes) somente podem tornar-se alguns tipos de células: por exemplo, células sanguíneas ou células ósseas.](tradução livre)

Pode-se ainda classificar as células-tronco de acordo com sua fonte (WIKIPEDIA, 2005):

Stem cells are also categorized according to their source, as either adult or embryonic.

Adult stem cells are undifferentiated cells found among differentiated cells of a specific tissue and are mostly multipotent cells. They are already being used in treatments for over one hundred diseases and conditions. They are more accurately called somatic (Greek  $\sigma\omega\mu\alpha$   $s\acute{o}ma$  = body) stem cells, because they need not come from adults but can also come from children or umbilical cords.

Embryonic stem cells are cultured cells obtained from the inner mass cells of a blastocyst. Embryonic stem cell research is still in the basic research phase.

[Células-tronco também são categorizadas, de acordo com sua fonte, em adultas ou embrionárias.

Células-tronco adultas são células não-diferenciadas encontradas entre células diferenciadas de um tecido específico e são em sua maioria células multipotentes. Elas já estão sendo usadas em tratamentos para mais de uma centena de doenças e estados de saúde. Elas são mais precisamente chamadas de células-tronco somáticas (Grego  $\sigma\omega\mu\alpha$   $s\acute{o}ma$  = corpo), porque elas não necessitam ser retiradas necessariamente de adultos mas também de crianças ou de cordões umbilicais.

Células-tronco embrionárias são células obtidas do núcleo da massa das células do blastocisto.] (tradução livre)

As células-tronco conhecidas há mais tempo são as embrionárias (CARVALHO, 2001), mas as pesquisas com elas ainda estão em um estágio inicial (USA, 2005).

Essa, pelo menos nos Estados Unidos, é a situação atual (USA, 2005):

Scientists have been able to do experiments with human embryonic stem cells (hESC) only since 1998, when a group led by Dr. James Thompson at the University of Wisconsin developed a technique to isolate and grow the cells. Moreover, Federal funds to support hESC research have been available since only August 9, 2001, when President Bush announced his decision on Federal funding for hESC research. Because many academic researchers rely on Federal funds to support their laboratories, they are just beginning to learn how to grow and use the cells. Thus, although hESC are thought to offer potential cures and therapies for many devastating diseases, research using them is still in its early stages.

[Os cientistas puderam realizar experimentos com células-tronco embrionárias humanas (CTEH) somente a partir de 1998, quando um grupo liderado pelo Doutor James Thompson da Universidade de Wisconsin desenvolveu uma técnica para isolar e cultivar as células. Além disso, fundos federais para auxiliar tais pesquisas só estiveram disponíveis a partir de 9 de agosto de 2001, quando o presidente Bush anunciou sua decisão sobre fundos federais para pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Como muitos pesquisadores acadêmicos dependem de fundos federais para apoiar seus laboratórios, eles estão apenas começando a aprender como cultivar e usar essas células. Assim, embora CTEH sejam cogitadas para oferecer curas e terapias potenciais para muitas doenças devastadoras, pesquisas com tais células ainda estão em seu estágio inicial.] (tradução livre)

Por isso, quando a mídia noticia resultados em humanos pela aplicação de células-tronco, trata-se de células-tronco somáticas, mais conhecidas como adultas.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e LILIAN PIÑERO EÇA (2005), em artigo publicado na Folha de São Paulo de 08/06/2005, mencionam um trabalho científico de RUDOLF JAENISCH, dos Estados Unidos da América, para quem as células adultas agiriam como embrionárias: “O segredo está guardado numa ‘chave’ molecular: o gene Oct-4”.

ANTONIO CARLOS CAMPOS DE CARVALHO (2004) também menciona essa descoberta feita em pesquisas com camundongos, segundo a qual mesmo as células-tronco adultas seriam pluripotentes, mas ressalta que essa tese vem sendo contestada mais recentemente por diversos laboratórios.

PATRICIA PRANKE (2004) relata tal refutação à plasticidade das células-tronco somáticas:

Muitos estudos mostram que a plasticidade das CTA [célula-tronco adulta] é uma esperança crescente (24-29), enquanto vários outros questionam a sua plasticidade (10, 30-38). Além disso, outros trabalhos mostram que as CTA apresentam problemas como o fato dessas células não crescerem bem em cultura ou apresentarem maiores problemas de compatibilidade (5, 11). Outra vantagem das CTE [células-tronco embrionárias], quando comparadas com as CTA, é em relação a telomerase, a enzima que restaura os telômeros, a parte final do DNA, o que controla o número de vezes que as células podem se dividir. A telomerase está presente em grandes concentrações nas CTE, mas não nas CTA. Sendo assim, nas CTA os telômeros estão encurtados o que limita a capacidade de proliferação celular (39). Em outras palavras, as células são mais velhas e, portanto, têm uma vida mais curta. Devido a esses fatores, muitos pesquisadores acham necessário estudar as CTE, frente a incerteza da plasticidade das CTA e de sua capacidade regenerativa, pois apenas através da pesquisa as respostas a essas perguntas serão obtidas

Diante disso, acredita-se que o melhor tipo de célula-tronco a ser utilizado com essa finalidade seria a célula-tronco embrionária (PRANKE, 2004).

Conquanto se defenda que a célula-tronco embrionária seria a fonte mais adequada para produção de células novas, sua utilização encontra diversos óbices, seja de natureza ética, conforme será visto no tópico 1.5 *infra*, seja pelo fato de as pesquisas com esse tipo de células estarem em uma fase inicial.

### **1.3 OS RESULTADOS**

Nos Estados Unidos da América, atualmente, as únicas aplicações terapêuticas de células-tronco em seres humanos são feitas com células-tronco somáticas retiradas dos ossos para a produção de células de sangue (células-tronco hematopoiéticas). Com essa terapia são tratadas doenças como leucemia, linfoma e muitas desordens sangüíneas hereditárias. (USA, 2005).

Recentemente, um grupo do Centro Cardiológico do Norte, em Saint Denis (França), do qual participa um pesquisador brasileiro, o cardiologista Marcio Scorsin, relatou melhora significativa de um paciente com insuficiência cardíaca em estágio avançado, após o transplante de células-satélite do próprio paciente para o seu coração. (CARVALHO, 2001).

Também no Brasil são encontrados resultados em tratamentos de doenças cardíacas, conforme noticiam LUÍS HENRIQUE WOLFF GOWDAK (2004) e LUCIENE ZANCHETTA (2004):

No Instituto do Coração (Incor) de São Paulo, são realizadas, também com bons resultados, aplicações diretas de células-tronco em pacientes com insuficiência cardíaca, causada por doença de Chagas, hipertensão ou de origem desconhecida. Duas técnicas diferentes foram utilizadas: a aplicação de células-tronco isoladas da medula e a utilização de um hormônio que estimula a liberação das células-tronco da medula óssea para a circulação sanguínea. "A nossa hipótese de trabalho é a de que as células-tronco podem ser estimuladas para se dirigirem, por si mesmas, para as regiões lesadas do organismo" diz Edimar Bocchi, um dos responsáveis pela pesquisa. Existem, até o momento, 12 pacientes tratados pela técnica. Esta é uma pesquisa em andamento, que apresenta resultados muito estimulantes, segundo o pesquisador. "Se realmente se confirmarem esses resultados, esperamos que esse tipo de tratamento possa auxiliar um grande número de pessoas, principalmente entre os pacientes que precisam de transplantes" informa Bocchi.

Em 13/07/05, o *site* MSN news publicou notícia veiculada pela REUTERS de que "células-tronco podem proteger o cérebro e o sistema nervoso contra danos causados por tumores e doenças como a esclerose múltipla" (2005). Essa descoberta foi feita por pesquisadores do Instituto Científico San Raffaele de Milão.

### **1.4 EXPECTATIVAS E DESAFIOS**

Tantas são as promessas que a aplicação das células-tronco já é chamada de "a medicina do futuro" (CARVALHO, 2001).

O NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (2005) também faz sua previsão:

The Promise of Stem Cells

Studying stem cells will help us understand how they transform into the dazzling array of specialized cells that make us what we are. Some of the most serious medical conditions, such as cancer and birth defects, are due to problems that occur somewhere in this process. A better understanding of normal cell development will allow us to understand and perhaps correct the errors that cause these medical conditions.

Another potential application of stem cells is making cells and tissues for medical therapies. Today, donated organs and tissues are often



used to replace those that are diseased or destroyed. Unfortunately, the number of people needing a transplant far exceeds the number of organs available for transplantation. Pluripotent stem cells offer the possibility of a renewable source of replacement cells and tissues to treat a myriad of diseases, conditions, and disabilities including Parkinson's and Alzheimer's diseases, spinal cord injury, stroke, burns, heart disease, diabetes, osteoarthritis and rheumatoid arthritis.

[A promessa das células-tronco

Estudar células-tronco nos ajudará a entender como elas se transformam na fascinante cadeia de células especializadas de que somos feitos. Alguns dos mais sérios estados de saúde, como câncer e defeitos de nascença, são devidos a problemas que ocorrem em alguma parte deste processo. Uma melhor compreensão do desenvolvimento celular normal nos permitirá entender e talvez corrigir os erros que causam estas patologias.

Uma outra aplicação potencial das células-tronco é a fabricação de células e tecidos para terapias medicinais. Hoje, órgãos e tecidos doados são freqüentemente usados para substituir aqueles que estão doentes e comprometidos. Infelizmente, o número de pessoas que precisam de um transplante excede e muito o número de órgãos disponíveis. Células-tronco pluripotentes oferecem a possibilidade de uma fonte renovável de células e tecidos de reposição para tratar uma grande quantidade de doenças, estados de saúde, e debilidades incluindo doenças de Parkinson e Alzheimer, lesão na medula espinhal, derrame cerebral, queimaduras, doenças cardíacas, diabetes, ósteo-artrites e artrites reumatóides. [tradução livre]

Algumas promessas podem ser cumpridas, mas o futuro pode confirmar sua impossibilidade. Só o avanço científico dirá a palavra final, embora, em ciência, "palavra final" seja algo relativo, podendo ceder a descobertas do amanhã.

Os obstáculos que estão presentes hoje nas pesquisas científicas envolvendo células-tronco embrionárias são os seguintes, em síntese:

a) Descobrir como desencadear a derivação das células-tronco, de modo a direcionar seu crescimento para as partes desejadas do corpo.

b) Impedir a rejeição. Esse problema ocorre em razão de os transplantes de células-tronco serem heterólogos, ou seja, de outras pessoas.

Embora se cogite da clonagem terapêutica como solução para a rejeição, por possibilitar transplante homólogo, a própria clonagem é um desafio, uma vez que não se conseguiu até o presente momento a clonagem de um primata, de acordo com ALICE TEIXEIRA FERREIRA (2004).

Além disso, se se tratar de problema genético, a clonagem não será a solução, pois o clone também possuirá o mesmo defeito (FERREIRA, 2004a).

Nada obstante, atualmente a clonagem não é permitida no Brasil, conforme se infere do inciso IV do art. 6.º da Lei n.º 11.105/05.

c) Impedir que não haja qualquer complicação com o uso da célula-tronco. Segundo IVES GANDRA MARTINS e LILIAN PIÑERO EÇA (2005), "há total descontrole das células embrionárias, surgindo diferenciações em tecidos distintos nas placas de cultura, com o que se poderia estar renovando as experiências atribuídas a **Frankstein**" (destaque do original).

d) Vencer os limites éticos. Ao que tudo indica, o problema não está em se alterar os limites éticos, mas em decidir se as situações que são submetidas a análises com base nesses limites representam ou não uma violação.

Em razão da complexidade desse debate ético, trataremos dele em tópico específico abaixo.

## **1.5 O DEBATE**

**Vale reiterar aqui que toda a polêmica sobre a utilização das células-tronco envolve apenas as células-tronco embrionárias.**

As pesquisas e a utilização desse tipo de células-tronco são feitas com embriões na fase do blastocisto, “uma esfera com aproximadamente cem células” (CARVALHO, 2001).

**Ocorre que o embrião é sacrificado com a retirada de suas células-tronco** (CARVALHO, 2001). Eis o ponto central do debate.

Recentemente, cientistas da WHITEHEAD INSTITUTE FOR BIOMEDICAL RESEARCH (2005) publicaram resultados de um experimento feito com camundongos em que foi possível a extração de células-tronco embrionárias sem destruir o embrião. Porém, isso não garante que haverá sucesso com as células-tronco embrionárias humanas.

Também a clonagem terapêutica gera o mesmo problema, uma vez que a idéia nesse caso é a produção de clones para garantir que não haja rejeição quando as células-tronco embrionárias deste forem utilizadas no tratamento do “matriz”. Com isso, o clone é destruído.

Ressalte-se que o problema não diz respeito somente à aplicação terapêutica das células-tronco embrionárias.

Nas clínicas de reprodução assistida, a definição do exato momento em que começa a vida é essencial para garantir segurança jurídica, estabelecendo um limite preciso sobre o que é permitido e o que não é.

Atualmente, a Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina traz algumas normas sobre os embriões excedentários do processo de fertilização assistida, como será visto no tópico 1.6.1 *infra*. Contudo, sem esse fato estar regulado por lei, parece-nos que a segurança desejada não será alcançada.

Enquanto não há uma regulamentação legal clara, é fato notório que essas clínicas continuarão fecundando mais de um óvulo, e sobrarão os embriões não implantados.

Como ficam os embriões não implantados? Seria correto simplesmente congelar os não utilizados? Seria adequado simplesmente descartá-los? Não seria melhor fecundar somente os óvulos a serem implantados?

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR chega a questionar a própria existência de uma solução para essas questões (2005:93).

Quanto ao descarte, ALICE TEIXEIRA FERREIRA (2004) noticia a ocorrência de um escândalo envolvendo tal fato, sem que os pais soubessem.

A Lei de Biossegurança, conquanto tenha regulado o descarte e a destruição de organismos geneticamente modificados - OGM, nada dispôs sobre o descarte dos embriões, consoante se infere art. 6.º:

Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

V – destruição ou **descarte** no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

É vedada a engenharia genética em embriões humanos e até mesmo em células germinais e no zigoto humanos, nos termos do inciso III do art. 6.º retrocitado. Se isso ocorrer, estar-se-á criando um organismo geneticamente modificado a partir de material biológico humano. Com isso, além do ilícito que estará caracterizado, o responsável também estará sujeito às demais normas que se aplicam aos OGM's em geral.

Mas vejamos a maior polêmica que envolve a utilização de células-tronco embrionárias:

O blastocisto é um humano?

Qual o número de células que define um humano?

A partir de que momento considera-se que o ser humano existe?

O sacrifício do embrião viola o direito à vida?

O óvulo fecundado *in vitro* é considerado como vida ou essa só ocorre com o implante no útero?

Todas essas questões podem ser sintetizadas em uma única: quando surge a vida?

Já aqui sentimos um certo desconforto, na medida em que não nos parece aceitável que alguém decida quando começa a vida de outrem.

Além disso, **se se parte da premissa de que a vida é indisponível, por arrastamento infere-se ser indisponível o seu conceito. Caso contrário, bastaria a alteração deste para atingir aquele.**

Mesmo aqueles que defendem um critério científico para definir a vida, podem ser acusados de estarem sendo místicos, conforme entendimento de ERIC COHEN (2005):

It is certainly the case that destroying embryos and harvesting stem cells is a very rational activity. It involves testing hypotheses about how nature works and seeking to use natural knowledge to develop rational techniques. It also involves a goal –curing disease– that can be rationally defended. But the moral theories that justify embryo destruction –the theories that most stem cell scientists embrace, whether implicitly or explicitly– are either **mystical** or **revolutionary**.

The mystics argue that “personhood” arrives at some murky point along the continuum of development. They appeal to our moral sentiments in claiming that 8-cell embryos should be available for research while 8-pound babies should not be. And they assert that somewhere along the way usable embryos become inviolable infants, even if we cannot say exactly when. But this sensibility –which may be true– is not very rational. It is surely not a scientific argument grounded in biology, but a moral feeling about who is equal and who is not. The scientists are often the mystics, even if they would never admit it.

[É certo que a destruição de embriões e a colheita de células-tronco é uma atividade muito racional. Ela envolve testar hipóteses sobre como a natureza trabalha e procurar usar o conhecimento natural para desenvolver técnicas racionais. Também envolve uma meta – curar doenças– que pode ser racionalmente defendida. Mas as teorias morais que justificam a destruição de embriões –as teorias que a maioria dos pesquisadores (cientistas) das células-tronco adotam, de forma implícita ou explícita– são também **místicas** ou **revolucionárias**.

Os místicos argumentam que a “personalidade” começa em algum ponto incerto durante a cadeia contínua do desenvolvimento. Eles apelam para nossos sentimentos morais em defesa de que um

embrião de 8 células deveria ser disponível para pesquisas enquanto um bebê de 8 libras<sup>1</sup> não deveria. E eles asserem que em algum momento durante esse processo embriões utilizáveis tornam-se infantes invioláveis, mesmos se nós não pudermos dizer exatamente quando. Mas essa sensibilidade –que pode ser verdadeira– não é muito racional. Certamente não é um argumento científico baseado na biologia, mas um sentimento moral sobre quem é igual e quem não é. Os cientistas freqüentemente são os místicos, mesmo quando eles não admitem.] (tradução livre, destaques do original)

Alguns sustentam que um critério que deveria ser utilizado seria o aparecimento do sistema nervoso, por aplicação *a contrario* do conceito científico de morte (LORENTZ, 2002:338), considerado o fenômeno que ocorre quando há a morte encefálica, cujos critérios para caracterização estão na Resolução n.º 1480, de 8 de agosto de 1997.

De acordo com JOAQUIM TOLEDO LORENTZ (2002:337/8), “no Brasil, a medicina adota o entendimento de que o início da vida humana se dá com a nidação, argumentando-se que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero da mulher”. A nidação é a fixação do blastocisto na membrana interna do útero.

Esse autor ainda cita a posição dos “concepcionistas”, ou seja, os que defendem a concepção como momento do aparecimento da vida (2002:338).

A Igreja Católica Apostólica Romana se encontra aqui, a teor do que se infere do *Evangelium Vitae*, do Papa João Paulo II (1995: 44/45):

No Antigo Testamento, a esterilidade era temida como uma maldição, enquanto se considerava uma bênção a prole numerosa: « Os filhos são bênçãos do Senhor; os frutos do ventre, um mimo do Senhor » (Sal 127 126, 3; cf. Sal 128 127, 3-4). Para esta convicção, concorre certamente a consciência que Israel tem de ser o povo da Aliança, chamado a multiplicar-se segundo a promessa feita a Abraão: « Ergue os olhos para os céus e conta as estrelas, se fores capaz de as contar (...) será assim a tua descendência » (Gn 15, 5). Mas influi sobretudo a certeza de que a vida transmitida pelos pais tem a sua origem em Deus, como o atestam tantas páginas bíblicas que, com respeito e amor, falam da **concepção**, da moldagem da vida no ventre materno, do nascimento e da ligação íntima entre o momento inicial da existência e a acção de Deus Criador.

[...]

Como pensar que este maravilhoso processo de germinação da vida possa subtrair-se, por um só momento, à obra sapiente e amorosa do Criador para ficar abandonado ao arbítrio do homem? Não o pensa, seguramente, a mãe dos sete irmãos que professa a sua fé em Deus, princípio e garantia da vida desde a **concepção** e ao mesmo tempo fundamento da esperança da nova vida para além da morte: « Não sei como aparecestes nas minhas entranhas, porque não fui eu quem vos deu a alma nem a vida e nem fui eu quem ajuntou os vossos membros. Mas o Criador do mundo, autor do nascimento do homem e criador de todas as coisas, restituir-vos-á, na sua misericórdia, tanto o espírito como a vida, se agora fizerdes pouco caso de vós mesmos por amor das suas leis » (2 Mac 7, 22-23).

[...]

45. A revelação do Novo Testamento confirma o reconhecimento indiscutível do valor da vida desde os seus inícios. A exaltação da fecundidade e o trepidante anseio da vida ressoam nas palavras com que Isabel rejubila pela sua gravidez: ao Senhor « aprouve retirar a minha ignomínia » (Lc 1, 25). Mas o valor da pessoa, desde a sua **concepção**, é celebrado ainda melhor no encontro da Virgem Maria e Isabel e entre as duas crianças, que trazem no seio. (destaques nossos)

<sup>1</sup> aproximadamente 3 quilos e meio, ou seja, o peso de um recém-nascido

Entre as outras teorias sobre o início da vida lembradas pelo autor, estão: a que considera como o 14.º dia desde a fecundação; a que adota a configuração dos órgãos; a “teoria da viabilidade”; e a da infusão da alma no corpo. (2002:338/9)

CLAUDIA CINARA LOCATELI e EDENILZA GOBBO (2005) ordenam essas correntes da seguinte forma: a) do nascimento; b) do início da gestação ou da concepção, seja no útero ou *in vitro*; c) da concepção no útero ou, no caso de fecundação *in vitro*, desde a implantação (aos seis dias), sob a alegação de que não haveria vida sem útero; d) por fim, também haveria a corrente que sustenta tal marco após 14 dias, com a formação do plano construtivo do embrião e a rudimentar organização do sistema nervoso central.

Lembra JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR que tramita no Congresso o Projeto de Lei 90/99, que teria adotado a teoria da nidificação (2005:94).

Juridicamente, vida é um conceito convencional, ora delimitado claramente em determinado ordenamento, ora, sem estar expressamente definido, é extraído dele pelos aplicadores da lei.

Mas, sendo convencional, é relativo, variando temporal e espacialmente.

Quanto ao mérito desse relativismo ético, eis a posição da Igreja Católica Apostólica Romana (JOÃO PAULO II, 1995:70/72):

70.[...]

É verdade que a história regista casos de crimes cometidos em nome da « verdade ». Mas crimes não menos graves e negações radicais da liberdade foram também cometidos e cometem-se em nome do « relativismo ético ». Quando uma maioria parlamentar ou social decreta a legitimidade da eliminação, mesmo sob certas condições, da vida humana ainda não nascida, porventura não assume uma decisão « tirânica » contra o ser humano mais débil e indefeso? Justamente reage a consciência universal diante dos crimes contra a humanidade, de que o nosso século viveu tão tristes experiências. Porventura deixariam de ser crimes, se, em vez de terem sido cometidos por tiranos sem escrúpulos, fossem legitimados por consenso popular?

Não se pode mitificar a democracia até fazer dela o substituto da moralidade ou a panaceia da imoralidade. Fundamentalmente, é um « ordenamento » e, como tal, um instrumento, não um fim. O seu carácter « moral » não é automático, mas depende da conformidade com a lei moral, à qual se deve submeter como qualquer outro comportamento humano: por outras palavras, depende da moralidade dos fins que persegue e dos meios que usa. Regista-se hoje um consenso quase universal sobre o valor da democracia, o que há-de ser considerado um positivo « sinal dos tempos », como o Magistério da Igreja já várias vezes assinalou. Mas, o valor da democracia vive ou morre nos valores que ela encarna e promove: fundamentais e imprescindíveis são certamente a dignidade de toda a pessoa humana, o respeito dos seus direitos intangíveis e inalienáveis, e bem assim a assunção do « bem comum » como fim e critério regulador da vida política.

Na base destes valores, não podem estar « maiorias » de opinião provisórias e mutáveis, mas só o reconhecimento de uma lei moral objectiva que, enquanto « lei natural » inscrita no coração do homem, seja ponto normativo de referência para a própria lei civil. Quando, por um trágico obscurecimento da consciência colectiva, o ceticismo chegasse a pôr em dúvida mesmo os princípios fundamentais da lei moral, então o próprio ordenamento democrático seria abalado nos seus fundamentos, ficando reduzido a puro mecanismo de regulação empírica dos diversos e contrapostos interesses.

[...]

72. Também está em continuidade com toda a Tradição da Igreja, a doutrina da necessidade da lei civil se conformar com a lei

moral, como se vê na citada encíclica de João XXIII: « A autoridade é exigência da ordem moral e promana de Deus. Por isso, se os governantes legislarem ou prescreverem algo contra essa ordem e, portanto, contra a vontade de Deus, essas leis e essas prescrições não podem obrigar a consciência dos cidadãos. (...) Neste caso, a própria autoridade deixa de existir, degenerando em abuso do poder ». O mesmo ensinamento aparece claramente em S. Tomás de Aquino, que escreve: « A lei humana tem valor de lei enquanto está de acordo com a recta razão: derivando, portanto, da lei eterna. Se, porém, contradiz a razão, chama-se lei iníqua e, como tal, não tem valor, mas é um acto de violência ». E ainda: « Toda a lei constituída pelos homens tem força de lei só na medida em que deriva da lei natural. Se, ao contrário, em alguma coisa está em contraste com a lei natural, então não é lei mas sim corrupção da lei ».

Analisado o fenômeno da origem da vida friamente, o que diferencia o espermatozóide separado do óvulo e o óvulo fecundado? Se o óvulo fecundado é inviolável, porque o espermatozóide e o óvulo também não são? Seria o fato de o zigoto poder se tornar um ser humano, ou seja, uma individualidade?

Se se considera que o homem pode dispor de seu esperma e a mulher, de seu óvulo, porque ambos não podem dispor do zigoto que produziram? Se podem impedir a concepção, porque não poderiam destruir o que foi concebido?

Essas questões possuem respostas baseadas na moral, de modo que podem ser alteradas no decorrer da história.

Devemos admitir que o dissenso é válido, mesmo porque confirma a existência de um pluralismo que, se concorrente com uma estabilidade das instituições, afirma a estabilidade da própria democracia (BOBBIO, 1986:63).

Mas será que a resposta sobre o que seria a vida poderia ser simplesmente a decisão da maioria? A vontade desta valeria para qualquer tipo de questão? Bastaria a vontade da maioria para impor qualquer regra a todo grupo?

Talvez entre a Revolução Francesa e o julgamento de Nuremberg, o pensamento judiciário positivista tendesse a respeitar a ordem vigente, seja ela qual fosse (PERELMAN, 1998:184)

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA (*In* RADBRUCH, 1999:X), prefaciando a obra de GUSTAV RADBRUCH, que foi escrita no período anterior ao nazismo, demonstra claramente as idéias desse autor como retrato do positivismo da época:

“Como não se pode saber o que é justo, alguém precisa determinar o que deve ser Direito. Hoje todos reconhecem que não há Direito que não seja legal, ou positivo”; “a validade jurídica de uma norma independe da justiça do seu conteúdo”; “a tarefa do jurista consiste apenas em indagar o que é Direito, e nunca se ele é justo”.

Contudo, esse pensamento pecou por esquecer a lição de ARISTÓTELES (2003:54), segundo a qual se deve buscar o meio-termo, ou seja, afastar-se dos extremos.

Esse erro foi notado quando ocorreram os assassinatos em massa na Alemanha nazista. E esses fatos, internamente naquele país, estavam de acordo com a legalidade (PERELMAN, 1998:184; CUNHA, 1999:XI; MELLO, 2003a:16-7).

Após tais acontecimentos, o meio-termo voltou a ser lembrado, temperando-se o positivismo com o ideal de justiça (PERELMAN, 1998:185; CUNHA, 1999:XI), demonstrando um retorno ao direito natural, mas não na sua forma pura (PERELMAN, 1998:185).

ALF ROSS, a esse respeito, escreve em um tópico que denomina “O renascimento do direito natural” (2003:296/7):

Da mesma maneira, as atrocidades de Hitler contribuíram certamente para promover o crescente desejo de confirmar a crença nos direitos humanos, tal como o regime de violência alemão nos países ocupados estimulou a ânsia de afirmar em termos absolutos a diferença entre o direito e o poder e fundamentar o direito numa idéia absoluta.

Contudo, o direito natural que hoje predomina na porção majoritária da filosofia jurídica não é uma ressurreição dos sistemas

racionalistas do século XVIII, mas uma linha de escolaticismo que foi retomada.

Enfim, parece que corremos o risco de, ao admitirmos a utilização das células-tronco embrionárias com a destruição de embriões, estarmos permitindo a prática de atos que guardariam pontos em comum com o massacre de Auschwitz.

Note-se que o argumento de que a cura de pessoas doentes estaria sendo barrada se não se pudesse utilizar as células-tronco embrionárias deve ser balanceado pelo fato de as pesquisas com células-tronco adultas já estarem bem mais avançadas e não trazerem, em princípio, qualquer questão ética (MARTINS *et EÇA*, 2005).

O que parece pesar em desfavor dos embriões consiste no fato de que os seres humanos em fase mais avançada de desenvolvimento, ou seja, os “nascidos” com eles não se identificam, não formando um vínculo sentimental.

Daí que a diferença entre destruir um embrião e um “nascido” nos faz lembrar uma distinção feita entre Auschwitz e Hiroshima (NEIMAN, 2003:277):

Em muitos contextos, é importante examinar as diferenças entre os tipos de extermínio em massa que marcam nosso mundo. O filósofo judeu alemão Günther Anders, por exemplo, argumentou que crimes como aqueles cometidos em Auschwitz são ameaças maiores à alma humana, enquanto o que aconteceu em Hiroshima constitui uma ameaça maior à humanidade em si. Pois, escreveu ele, é preciso um coração mais duro para conduzir uma criança a uma câmara de gás do que para jogar uma bomba em cima dela.

Apesar desse alerta, na prática, o conceito de vida, como é natural dos conceitos, será convencional, e a convenção é o que se estabelece em dado local em determinada época, seja isso certo ou errado.

Tanto é que já se começam a produzir normas para regular o assunto, às vezes de forma aparentemente contraditória, a exemplo do Conselho da Europa, que, no art. 18 do Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina, ao mesmo tempo que determina a proteção do embrião *in vitro* em experimentações permitidas por lei, proíbe a constituição de embriões humanos com fins de experimentação (CASABONA, 2004:142).

## **1.6 VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição da República, que é de onde partem as normas, não define a vida ou onde esta começa.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (1998:206), tratando do início da vida e da permissão do aborto, afirmou que seria o legislador, principalmente no âmbito do direito penal, que definiria o início da vida.

O Código Civil, por seu turno, dispõe que são assegurados ao nascituro seus direitos desde sua concepção.

Mesmo se se tomar por critério de início da vida uma norma infraconstitucional, é certo que uma lei posterior que permita a violação do óvulo fecundado importará o afastamento ou, conforme o caso, a revogação da norma incompatível pelo critério cronológico de solução de antinomias.

Mas a vida, para efeito de garantia e proteção constitucional, não pode ser interpretada com base em uma norma infraconstitucional, pois uma das regras de hermenêutica diz que a Constituição deve ser interpretada com base nela própria.

A propósito, o Ministro CELSO DE MELLO, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em decisão proferida nos autos da petição 3270/SC, publicada no Informativo do STF n.º 370:

Em suma: o Congresso Nacional não pode, simplesmente porque não dispõe dessa prerrogativa, interpretar a Constituição, mediante simples atividade normativa de caráter ordinário, ainda mais quando essa interpretação, veiculada em sede meramente legal, afetar exegese que o Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guardião da Lei Fundamental, haja dado ao texto da Carta Política. Cabe rememorar, no ponto, a esse respeito, a lição do ilustre magistrado ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE ("Revista de Direito Renovar", vol. 24/78-79, set/dez 02), que também recusa, ao

Poder Legislativo, a possibilidade de, mediante verdadeira "sentença legislativa", explicitar, em texto de lei, o significado da Constituição: "Na direção inversa - da harmonização do texto constitucional com a lei - haveria a denominada 'interpretação da Constituição conforme as leis', mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de 'mão trocada' se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos. O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma 'legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis'. Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação 'correta' do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este.

Embora não constante expressamente na Constituição Federal o conceito de vida, este poderia ser buscado nos tratados que versem sobre direitos humanos, pois, nos termos do §2.º do art. 5.º, da Constituição Federal, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Com efeito, a melhor interpretação dessa norma nos leva a crer que um tratado em que haja a proteção de um direito da pessoa humana não previsto na Constituição é recebido por ela como norma constitucional.

Isso porque, se esse parágrafo 2.º não existisse, nada impediria a criação de um direito humano por norma infraconstitucional ou mesmo por tratado. Para que esse parágrafo tenha utilidade, é imperativo reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados e mesmo normas infra-constitucionais que protejam direitos humanos.

É a conclusão a que chegamos pela aplicação do princípio da máxima efetividade da norma constitucional. A esse respeito, ALEXANDRE DE MORAES aduz que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia conceda-lhe." (2002:109)

Nessa linha, tendo em vista que o Pacto de São José da Costa Rica determina em seu Art. 4.º, 1, que a vida deve ser protegida desde a concepção, teríamos uma norma de hierarquia constitucional definindo que a vida começa em tal momento, tornando inconstitucionais quaisquer disposições em contrário.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em seu voto proferido nos autos do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 79.785-7/RJ, informou que encontrou na doutrina somente CELSO ALBUQUERQUE DE MELLO defendendo tal tese.

Entretanto, nesse mesmo julgado, vemos que também o Ministro CARLOS VELLOSO é partidário de tal corrente.

E ainda temos na doutrina o magistério de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (2001):

O artigo 5, parágrafo 2, de nossa Constituição Federal de 1988, resultou de proposta que apresentei, na época como Consultor Jurídico do Itamaraty, à Assembléia Nacional Constituinte, em audiência pública do dia 29 de abril de 1987, tal como consta das Atas das Comissões da Assembléia Nacional Constituinte. Por força desse dispositivo, os direitos e garantias expressos na Constituição Brasileira de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja Parte (artigo 5, parágrafo 2). E acrescenta nossa



Constituição que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5, parágrafo 1).

As razões que me levaram a formular aquela proposta, e o sentido da mesma, encontram-se relatados em meu livro *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas* (2a. edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília / Edições Humanidades, 2000, pp. 139-143 e 169-182), e não caberia aqui repeti-las. Hoje, decorridos 13 anos desde que se tornou o parágrafo 2 do artigo 5 de nossa Constituição, ao constatar o descaso com que aquela disposição é tratada pelo poder público, e em particular pelo Poder Judiciário (com raras e honrosas exceções), pergunto-me se não teria sido alçada a nível constitucional por milagre, acidente ou descuido, tamanha a falta de consciência social imperante em nosso establishment legal. Não vejo qualquer obstáculo jurídico a que seja devidamente aplicada, mas sim uma lamentável falta de vontade (animus) em fazê-lo; ao contrário, sua não-aplicação redundaria em responsabilidade por omissão de um ou mais dos poderes do Estado.

Na linha de raciocínio dessa corrente, seria inconstitucional o §3.º do art. 5.º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/05:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Isso porque, conquanto tenha permitido a hierarquia constitucional dos tratados incorporados, exigiu procedimento mais rigoroso para que eles adquirissem tal *status* do que o adotado normalmente, afrontando a autoridade do §2.º do art. 5.º da Constituição Federal.

Nada obstante, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, antes dessa Emenda Constitucional, já entendia majoritariamente que o tratado incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro seria sempre lei ordinária, independentemente da matéria, ainda que versasse sobre direitos humanos, conforme se verifica na ementa do julgamento da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480/DF:

**SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

Da mesma forma, nos seguintes julgados, dos quais transcrevemos a parte que importa das ementas:

**EMENTA:** I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. [...]. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. [...] (Pleno, RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 29/03/2000, maioria, DJ 22-11-2002, p. 57)

**E M E N T A:** HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL QUE, SEM JUSTO MOTIVO, DEIXA DE RESTITUIR OS BENS PENHORADOS - INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA CARACTERIZADA - POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA

PRISÃO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA PROPOSITURA DE AÇÃO DE DEPÓSITO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - RECURSO IMPROVIDO. PRISÃO CIVIL, DEPOSITÁRIO JUDICIAL DE BENS PENHORADOS E INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA. – [...]. A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (lex generalis) - a legislação doméstica de natureza especial (lex specialis), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel.

(2.<sup>a</sup> Turma, RHC 80035 / SC, Relator Min. CELSO DE MELLO, j. 21/11/2000, maioria, DJ 17-08-2001, p. 53)

EMENTA: "HABEAS-CORPUS" PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.[...] II - Mérito.[...]. 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.

(2.<sup>a</sup> Turma, HC 73044 / SP, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 19/03/1996, maioria e unânime, DJ 20-09-1996, p.34534)

Diante disso, não nos parece que venha a julgar inconstitucional o §3.º do art 5.º da Constituição Federal.

Independentemente dessa discussão, entendemos que a fixação da concepção como início da vida pode ser extraída da própria interpretação direta da Constituição Federal, de acordo com a regra de hermenêutica segundo a qual o sentido da norma deve ser o mais singular, pois a Constituição é a carta do povo, de todo o povo, e não apenas dos doutos.

Por isso, CELSO RIBEIRO BASTOS afirma que “o discurso coloquial da Constituição é voltado para todos os membros da sociedade política” (1990:105).

Se é certo que antes da união do espermatozóide com o óvulo podemos afirmar com certeza que não há vida, o mesmo não podemos dizer após o momento da fecundação.

Mas a fecundação *in vitro* poderia ser considerada concepção? Teria vida o óvulo fecundado *in vitro*?

Para P. ESTELLÉS (*apud* SILVA, 2005), “não é mais possível manter uma posição intermediária no sentido de não considerar o concebido um objeto, mas também não lhe reconhecer a qualidade de sujeito”.

REINALDO PEREIRA E SILVA (2005) defende direitos iguais ao concebido no útero ou *in vitro*. No mesmo sentido JOAQUIM TOLEDO LORENTZ (2002:340) e JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES (2004:165).

Entendemos que a concepção, mesmo *in vitro*, gera a vida.

Mesmo que se alegue não ser possível esse óvulo fecundado *in vitro* tornar-se um ser humano sem sua implantação, ao que parece se trata de uma alegação que toma como ponto de partida o atual estágio da ciência.

Segundo ANTONIO CARLOS CAMPOS DE CARVALHO (2004), somente há aproximadamente 20 (vinte) anos tornou-se possível o cultivo de células-tronco embrionárias em laboratório, mas células-tronco embrionárias de camundongos.

Parece-nos óbvio que se ainda não foi descoberta uma forma de permitir o desenvolvimento do zigoto sem a nidação, é apenas uma questão de tempo para que isso venha a ocorrer.

Assim, não se trata de impossibilidade absoluta, mas relativa, de um embrião fecundado *in vitro* se tornar um ser humano completo sem depender do útero.

Poderíamos, ainda, suscitar a aplicação de um princípio para fundamentar nossa posição: o **princípio da ordem natural das coisas**, princípio este que é extraído da natureza por meio da razão.

De acordo com esse princípio, o homem não deveria alterar o curso que a natureza estabeleceu para o mundo, não porque isso seja impossível, mas pelas consequências danosas que podem resultar das alterações.

Daí, por exemplo, as mudanças climáticas e tempestades causadas pelo aquecimento global.

A natureza também indica não ser de acordo com seus ditames abreviar a vida do próximo, mas ela própria nos mostra ser legítima tal abreviação quando ocorre em defesa da própria vida, ou seja, a legítima defesa.

Trazendo esse princípio para o âmbito das células-tronco embrionárias, podemos inferir que a continuidade natural do óvulo fecundado é seu desenvolvimento, ao passo que o espermatozóide e o óvulo, sem a fecundação, estão fadados a fenecer.

Verifica-se, diante disso, não ser aplicável o posicionamento daqueles que defendem que a vida começa com a formação do sistema nervoso com base na alegação de que ela terminaria com a morte encefálica. Ora, após a morte encefálica, o processo natural leva à falência progressiva do corpo, num caminho sem volta, ou seja, vida não mais haverá.

Por outro lado, no caso do óvulo fecundado, a ordem natural das coisas determina a formação do sistema nervoso. Se se alega que vida não haveria antes dessa formação, não se pode alegar que ela não haveria se não houvesse uma interrupção nesse processo.

Em suma, a vida não é um processo de direção dupla. É de único sentido. Assim, a intervenção humana após a morte encefálica não interfere na vida, mas a manipulação dos óvulos fecundados, antes da formação do sistema nervoso, representará, sim, uma alteração da ordem natural.

Nada obstante nossa opinião, o que vale, na prática, é o ordenamento jurídico vigente e sua aplicação.

A título de ilustração, tratando do tema aborto na jurisprudência de constitucional no direito comparado dos Estados Unidos, França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Canadá, bem como na Corte Européia de Direitos Humanos, DANIEL SARMENTO verificou que, de um modo geral, “reconheceu-se estatuto constitucional ao interesse na preservação da vida do nascituro, que aumenta na medida em que progride a gestação” (2005:59). Mas, por outro lado, tal reconhecimento foi balanceado diante dos direitos da gestante. Em suma, embora abrangido pelo direito à vida, esse direito não teria a mesma magnitude conferida aos seres humanos nascidos.

Nessa linha, veremos como a recém-editada Lei de Biossegurança, Lei n.º 11.105/05, tratou do assunto.

### 1.6.1 APLICAÇÕES DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PERMITIDAS PELA LEI 11.105/05 E O DIREITO À VIDA

A Lei 11.105/05 trata predominantemente das atividades envolvendo ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS – OGM.

Nos termos do art. 3.º, V, dessa lei, OGM é o “organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”. Os OGM também são conhecidos como transgênicos.

Apesar disso, as diretrizes traçadas em seu artigo 1.º aplicam-se também às células-tronco embrionárias:

Art. 1.º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, **tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.** (destacamos)

O princípio da precaução prega que, na ausência de certeza quanto aos efeitos nocivos de determinada atividade, decida-se por não praticá-la ou que se tome medidas de prevenção, conforme a aceitabilidade ou não dos riscos. Dito de outra forma, deve-se prevenir não apenas quando se sabe, mas principalmente quando se desconhece eventuais riscos (MACHADO, 2002:62).

Embora esse artigo só faça referência a sua aplicabilidade para a proteção do meio ambiente, ele deve ser aplicado também para os seres humanos.

É que meio ambiente, nos termos do art. 3.º, I, da Lei n.º 6938/81, “é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, o que para nós inclui o próprio ser humano.

Ainda que assim não fosse, não se deve olvidar que a proteção do meio ambiente se faz tendo em vista sua essencialidade para a própria vida humana. Daí a preocupação com a averiguação até mesmo da potencialidade danosa contra esse bem e a determinação para que o Poder Público controle as atividades que possam representar riscos, conforme se depreende do art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - 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;

No tópico 1.5 *supra*, verificamos que a utilização de célula-tronco embrionária pressupõe sua retirada do embrião, que, por sua vez, implica destruição deste.

Como o *caput* do art. 1.º da Lei 11.105/05 prega a proteção à vida e à saúde humana, dessumimos que essa Lei não considera como vida humana nem os “embriões inviáveis” e nem os “embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”, uma vez que nos termos do *caput* do art. 5.º, foi “permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco

embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”.

Como condições para essa utilização, a Lei de Biossegurança exige o consentimento dos genitores e a aprovação do projeto da instituição de pesquisa e serviços de saúde pelos respectivos comitês de ética em pesquisa, conforme parágrafos 1.º e 2.º do art. 5.º. Além disso, proíbe o comércio desses embriões no parágrafo 3.º do mesmo artigo.

Apesar de todo esse condicionamento, estaria ocorrendo ofensa ao direito à vida previsto na Constituição?

Argumenta-se que esses embriões congelados e os inviáveis seriam descartados, de modo que seria melhor utilizá-los para salvar vidas. Esse argumento é lembrado por JOSÉ ROBERTO GOLDIM (2002):

Os que defendem a realização de pesquisas com células tronco embrionárias humanas utilizam o raciocínio moral de que um bem social, que será útil para muitas pessoas que sofrem de doenças hoje incuráveis, se sobrepõe ao de um indivíduo. Ainda mais quando este indivíduo é um embrião em fases iniciais.

Se considerarmos legítimo esse descarte, então deveremos convir necessariamente que realmente é melhor utilizá-los para um fim mais nobre.

Mas o maior problema de todos, segundo entendemos, não está na utilização ou não desses embriões congelados e inviáveis.

Está no fato de serem produzidos embriões excedentários *in vitro*, que normalmente, não serão utilizados. Seria admitido por nosso ordenamento tal atividade?

Essa definição é essencial para que haja segurança jurídica para os cientistas, uma vez que não se afasta a possibilidade de alguém vir a alegar que o descarte de embriões pode representar a destruição da vida humana (MEIRELLES, 2004:170) e tentar enquadrar essa conduta inclusive nos tipos penais.

A Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina cuida de alguns aspectos do tratamento dos embriões excedentários do processo de fertilização assistida.

Entre outras coisas, prevê que o número ideal de embriões a serem transferidos não exceda a quatro e proíbe a redução embrionária em caso de gravidez múltipla. Até aqui, está de acordo com a proteção da vida, respeitando a proibição ao aborto.

Determina ainda que os embriões excedentes sejam criopreservados e veda seu descarte ou destruição.

Mas só o fato de serem produzidos mais embriões do que serão implantados já constitui, segundo entendemos, ofensa à dignidade da pessoa humana, pois tais seres não deixarão de ser tratados, na prática, como “material biológico”, sem falar que não há como garantir que essa criopreservação proteja de fato sua integridade (MEIRELLES, 2004:168).

Voltando ao questionamento acima formulado a respeito de estar havendo violação ao direito à vida pela Lei de Biossegurança, o então Procurador Geral da República, CLÁUDIO FONTELLES, entendeu que sim, o que motivou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510, em que pleiteou a declaração da inconstitucionalidade do art. 5.º e respectivos parágrafos da Lei 11.105/05.

Para ele, esses dispositivos violariam o art. 1.º, III, e art. 5.º, *caput*, da Constituição da República, baseado na tese central de que “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, o que abrangia a fecundação *in vitro*.

Apesar da forte sustentação do Procurador Geral da República, enquanto não acolhido o pedido da ADI, está permitida a utilização das células-tronco embrionárias nos termos acima mencionados.

## 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL E CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

### 2.1 RESPONSABILIDADE

No meio vulgar, responsabilidade abrange a idéia de uma situação de encargo, de cuidado e por vezes de representação, em que se encontra alguém frente a determinados fatos ligados a coisas ou compreendendo atos próprios ou de terceiros.

Em razão dessa vinculação, cabe ao responsável tanto os bônus quanto os ônus decorrentes de sua conduta em relação ao objeto de sua custódia.

Quando um grupo de guerreiros perde uma batalha, normalmente se atribui a derrota ao comandante, mesmo porque aqueles estão subordinados a este. Por outro lado, é justo que em caso de vitória as honrarias sejam atribuídas ao chefe do grupo. Daí, internamente, este distribui as homenagens a seus subordinados.

Nesse quadro, o líder é o responsável.

No meio jurídico, é difícil encontrarmos na doutrina um conceito claro, quer de responsabilidade, quer de responsabilidade civil.

Essa dificuldade também é apontada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1998:7/10), mas este autor apresenta seu conceito de responsabilidade civil nos seguintes termos: “A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma” (1998:11).

SÍLVIO DE SALVO VENOSA anota que, em sentido amplo, responsabilidade “encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação” (2004:12).

Também RUI STOCO (2004:118) atrela a idéia de responsabilidade à “necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos.”

SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2003:26) arremata que responsabilidade “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”.

HANS KELSEN (1994:138), por sua vez, sustenta que responsabilidade é “relação do indivíduo contra o qual o ato coercitivo é dirigido com o delito por ele ou por outrem cometido.” Segundo este autor (2005:93), “dizer que uma pessoa é juridicamente responsável por certa conduta ou que ela arca com a responsabilidade jurídica por essa conduta significa que ela está sujeita a sanção em caso de conduta contrária.” Nessa linha “responsabilidade – como já foi assinalado- não é uma obrigação mas uma condição pela qual um indivíduo se torna sujeito a uma sanção.” (2000:288)

Com esse conteúdo semântico de responsabilidade, diz-se que um sujeito foi responsabilizado em razão de um ilícito.

Mas se assim é, responsável ele já era antes de tal descumprimento. Dito de outra forma: antes de uma norma ser descumprida, já existe responsabilidade.

Por que, então, não é enfocada a responsabilidade antes do descumprimento de um dever?

Porque, se o importante para o direito é que a sociedade se comporte conforme seus ditames, então só lhe terá relevo os comportamentos patológicos, isto é, que lhe são contrários. Daí, a necessidade de reger tais situações, normalmente com as sanções.

Aliás, quando o legislador entende que determinado fato não tem relevância na sociedade, simplesmente não o regula (MELLO, 2003a:14).

Ocorre algo análogo com nosso corpo. Quando temos uma dor de cabeça, dificilmente deixamos de pensar nela, ou melhor, fazemos o possível para curá-la. Mas quando não temos dor de cabeça, não ficamos o tempo inteiro pensando que nossa cabeça não está doendo.

Em suma, o desequilíbrio é que causa movimento em busca do equilíbrio.

Por isso, verifica-se a responsabilidade não tanto no seu aspecto potencial e estático, mas primordialmente no seu lado ativo e dinâmico, ou seja, somente no momento em que há o descumprimento de dever, ou melhor, violação da norma.

Diante disso, verifica-se no caso concreto quais as conseqüências do descumprimento do dever e a quem elas são imputadas.

Essas conseqüências se traduzem em dever sucessivo, como identifica SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2003:26)

Antes de concluirmos acerca do conceito mais preciso de responsabilidade, vejamos seus fundamentos.

A vida em sociedade traz aos seus componentes benefícios que não seriam conseguidos fora dela. Mas também traz malefícios.

Entre os malefícios, podemos citar a constante possibilidade de surgirem conflitos. Muitos conflitos surgem quando um indivíduo é lesado em seus interesses e o ofensor não quer ou não pode tornar a situação ao estado anterior.

Para que esses conflitos não acabem em batalhas, é necessária a intervenção do Estado.

Um dos instrumentos utilizados para tentar solucionar tais conflitos, num primeiro momento, é a proteção de determinados interesses, impondo uma sanção ao ofensor destes ou ao responsável pela ofensa.

Sanção, contudo, não necessariamente é punitiva ou consequência de comportamento contrário às normas impostas, como assinada HANS KELSEN (1994:26):

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal –a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos- a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.

Diante de tantos interesses que são protegidos juridicamente, isto é, diante de tantos direitos na sociedade, há, em contrapartida, para cada um, o respectivo dever de não lesar.

Não é necessário, dessa forma, sustentar a existência de um dever genérico de não lesar baseado nos princípios gerais do direito, notadamente no princípio do *leminem laedere*, como fazem alguns autores para justificar a responsabilidade extracontratual (GONÇALVES, 2003:28; STOCO, 2004:118), pois tal dever pode ser obtido a partir de cada direito atribuído expressamente pela legislação. ANTÔNIO JEOVÁ DA SILVA DOS SANTOS também tem essa percepção (2001:32)

Partindo desses fundamentos, podemos buscar o conceito de responsabilidade por meio da idéia de responsável. Responsável é o que responde, quem sofre a sanção.

Logo, **responsabilidade é situação jurídica de suscetibilidade de sofrer sanção, no plano abstrato. Em concreto, ou seja, quando ocorre o ilícito, responsabilidade é a exigibilidade e sujeição à sanção.** A propósito, NORBERTO BOBBIO (2003:154) coloca a sanção como resposta à violação da norma.

O caráter da exigibilidade da responsabilidade serve para diferenciá-la do débito, de acordo com as palavras de SILVIO DE SALVO VENOSA (2004a:428), quando esclarece o contrato de fiança:

Na fiança, existe a responsabilidade, mas não existe o débito, dentro da díade *Schuld und Haftung*. Lembre-se do que dissemos a respeito da dívida natural, exemplo contrário, a qual possui débito, mas não responsabilidade, pois não é juridicamente exigível...

Também HANS KELSEN (1994:133/4) faz referência à distinção entre dever e responsabilidade, mas focando o sujeito de quem se exige:

Conceito essencialmente ligado com o conceito de dever jurídico, mas que dele deve ser distinguido, é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposta de um ato coercitivo (como sanção). Mas este ato coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida – como já se fez notar – contra o

indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo, contra o delinqüente, mas pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica.

O atrelamento do conceito de responsabilidade com a aplicação terapêutica das células-tronco embrionárias nos leva a afirmar que aquela poderá ser configurada tanto pela utilização ilícita das células-tronco embrionárias, quanto pela utilização lícita mas que cause um dano (ilícito).

Definido o que seja responsabilidade, o que seria então responsabilidade civil?

Quando se diz “responsabilidade civil”, o termo “civil” é utilizado para diferenciar esse “tipo” de responsabilidade dos outros “tipos” existentes, que podem ser sintentizados em criminal (ou penal) e administrativa.

Conquanto não separe de forma absoluta em três esferas estanques a responsabilidade, é expressamente prevista na legislação, conforme, por exemplo, o §3.º do art. 225 da Constituição Federal.

## **2.2 RESPONSABILIDADE: CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA**

Essa classificação é feita de acordo com o objetivo primordial da sanção.

A responsabilidade penal é consequência de infração penal, visando a inibir ocorrência de crimes, ou seja, determinados comportamentos não desejados por meio da imposição de penas.

Pune-se para dar exemplo na sociedade, de modo a educar e intimidar o infrator e os outros membros da sociedade para que não cometam outra infração.

Talvez por ter em mente o elemento subjetivo, isto é, o ânimo do indivíduo, na medida em que espera que ele entenda o que é certo e o que é errado e possa dessa forma agir de acordo com os ditames sociais, no âmbito criminal existe ojeriza à responsabilização objetiva, isto é, sem que se leve em conta a intenção do agente como elemento do crime.

A responsabilidade civil, segundo doutrina majoritária, visaria a ressarcir o membro da sociedade que foi lesado (VENOSA, 2003:590; CAVALIERI FILHO, 20003:36; STOCO, 2004:121/2).

É também o posicionamento de HANS KELSEN, para quem “mais fundamental é a diferença de propósito: ao passo que o Direito criminal tem como fim a retribuição ou, segundo a visão moderna, a coibição, *i.e.*, a prevenção, o Direito civil tem como fim a reparação” (2005:72).

Para nós, a sanção abrange não só a penalidade imposta, mas, dependendo do caso, o cumprimento coercitivo do próprio dever que estava inadimplido. Imaginando, por exemplo, a obrigação de entregar um objeto em determinada data sob pena de multa. Caso a norma seja violada, ou seja, caso o objeto não seja entregue na data estipulada, a sanção abrangerá, além da multa, também a busca forçada do objeto e sua entrega ao titular do direito, caso o devedor se negue a fazê-lo espontaneamente. E se o objeto não puder ser entregue, será devido o equivalente, conforme art. 234 do Código Civil.

HANS KELSEN, ao que tudo indica, parece adotar essa posição, quando se refere à execução civil (2005:71).

Porém, não se pode negar que o dever de reparar não deixa de ter caráter punitivo da mesma forma que na responsabilidade criminal. Dito de outra forma, não se nega que também se trata de uma sanção punitiva, de modo a inibir violações à norma.

Se se considera a reparação de um dano como elemento distintivo da responsabilidade civil, vemos, por exemplo, no art. 940 do Código Civil uma hipótese de difícil visualização daquele:

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Não estamos dizendo que não haja dano no plano concreto, mas sim que ele não é elemento do dispositivo legal, isto é, não é requisito para a sanção de pagar em dobro, ou, utilizando-se de termos da ciência criminal, não é elemento típico.



Se se alega que o dever de entregar quantia em dinheiro seria peculiar da responsabilidade civil, veremos que o Código Penal também contempla penas desse tipo:

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º **A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima**, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.  
[...]

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

Obviamente que conseguimos encontrar certas peculiaridades, seja na responsabilidade “civil”, seja na “criminal”: enquanto na civil é o patrimônio que normalmente é afetado pela responsabilidade (art.942 Código Civil), na penal pode-se afetar a própria liberdade do infrator. Daí que, naquela, se o infrator não tiver condições econômicas de ressarcir, o processo provavelmente será extinto, sem sucesso na satisfação do crédito. Por outro lado, na responsabilidade criminal, até mesmo os indivíduos sem patrimônio podem sofrer a eficácia da sanção. Deve-se mencionar, todavia, que, se a privação de liberdade for convertida em medida de outra natureza, também a responsabilidade criminal poderá estar fadada ao insucesso em relação ao seu papel.

Com base nesse último caráter distintivo, consistente na possibilidade de se atingir a liberdade do indivíduo, poderíamos dizer que a responsabilidade penal seria aquela decorrente de um crime ou de uma contravenção, com base na definição contida no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-lei n.º 3914/41:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Mas esse critério também é abalado quando se constata no inciso LXVII do art. 5.º da Constituição da República a possibilidade de prisão civil por dívida pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Uma outra diferença que merece ser mencionada é que o dever decorrente de um ato ilícito para um indivíduo responsabilizado criminalmente não se transfere para seus herdeiros, no que diz respeito à pena. Mas o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil, acompanha a herança (art. 5.º, XLV, Constituição Federal).

A Lei n.º 11.105/05, conquanto tenha tratado predominantemente das atividades envolvendo organismos geneticamente modificados, também estabeleceu crimes ligados diretamente à utilização de células-tronco embrionárias:

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

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.  
[...]

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5.º desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1o (VETADO)

§ 2o Agrava-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

A terceira “modalidade” de responsabilidade, administrativa, tem por escopo a implementação do poder de polícia, conceituado no art. 78 do CTN nos seguintes termos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Para cumprir seu papel, a Administração Pública ora adota medidas de caráter inibitório (por exemplo: multas, revogação ou não-concessão de privilégios), ora de caráter impeditivo (por exemplo: suspensão, paralisação, interdição de atividades).

Acerca da responsabilidade administrativa, a Lei 11.105/05 trouxe as seguintes disposições:

Art. 21. Considera-se infração administrativa toda ação ou omissão que viole as normas previstas nesta Lei e demais disposições legais pertinentes.

Parágrafo único. As infrações administrativas serão punidas na forma estabelecida no regulamento desta Lei, independentemente das medidas cautelares de apreensão de produtos, suspensão de venda de produto e embargos de atividades, com as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa;

III – apreensão de OGM e seus derivados;

IV – suspensão da venda de OGM e seus derivados;

V – embargo da atividade;

VI – interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento;

VII – suspensão de registro, licença ou autorização;

VIII – cancelamento de registro, licença ou autorização;

IX – perda ou restrição de incentivo e benefício fiscal concedidos pelo governo;

X – perda ou suspensão da participação em linha de financiamento em estabelecimento oficial de crédito;

XI – intervenção no estabelecimento;

XII – proibição de contratar com a administração pública, por período de até 5 (cinco) anos.

Como se nota, entre as sanções administrativas também existe a multa, da mesma forma que na responsabilidade civil e na penal. Outrossim, verificamos penas que restringem direitos de modo semelhante ao que ocorre no direito penal.

Após essa diferenciação, aprofundar-nos-emos mais um pouco na responsabilidade civil, que faz parte do tema deste trabalho.

A responsabilidade civil está regulada em traços gerais no Código Civil. Mas em outras partes do ordenamento são encontrados dispositivos tratando de pontos específicos de tal assunto. A título de exemplo, temos a Lei n.º 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Decreto n.º 2681/1912 (responsabilidade civil das estradas de ferro).

Definido o que seja responsabilidade, vejamos como a responsabilidade civil é conceituada pela doutrina.

Eis a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2003:26):

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Para MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA, a responsabilidade civil configura-se pelo ressarcimento patrimonial de um interesse protegido pelo direito que seja injustamente lesionado (1999:621).

Assim, pelo que constatamos na doutrina, no âmbito civil, responsabilidade civil circunscreve-se ao dever de reparar um dano (VENOSA, 2004:13; GONÇALVES, 2003:17).

De fato, num primeiro momento, o Código Civil leva a crer que a reparação de um dano ilícitamente causado seria o cerne da responsabilidade civil, conforme o disposto em seu art. 927, que abre o Título sobre o assunto: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Aliás, o Capítulo I em que se insere esse art. 927 é chamado “Da Obrigação de Indenizar”. Indenização, estritamente falando, é tornar indene, sem danos.

Contudo, conforme se viu no supramencionado art. 940 do Código Civil, nem sempre há dano e, por conseguinte, não necessariamente uma prestação a que se obriga o responsável será uma reparação.

Aliás, o próprio Código Civil diz claramente no art. 942 que o art. 940 trata de uma penalidade.

Por isso, deve-se entender indenização não ao pé da letra, como sinônimo de tornar sem danos, mas simplesmente como a entrega de um proveito, de uma vantagem –não necessariamente dinheiro–, para que o termo possa ser adequadamente aproveitado dentro do sistema normativo.

Concluimos, assim, que **responsabilidade civil é situação jurídica de suscetibilidade de sofrer sanção, cujo objetivo seja primordialmente reparar um dano ou trazer uma vantagem para a vítima do ilícito.**

A aplicação de células-tronco embrionárias somente ensejará sanção, em princípio, se houver dano, embora, conforme visto acima, este não seja elemento essencial da responsabilidade civil.

Essa ilação pode ser extraída do disposto no art. 20 da Lei de Biossegurança:

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos **danos** ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa. (grifamos)

### **2.3 CULPA**

A culpa não é essencial para que haja responsabilidade, pois há responsabilidade sem culpa.

Porém, seu estudo é imprescindível e deve ser prévio ao estudo dos responsáveis, estes sim elementos presentes em toda responsabilidade civil.

É que o estudo da culpa ajudará a compreender a responsabilidade daqueles que não possuem capacidade mental adequada para perceber o ilícito ou suas conseqüências.

Vejamos então a culpa.

Uma situação ideal é aquela em que as pessoas não causam danos umas às outras.

Como não é possível evitar que haja lesões a interesses, a norma impõe certas conseqüências desagradáveis aos causadores.

A desagradabilidade de uma conseqüência é obtida por meio de um juízo de valor que o legislador aplica a determinado contexto local e temporal. Isso porque, o que é bom hoje, não necessariamente será amanhã. Da mesma forma, o que não se gosta em determinado local, pode ser adorado em outro.

Daí, com a existência da norma de não lesar o próximo e da conseqüência de sua violação, o legislador espera que aqueles que tenham a intenção de lesar poderão se sentir inibidos em agir.

Além disso, mesmo aqueles que não tenham intenção de lesar, procurarão ter mais cuidado para que não causem nenhum dano a outrem.

Caso a norma seja violada, seja intencionalmente, seja pela falta do cuidado necessário, dir-se-á que houve culpa.

Assim, culpa, em sentido amplo, abrange tanto a intenção de lesar, conhecida como **dolo**, como a falta de cuidado para que não haja lesão, chamada de **culpa em sentido estrito**.

CLÓVIS BEVILÁQUA, a respeito, preleciona (1940:426):

O dolo consiste na intenção de offender o direito ou prejudicar o patrimonio por acção ou omissão. A culpa é a negligencia ou imprudencia do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuizo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente.

O grande civilista utiliza esse dever preexistente para, de acordo com sua origem, classificar a culpa em contratual e extracontratual (1940:426): “Se esse dever se funda em um contracto, a culpa é *contractual*; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontractual, ou *aquiliana*.”

No âmbito da responsabilidade -ou culpa- contratual, o não-cumprimento do dever estabelecido no contrato enseja, além de eventuais penalidades, como, por exemplo, multas, o adimplemento coercitivo, quando possível.

Como visto no tópico anterior, contudo, costuma-se enquadrar no campo da responsabilidade apenas a sanção pela lesão causada a outrem.

Nada obstante, reiteramos nosso entendimento de a sanção, pelo menos na responsabilidade civil, implica também a sujeição coercitiva ao cumprimento da obrigação, quando esta for possível.

Como se vê, normalmente a culpa, em sentido amplo, só tem relevância no campo do ilícito. Nunca se ouviu falar que alguém foi o culpado pela criação de uma grande obra de arte.

A culpa é um aspecto subjetivo do sujeito que comete um ilícito. Tem como parte essencial a previsibilidade, ou seja, se era possível ter conhecimento prévio de que a conduta seria ilícita.

Essa previsibilidade é aferida pelo juiz. Para tanto, ele pode basear-se em dois critérios, inclusive utilizando-os cumulativamente (CAVALIERI FILHO, 200356):

a) critério objetivo: levar em consideração se uma pessoa comum, naquela situação, teria condições de prever o resultado ilícito da conduta, ou seja, a apreciação não é feita tendo em mente o que faria uma pessoa extremamente diligente ou alguém absolutamente desleixado.

b) critério subjetivo: tomar em conta o que o efetivo ofensor e suas condições pessoais (idade, sexo, classe social, cultura etc.).

Mas nem sempre a culpa é exigida pela lei como elemento necessário para que haja o dever de reparar.

Daí, a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

Ora a lei exige que o ofensor tenha agido com culpa (sentido amplo), bem como que esta seja comprovada pela vítima para que haja o dever de reparar. Ora, apesar de exigir a existência de culpa, dispensa a vítima de prová-la, mas permite ao ofensor a prova de sua inexistência, ou seja, há uma inversão no ônus da prova. Há, ainda, hipóteses em que o dever de reparar independe da existência de culpa do ofensor.

De acordo com a exigência da culpa para haver o dever de reparar, a responsabilidade é classificada em: subjetiva, subjetiva com culpa presumida e objetiva.

### 2.3.1 FUNDAMENTOS DA DISPENSA DA CULPA

Tendo o homem livre-arbítrio para agir, o legislador não achou justo, num primeiro momento, que fossem responsabilizados aqueles que causaram um dano sem intenção de lesar, mesmo tendo tomado todos os cuidados exigidos.

Por isso, exigiu a culpa como necessária para haver responsabilização. Mas exigiu também que a vítima provasse a culpa do ofensor, baseado na regra geral de que a prova cabe àquele que alega (NERY;NERY, 2001:822):

Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador de seu direito.

É que, como dito acima, só há relevância para o direito nas situações em que a vítima quer o ressarcimento e o ofensor se nega a pagar pacificamente. Daí, é a vítima que irá a juízo e alegará o dano sofrido, por culpa do ofensor.

E essa regra geral foi adotada em nosso ordenamento, conforme se depreende do artigo 333, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Também no âmbito penal, com mais rigor, nos termos do art.156 do Código de Processo Penal: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Note-se, contudo, que já no inciso II do parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil, o legislador percebeu que não poderia admitir que as partes celebrassem acordos para inverter o ônus probatório estabelecido pela lei, quando isso dificultasse excessivamente o exercício do direito da parte.

Ocorre que, pelo menos no âmbito civil, impor o ônus da prova sempre a quem alega e apenas impedir convenções particulares que dificultem sua produção não resolvem todos os casos de injustiça.

Muitas vezes a vítima encontra incrível dificuldade de provar os fatos constitutivos de seu direito por diversos motivos, sejam técnicos, econômicos etc.. Imaginemos, por exemplo, a aquisição de um produto com defeito. O vendedor, provavelmente, alegará que foi o próprio adquirente que o danificou.

Por isso, em certos pontos do ordenamento jurídico, encontramos exceção à regra geral, isto é, em vez de a vítima ter que provar a culpa do ofensor, este é que possui o ônus de demonstrar que não foi culpado. A título de exemplo: a) no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade dos profissionais liberais depende de culpa (art. 14, §4.º), mas é permitida a

inversão do ônus probatório (art. 6.º, VIII); b) no Código Civil: o devedor em mora (art. 399) e o dono do animal que causar dano (art. 936).

Além da inversão do ônus da prova da culpa, existem ainda hipóteses em que ela sequer é cogitada como pressuposto do dever de reparar. É o que ocorre, por exemplo: a) danos causados pelo Estado na prestação de serviço público (art. 37, §6.º, Constituição Federal); danos nucleares (art. 21, XXIII, c, Constituição Federal); b) danos causados a consumidores pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 a 14 do Código de Defesa do Consumidor); c) danos causados pelo que exerce atividade de risco (art. 927, par. único, Código Civil).

Percebe-se que a teoria subjetiva (exigência de culpa) se mostra insuficiente para solucionar todos os conflitos gerados numa sociedade cada vez mais complexa e massificada (ALVES, 2003:47), levando o legislador a regular situações em que ela é dispensada.

Para justificar essa inexigibilidade de culpa, surge a teoria do risco (ALVES, 2001:52). Segundo essa teoria, aquele que exerce atividade que possui riscos por sua natureza, deve responder pelo só fato de exercê-la.

Essa teoria apresenta desdobramentos, que são assim sintetizados por VILSON RODRIGUES ALVES (2001:53/9):

a) risco-proveito: sendo a atividade potencial geradora de riscos, o fato de que existem pessoas que se beneficiam dela justifica também que respondam pelos danos dela oriundos;

b) risco-profissional: aquele que pratica atividade arriscada também deve responder pelos danos sofridos pelos seus subordinados no exercício dessa atividade.

c) risco-integral: teoria normalmente ligada às relações entre Estado e particulares, por ela, previamente se estabelecem os riscos integralmente cobertos, embora não de forma absoluta.

d) risco-criado: se a atividade abstratamente considerada possui riscos inerentes, seu exercício importa criação concreta desses riscos, justificando a responsabilidade de quem a exerce.

Cumpramos ressaltar que o risco profissional acima apontado não se confunde com a responsabilidade profissional, que, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1998:251), seria considerada por alguns autores como uma terceira espécie de responsabilidade, ao lado da aquiliana e da contratual, em que haveria uma legislação específica de regência, citando como exemplos os transportadores, os médicos, os fabricantes, os contrutores e os notários.

### **2.3.2 APLICAÇÃO TERAPÊUTICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

Ficou claro no tópico 2.3 que existe responsabilidade sem culpa, razão pela qual não consideramos que esta seja elemento essencial do instituto da responsabilidade.

Antes de analisarmos a aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias, veremos as aplicações terapêuticas em geral.

Estas, quando prestadas em caráter de serviço público, direta ou indiretamente pelo Estado, estão sob regime de responsabilidade objetiva quanto aos danos causados aos usuários.

Convém destacar que, recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 262651/SP, publicado no Informativo do STF n.º 370, a 2.ª Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu por maioria que somente os usuários do serviço público podem pleitear indenizações sem ter que provar culpa do prestador. Assim, terceiros não-usuários que sofram danos decorrentes da prestação de serviço público estão sujeitos ao regime geral da responsabilidade subjetiva.

É ressaltado ao Estado, contudo, o direito de regresso contra os agentes causadores do dano, desde que por parte deles haja dolo ou culpa.

Essas inferências são extraídas do §6.º do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37 [...]

§6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros,

assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre ser objetiva a responsabilidade do Estado, não há controvérsia no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, consoante se observa, por exemplo, nos seguintes julgados: RE 180602/SP, RE 175739/SP, RE 179147/SP, RE 109615/RJ, RE 178806/RJ, RE 176564/SP.

Também será objetiva a responsabilidade quando a aplicação terapêutica se der em uma relação de consumo, por força do que dispõe o art. 14 da Lei 8078/90, Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ressalte-se, todavia, que mesmo em se tratando de relação de consumo, dispõe o § 4.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidorl que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Contudo, se se tratar de empresário individual, a responsabilidade também será objetiva, seja em decorrência do que prevê o art. 14 do Código de Defesa do Consumidorl, seja por aplicação do art. 931 do Código Civil:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

O fato de esse dispositivo mencionar apenas “produtos”, em princípio, não afasta sua incidência sobre serviços prestados.

Quanto à diferenciação entre profissional liberal e empresário, pode-se recorrer inicialmente ao art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, como lembra RUI STOCO (2004:545), que remete ao anexo II desse mesmo diploma.

Convém também utilizar o que dispõe o art. 966 e parágrafo único do Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

O que deve ser mencionado com relação aos serviços prestados em relação de consumo é que o ônus da prova poderá ser invertido, com base no disposto no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidorl:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Contudo, em regra, não basta o simples dano causado pela prestação do serviço para que se acarrete a responsabilidade na relação de consumo. Isso porque o próprio *caput* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidorl, supramencionado, exige que tenha havido um defeito na prestação ou “informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Há defeito no serviço, nos termos do §1.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidorl, “quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.”

Deve ser lembrado que um serviço não é considerado defeituoso pelo fato de surgir uma nova modalidade no mercado que pode ser considerada melhor, consoante se

depreende da redação do § 2.º do art. 14: “O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.”

Caracterizadas as hipóteses do *caput* do art. 14, o Código de Defesa do Consumidor só admite como excludentes a prova feita pelo prestador de que que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu ou que a culpa seja exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Convém lembrar que o fato de a entidade que presta o serviço não ter fins lucrativos não exclui sua caracterização como relação de consumo, consoante já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

116048861 – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS DE CARÁTER BENEFICENTE E FILANTRÓPICO – PRESTAÇÃO DE – Serviços médicos, hospitalares, odontológicos e jurídicos a seus associados. Relação de consumo caracterizada. Possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. - Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ – RESP 519310 – SP – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJU 24.05.2004 – p. 00262) (*In* CD Juris Síntese IOB n.º 51 Jan-Fev/2005)

Mas se o serviço for prestado gratuitamente, parece-nos, todavia, que poderá ser afastada sua configuração como relação de consumo, pois o § 2º do art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor exige que a atividade seja prestada mediante **remuneração**.

Ao que parece, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO considera que tributos não entram na categoria de remuneração (GRINOVER *et al.*, 1998:41). Daí ser possível, segundo entendemos, excluir os serviços públicos gratuitos da relação de consumo, embora isso não isente o Estado de responder objetivamente, em razão do que dispõe o §6.º do art. 37 da Constituição.

De qualquer forma, tratando-se de serviço que envolva a aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias, parece-nos que a responsabilidade será sempre objetiva, mesmo que se trate de profissional liberal, caso esteja em atuação autônoma e independente, em razão do que dispõe o art. 20 da Lei n.º 11.105/05:

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

Entretanto, se a pesquisa e a aplicação de células-tronco embrionárias estiver de acordo com a Lei de Biossegurança, ou seja, se estiver sendo feita por pessoa jurídica devidamente autorizada, embora a responsabilidade desta seja objetiva, seus profissionais só poderão ser responsabilizados por culpa.

Surgem, entretanto, algumas questões: Basta o dano, ou é necessário que tenha havido defeito na prestação do serviço? Quando estará configurado o ilícito ensejador da responsabilização civil na aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias?

Tentaremos responder no tópico seguinte.

## **2.4 O ILÍCITO E A CONDUTA**

Elementos que estão sempre presentes na responsabilidade civil são o ilícito e o responsável.

Partindo da premissa de que responsabilidade, no seu aspecto dinâmico, é a imposição da sanção ao sujeito de direito responsável, somos levados pela lógica a admitir que sempre estará envolvida nas causas danosas uma **conduta humana**.



Sem a consideração da conduta, ficaria sem sentido o conceito de responsabilidade e mesmo de imputabilidade, nas palavras de CHÁIM PERELMAN (1998:173):

Já não se trata, nesse caso, de uma ligação entre acontecimentos, mas de uma ligação entre duas realidades de nível desigual, sendo uma a manifestação da outra, considerada mais estável e com um valor explicativo. Tal é a relação entre uma pessoa e seus atos. O ato é considerado expressão da pessoa, que é responsável por seus atos. Quer se considere, à maneira de Leibniz, a pessoa um sujeito cujos atos seriam apenas manifestações predeterminadas, quer, pelo contrário, se considere, à maneira do existencialismo, a pessoa realizando-se através dos seus atos, esta ligação é essencial, tanto à moral quanto ao direito, pois sem ela a própria idéia de imputabilidade, bem como a de responsabilidade seriam incompreensíveis.

É que não se pode impor deveres, por exemplo, a animais irracionais, por motivos óbvios. Os deveres são impostos ao que cuidam dos animais.

Mais evidente é a impossibilidade de impor deveres à natureza. Já imaginaram uma norma impedindo a chuva de causar danos? E uma proibição de ocorrerem “tsunamis”?

Essa impossibilidade, contudo, é mais de ordem pragmática do que lógica. Isso porque, sendo as normas estabelecidas para regular e **direcionar** os seres humanos, essa ordem normativa será inócua perante seres inanimados e seres irracionais.

Nada obstante, houve um tempo em que não só o homem era abrangido pelo ordenamento, como lembra HANS KELSEN (1994:33).

Embora as situações em que o ordenamento imponha o dever de reparar estejam sempre envolvidas com uma conduta humana do responsável, esta nem sempre está diretamente ligada aos danos.

Basta analisarmos as seguintes situações para perceber:

1) quando um objeto cai de um prédio, por ter sido deixado em local indevido, e machuca uma pessoa, o dano foi diretamente causado pelo objeto e não por uma pessoa, embora possamos constatar uma conduta humana na situação: deixar o objeto em local indevido;

2) quando uma pessoa caminha com seu cão pela rua e este ataca e machuca alguém por não ter sido segurado adequadamente, foi o cão que causou diretamente o dano e não o dono do cão. Mas a conduta do dono é perceptível.

3) quando alguém se fere ao abrir uma embalagem defeituosa, o dano foi causado pela conduta da própria vítima aliada ao defeito do produto. Mas o defeito foi gerado pela conduta do que fabricou a embalagem.

Esses exemplos são dados para demonstrar que, em certos casos, o dano não está ligado diretamente a uma conduta humana.

Mas, para evitar que a vítima fique com o prejuízo por não conseguir demonstrar nesses casos o nexos de causalidade com uma conduta do responsável, o legislador opta por reduzir esse nexos, não o estendendo até a conduta, mas apenas até determinado ponto da causa danosa (o ataque do animal, a queda do objeto, o ferimento provocado por uma embalagem defeituosa etc.).

Podemos observar que, fazendo isso, ao mesmo tempo em que facilita para a vítima a demonstração do nexos, faz com que o sujeito responsável (na concepção ampla de responsabilidade) ou passível de ser responsabilizado (na concepção estrita de responsabilidade), ciente de que outrem pode ser lesado pelo seu animal, por objetos que possam vir a cair do prédio que habita, pela ruína de seu prédio ou por produtos que tenha fabricado ou comercializado, ou seja, ciente de que algo ou alguém que está sob seu domínio pode se tornar causa danosa, tomará providências para que esta seja evitada (é o que se espera...).

Antes, contudo, de analisarmos as causas, é imprescindível esclarecer a seguinte questão: toda causa danosa que implica dever de reparar é ilícita?

O ilícito, em sentido amplo, é a contrariedade à norma, conforme esclarece NORBERTO BOBBIO (2003:152):

Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que *deve* ser não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à

ação prescrita, afirma-se que a norma foi *violada*. É da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de *ilícito*. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi *observada*, no segundo, que não foi *executada*. Porquanto os termos “observação” e “execução” de uma norma sejam usados indiscriminadamente para indicar o comportamento conforme à norma, o que se observa é uma proibição, o que se executa é um comando, daí dois modos diversos de violação, a *inobservância* em relação a um imperativo negativo, a *inexecução* em relação a um imperativo positivo.

Partindo-se dessa premissa, ainda seria necessário convencionarmos o que se deve entender por **norma**.

Tomemos como exemplo o que o Código Penal estabelece no seu art. 121, *verbis*: “Art 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”

Extrai-se da literalidade desse dispositivo que não há um preceito para matar, nem uma proibição de matar e nem uma permissão para matar.

Todavia, se analisarmos esse artigo sob o ponto de vista axiológico, teremos por certo que a pena é algo mal, indesejado, pelo menos para a maioria das pessoas. Sendo certo que é conseqüência do ato de matar, então, concluiremos que não é bom matar ou que é bom não matar.

Esse, então, é o comportamento esperado pelo legislador. Daí, pode-se dizer que a norma proíbe o ato de matar, pois é contrário à conduta desejada pelo legislador, e daí qualificar o homicídio como ilícito. Mas a contrariedade é em relação à norma implícita.

Parece-nos, porém, um tanto complicado fazer todo esse esforço mental para qualificar algo como ilícito. Pior ainda é descobrir o **verdadeiro** sentido da norma. Esse deveria ser buscado na vontade do legislador ou extraída da própria da lei? Essas questões sintetizam a grande polêmica não resolvida entre subjetivistas e objetivistas, conhecida como o desafio kelsiano (FERRAZ JUNIOR:268).

O próprio HANS KELSEN (2005:73) esclarece que não se pode considerar o ilícito, denominado por ele de delito, um conceito jurídico, caso não venha expresso na lei ou no procedimento de sua criação:

Se precisamos definir o conceito de delito em conformidade com os princípios de uma teoria pura do Direito, então as “intenções da ordem jurídica” ou os “propósitos do legislador” podem fazer parte da definição apenas enquanto forem expressos no material produzido pelo procedimento legislativo, na medida em que se tornem manifestos no conteúdo da ordem jurídica. Caso contrário, o conceito de delito não será um conceito jurídico.

É certo, contudo, que a obra desse autor recebe críticas por “empobrecer o universo jurídico”, de acordo com TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (2003:99).

Apesar disso, parece-nos correto o entendimento de KELSEN de que o ilícito seja toda conduta cuja conduta oposta seja pressuposto da sanção, ou, em suas palavras, “a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua conseqüência representa a conseqüência do ilícito ou sanção.” (1994:124)

O ilícito em sentido amplo também pode ser encontrado considerando-se a **norma** de maneira dogmática, bem como levando em consideração a advertência de NORBERTO BOBBIO, para quem é mais apropriado tomar como objeto do estudo do direito o ordenamento e não a norma isoladamente (1999:19/31).

Mas qual seria o resultado de adotarmos essa atitude metodológica em relação ao exemplo do homicídio acima?

Ora, se ocorrido o homicídio, extraí-se do ordenamento o dever de se promover um devido processo legal e, preenchidos os requisitos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, aplicar a pena. A ilicitude estaria na ausência do processo penal e, se condenado o culpado, na ausência da aplicação da pena.

Acresça-se que, se considerado o direito como se deve, ou seja, como um ordenamento, já se saberá que o homicídio é ilícito porque na Constituição, que é norma superior, está expresso (e não implícito) que os indivíduos têm direito à vida. Daí, decorre diretamente que é dever não lesar a vida.

Se se considerar o ilícito com a primeira acepção (conteúdo implícito da norma), então, sempre que houver dever de reparar haverá ilícito, pois o dever de reparar é uma consequência má, indesejada.

Se se considerar o ilícito na sua segunda acepção, como contrariedade à norma explícita estudada no ordenamento, saberemos que haverá o ilícito enquanto o indivíduo não reparar o dano causado, porque a norma impõe esse dever. Também encontraremos a ilicitude do dano em si, porque o ordenamento garante aos indivíduos direito à propriedade e à moral (p.ex.: art. 5.º, *caput*, V, X, XXII, da Constituição Federal).

Em sentido estrito, que é o que importa na responsabilidade civil, o ilícito se caracteriza sempre que um dever de indenizar não é cumprido.

Saliente-se que não se deve confundir ilícito com ato ilícito.

Este se encontra expressamente definido nos artigos 186 e 187 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Confrontando esses dispositivos com o *caput* do art. 927, pode-se inferir que, para haver dever de reparar, é indispensável a ilicitude do ato, *verbis*: “Art. 927. Aquele que, por ato **ilícito** (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Contudo, desde o Código Civil de 1916 já se sustentava que o dever de reparar poderia decorrer de atos lícitos, conforme se verifica na lição de CLÓVIS BEVILÁQUA (1940:661):

Na systemática do Código, o acto ilícito é causa geradora de obrigação, como o contracto, e a declaração unilateral da vontade. O acto ilícito presuppõe culpa *lato sensu*, do agente, isto é, a intenção de violar o direito alheio, de prejudicar a outrem, ou a violação de direito, o prejuizo causado por negligencia ou imprudencia.

Todavia o acto ilícito não esgota as causas de responsabilidade civil, que não se origina de contracto nem de declaração da vontade. Ha casos, em que ella se impõe, não obstante ser licito o acto, de que resulta o damno, como nos casos de necessidade e de legitima defeza, quando, para a eficiencia desta, se faz necessario damnificar alguma coisa (art.s 160 e 1.520).

A idéia de damno resarsível é, portanto, mais lata do que a de acto ilícito. Todo acto ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o damno causado. **Mas nem toda a obrigação de resarcir o damno provém de acto ilícito, de acto praticado sem direito.** (grifamos)

Nada obstante, entendemos que sempre que a norma determinar o dever de reparar, isso se dará porque existe um ilícito em sentido amplo, não necessariamente no fato que gerou o dever de indenizar, mas na omissão em si de indenizar, ou seja, enquanto a norma que determina a indenização não for cumprida.

Mas perguntamos: só existe dever de reparar diante de ato ilícito, ou seja, de ilícito em sentido estrito?

Vislumbramos a existência do dever de indenizar sem que sequer haja ato, quanto mais ato ilícito, por exemplo, nos artigos 936 a 938 do Código Civil:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Ainda mais clara é a previsão do art. 1.251 do Código Civil:

Art. 1251. Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado.

Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida

Perguntamos: nas situações expostas nesses dispositivos, seria realmente necessário ficar divagando para saber se é lícito ou não um animal, uma ruína ou um objeto caído de um prédio causar o dano, ou receber acréscimo de terra sem indenizar?

Para que a vítima possa receber sua reparação, num primeiro momento parece-nos que não. Note-se que para aplicabilidade desses artigos, sequer se cogita da ilicitude em sentido estrito do ato, uma vez esses dispositivos nem falam em ato.

Entretanto, no caso do art. 936, o dono do animal poderia sustentar, em tese, que seu animal o estava defendendo de uma agressão da vítima, com base no art. 188, I, do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

É exatamente esse artigo que costuma ser citado pelos autores que defendem a possibilidade de haver dever de reparar o dano em decorrência de ato lícito, conforme se percebe da própria citação de CLÓVIS BEVILÁQUA e também se verifica em CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2003:30)

Nada obstante, enquanto é certo que não se perquirirá da existência ou não de ato ilícito no caso dos artigos 936 a 938 do Código Civil, nem sempre isso ocorrerá com relação a esse artigo 188, conforme se verá abaixo.

#### 2.4.1 RELATIVIDADE DA ILICITUDE DO ATO

No tópico 2.6 *infra* ficará claro que é possível haver dano sem dever de reparar. Isso porque somente quando a lei assim determinar, é que haverá tal dever.

No tópico acima, afirmamos que ilícito em sentido amplo sempre haverá quando uma norma impuser o dever de reparar.

Analisaremos agora o que dispõe o art. 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Conforme visto na lição de CLÓVIS BEVILÁQUA supramencionada, o ato de legítima defesa que causasse dano à coisa ou a alguém seria um ato lícito que acarretaria dever de indenizar.

Pode parecer jogo de palavras, mas essa licitude somente existe frente ao ofensor ou culpado pela ofensa, e nos limites necessários para a remoção do perigo ou da agressão. Se um terceiro for lesado, haverá o dever de reparar por parte daquele que agiu "licitamente", embora com direito de regresso contra o culpado, consoante verificamos nos artigos 929 e 930 do Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Dito de outra forma, o ato que é lícito perante o ofensor, é ato ilícito frente a terceiro. Mesmo em relação ao ofensor é ilícito na parte que excede a proporcionalidade.

Daí decorre que o terceiro lesado, para ter direito à indenização, deverá comprovar o ato ilícito, nos termos da regra geral do art. 927 do Código Civil.

Fenômeno semelhante ocorre com a posse, isto é, ela também é relativa (GONÇALVES, 2001, *passim*). Se um possuidor é esbulhado, o esbulhador não tem os interditos possessórios frente ao esbulhado. Mas o esbulhador é considerado possuidor frente a terceiros.

## 2.4.2 CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E O ILÍCITO ENSEJADOR DA RESPONSABILIDADE

Para conhecer o ilícito, pressupõe-se conhecimento das normas.

Entre outras, devem ser destacadas as normas existentes no chamado “biodireito”.

Analisando os princípios desse “ramo” do direito, teremos melhores condições de sintetizar hipóteses em que haverá a responsabilidade civil.

O Biodireito é o estudo sistematizado das normas existentes no ordenamento jurídico ligadas à Bioética, consoante se extrai de ARTHUR MAGNO E SILVA GUERRA (2005:4):

Como visto, então, a bioética nasceu, como a dimensão moral da Medicina, ampliando seus conceitos a diversas outras áreas, todas correlacionando avanços científico-biológicos com a ética propriamente dita. Isso mexeu com as relações sociais e, por conseguinte, fez surgir princípios e regras jurídicas, transmutando-se em Biodireito.

Nas palavras de GILBERTO COTRIM (2002:263), a ética é o estudo da moral:

A **moral** é o conjunto de **normas** que orientam o **comportamento humano** tendo como base os **valores** próprios a uma dada comunidade.

[...]

A **ética** (do grego *ethikos*, “costume”, “comportamento”) é a disciplina filosófica que busca refletir sobre os **sistemas morais** elaborados pelos homens, buscando compreender a fundamentação das normas e interdições próprias a cada sistema moral.

(destaques do original)

No dicionário, encontramos ética, entre outros significados, como a “parte da filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana” ou ainda como o “conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de uma profissão.” (MICHAELIS, 1998:908)

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (*In* GUERRA, 2005:29) assere que “a Bioética passou a ser definida como estudo sistemático da conduta humana, na área das ciências da vida e do cuidado com a saúde”.

A Bioética envolve os estudos da ética relacionada à vida, ao tratamento da pessoa humana, notadamente no campo das pesquisas científicas e da medicina, mas, segundo entendemos, não apenas da vida humana.

Para JOSÉ DE SOUZA FERNANDES (2004:21) a bioética não se confundiria com a ética médica

Vejamos, em primeiro lugar, os princípios da bioética e, após, uma sistematização do ilícito pela prática médica.

### 2.4.2.1 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E RESPONSABILIDADE

A Bioética é orientada por princípios cuja formulação original ocorreu no Relatório de Belmont, em 1978, segundo ARTHUR MAGNO E SILVA GUERRA (2005:7).

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (2005:38) também ressalta esse documento:

Os princípios básicos da Bioética tiveram grande importância em 1974, nos termos da decisão do Congresso norte-americano criando a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, com o objetivo de realizar completa investigação e estudos tendentes a identificar “princípios éticos básicos”, orientadores da investigação com seres humanos, nas ciências do comportamento e na Biomedicina, o informe final foi denominado *Belmont Report*.

Com a juridicização da bioética, tais princípios incorporam-se ao ordenamento jurídico.

ARTHUR MAGNO E SILVA GUERRA (2005:7-13), sintetiza da seguinte forma os princípios da bioética:

a) **Beneficência e não-maleficência:** determinam que se busque fazer o bem e evitar o mal.

Tem como origem a lição de Hipócrates: “auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar o mal ou dano ao paciente” (GUERRA, 2005:8).

Havendo uma situação de conflito, em que os meios necessários para fazerem o bem importem um certo mal, deve-se pesar ambos para que se obtenha o máximo de benefícios e o mínimo de danos. (GUERRA, 2005:8).

b) **Autonomia:** a pessoa humana deve ser respeitada como autônoma, capaz de se governar por si mesma.

Não basta, porém, simplesmente questionar a pessoa se ela aceita ou não o tratamento.

Pressupõe-se que ela seja plenamente informada sobre suas necessidades, bem como sobre os riscos do tratamento ou de uma atividade que será executada e terá efeitos sobre seu corpo. Essa informação, outrossim, deve ser esclarecedora. (GUERRA, 2005:10)

Estando a pessoa informada e esclarecida, será necessário ainda a obtenção de seu consentimento.

c) **Justiça distributiva:** determina, num primeiro momento, justiça na distribuição dos recursos a serem aplicados na área da saúde.

Em segundo lugar, impõe o tratamento justo dos pacientes, a distribuição igualitária dos benefícios advindos dos avanços da ciência médica.

d) **Primado do direito à vida:** embora não previsto explicitamente no Relatório de Belmont, pode ser considerado pressuposto dos outros princípios.

Para ENÉAS CASTILHO CHIARINI JÚNIOR (2004), ainda existiriam outros princípios aplicáveis à bioética:

e) **Ubiquidade:** princípio advindo do direito ambiental, parte do pressuposto de que as alterações do meio ambiente podem afetar os seres humanos, em todo o planeta.

Segundo o autor, aplicado no âmbito do biodireito, esse princípio visaria a preservar as características genéticas da espécie humana, uma vez que quaisquer alterações poderiam ser propagadas aos futuros descendentes.

f) **Cooperação entre os povos:** também decorre, em parte, do direito ambiental, sendo aplicado no biodireito para que as nações colaborem entre si para impedir experimentos humanos em todo o planeta, mesmo porque, alterações ocasionadas em qualquer parte podem alastrar-se para o restante do globo.

Ainda haveria outro enfoque, no sentido de cooperação internacional para implementação do princípio da justiça.

g) **Preservação da espécie humana:** seria um reflexo do princípio do desenvolvimento sustentável existente no direito ambiental.

h) **Precaução:** havendo dúvidas sobre a possibilidade ou não de uma determinada atividade causar danos, deve-se optar por sua não realização.

i) **Prevenção:** correlato ao princípio da precaução, impõe que se tomem todas as medidas para impedir e minimizar eventuais efeitos danosos não previstos.

j) **Dignidade da pessoa humana:** para os autores que entendem que este princípio seria diferente do princípio da primazia da vida humana, afirmam que não basta defender a vida, mas também sua qualidade.

Com relação ao **princípio da precaução**, verificamos a existência de uma outra corrente, segundo a qual a incerteza científica sobre quais as conseqüências danosas decorrentes de uma determinada atividade nem sempre pode ser utilizada para impedir a realização desta. Para essa corrente, precaução significaria adotar medidas de prevenção ainda que não se saiba quais são os efeitos negativos de uma atividade (MACHADO, 2002:62).

Desses princípios, importarão para o direito apenas os que estiverem positivados.

Os demais, entretanto, poderão servir de auxílio na interpretação das normas.

#### 2.4.2.2 CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E O ILÍCITO MÉDICO

Decidimos dedicar esse tópico ao ilícito decorrente da prática médica uma vez que, em princípio, somente entidades com conhecimentos científicos dessa área é que podem ser autorizadas a pesquisas e aplicação de células-tronco embrionárias, conforme art. 2.º da Lei de Biossegurança.

Caso uma pessoa física em caráter autônomo e independente realize essas atividades, ainda que tenha formação em medicina e esteja inscrita no respectivo conselho profissional, poderá ser responsabilizada objetivamente, em razão do que dispõe o art. 20, também da Lei n.º 11.105/05. Pior ainda será a situação do que, não sendo médico, pratique tais atividades.

A profissão do médico está entre aquelas sujeitas a disciplina especial, pelos riscos inerentes à sociedade decorrentes do seu exercício (CAVALIERI, 2003:367).

Para Jurandir Sebastião, citado por RUI STOCO (2004:528/9), o Código de Ética Médica conteria as normas positivadas aptas a caracterizar o ilícito na prática médica:

O atual Código de Ética Médica (Resolução n.1246/88) estabelece uma série de *normas de conduta profissional*, de proibição ou de obrigação e, ainda, o rol de prerrogativas individuais ou em grupo. Como categoria profissional regulamentada em lei (inciso XIII do art. 5.º da CF/88, Decreto-lei n. 7.955, de 13.09.1945, Lei n. 3.268, de 30.09.1957, e Decreto n.44.045, de 19 de julho de 1958), cumpre ao órgão de cúpula – Conselho Federal de Medicina – por competência delegada e mediante Resoluções, estabelecer e alterar as regras de conduta profissional de acordo com os avanços constantes da medicina e das novas necessidades do Estado e da civilização, como um todo –visto que a saúde é questão de interesse da própria humanidade.

Os princípios bioéticos do Relatório de Belmont apontados no tópico anterior estão positivados pelo Conselho Federal de Medicina.

O princípio da não-malificência pode ser notado no art. 29 do Código de Ética Médica: “Art. 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.”

A autonomia é notada no art. 32, onde se percebe que o simples consentimento do paciente não basta para excluir a responsabilidade: “Art. 32 - Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.” Também nos artigos 40 e 41, na medida em que o consentimento pressupõe informação, para que o paciente tenha condições de exercer sua autogovernança: “Art. 40 - Deixar de esclarecer o trabalhador sobre condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos responsáveis, às autoridades e ao Conselho Regional de Medicina. Art. 41 - Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.”

Justiça distributiva vemos no artigo 35 quando estabelece tratamento diferenciado aos que se encontram em condições diferenciadas: “Art. 35 - Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.”

RUI STOCO (2004:531) sintetiza da seguinte forma o quadro de deveres do médico estabelecidos pela doutrina:

- a) dever de aconselhar adequadamente o paciente;
- b) obrigação de tomar os cuidados necessários e manter sigilo;
- c) não cometer desvio ou abuso de poder (experiências médicas);
- d) dever de informação, esclarecendo o paciente sobre a doença, os cuidados, as prescrições, os riscos possíveis e as precauções a serem tomadas;
- e) manter o paciente informado da realidade do seu estado e dos riscos possíveis;
- f) nos casos de cirurgia exigir o consentimento do paciente (art. 46 do Código de Ética), salvo nas emergências, com informações completas sobre o procedimento cirúrgico e a técnica a ser utilizada;
- g) não recusar atendimento ou omitir socorro;

Ao fim dessa sua exposição, referido autor chega à seguinte conclusão (STOCO, 2004:531): “O médico poderá ser responsabilizado em razão da infringência da lei e dos preceitos éticos, quando deles resultar danos.”

Ele lembra (2004:531), contudo, que a atividade do médico é de meio e não de resultado, exceto na “cirurgia estética ou nos procedimentos embelezadores ou cosmetológicos”:

Assim, o profissional obriga-se apenas a empregar todo o seu esforço e atenção e a utilizar as técnicas consagradas e aceitas, não devendo fazer experimentos ou experiências, dele se exigindo apenas o melhor tratamento e a diligência necessária.

Também é na mesma esteira a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2003:369):

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguiar Dias, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Antônio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência.

Diante dessas conclusões, podemos, num primeiro momento, aferir que haverá responsabilidade civil na aplicação de células-tronco quando ocorrer um dano de forma ilícita, sem perquerir sobre a existência de culpa (art. 20 da Lei 11.105/05).

Esse ilícito se configurará pela infringência da lei e dos preceitos éticos (STOCO, 2004:531), embora o responsável possa não sofrer os efeitos da sanção nas hipóteses que serão delineadas no tópico 2.9 *infra*.

## **2.5 RESPONSÁVEIS**

Responsável é o sujeito passivo da relação jurídica de responsabilidade. É a quem se aplica a sanção.

Não é necessariamente quem pratica uma conduta que cause dano, seja direto seja indireto.

Aliás, é esse aspecto que HANS KELSEN utiliza para distinguir dever de responsabilidade (1994:133/4).



Responsável é, em suma, quem a lei escolhe como obrigado a suportar a sanção, consistente, no mais das vezes, em reparar o dano.

Ao que tudo indica, o legislador optou por selecionar certas pessoas que, em tese, possuem o controle sobre certos fatores, ou seja, têm domínio sobre eles e, por conseguinte, tem condições de evitar possíveis danos por eles causados (o homem capaz, em sua consciência, tem domínio sobre seus atos; o dono do animal tem como deixá-lo preso; o proprietário do prédio pode realizar sua manutenção; o pai tem autoridade sobre o filho; o produtor tem como evitar que seu produto cause danos decorrentes de defeitos etc.).

Essas pessoas selecionadas passam a ser responsáveis em razão da simples imputação feita pela lei.

Com essa imputação, passam os responsáveis a ter indireta e implicitamente uma motivação para zelar por eles.

Por trás dessa opção do legislador de responsabilizar mesmo quem não esteja diretamente ligado a um dano, haveria uma constatação de que, caso contrário, poderia haver situações injustas, conforme esclarece CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1998:85) sobre o fato de terceiro:

A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outro. Dá-se-lhe o nome de *responsabilidade por fato próprio ou responsabilidade direta*.

Este princípio, porém, não satisfaz ao anseio de justiça, pois que muitas vezes ocorre a existência de um dano, sem que o demandado seja diretamente apontado como causador do prejuízo, embora a análise acurada da situação conduza a concluir que a vítima ficará injustiçada, se se ativer à comprovação do proclamado nexos causal entre o *dano* e a pessoa indigitada como o *causador do dano*.

Vale lembrar, contudo, que, em regra, o fato de alguém ser responsável por atos de outrem não exclui a responsabilidade do próprio causador do dano.

A título de exemplo, o art. 932 do Código Civil traz várias hipóteses de responsabilidade por atos alheios:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia

Logo em seguida, entretanto, verifica-se que o Código Civil estabeleceu a solidariedade entre o causador do dano e os responsáveis por este:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932

Para nós, em se tratando de aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias, importará mais o disposto no inciso III desse art. 932.

Esse é um dos dispositivos legais que impõe à entidade responsável pelas pesquisas e aplicações terapêuticas a obrigação de ressarcir eventuais danos causados por seus prepostos ou empregados em razão do trabalho exercido.

De acordo com CLÓVIS BEVILÁQUA (1940:671), no Código Civil de 1916, a idéia a presunção de culpa dos empregadores, impondo a estes o ônus de provar o contrário. Mas o Projeto sofreu alteração no Senado, que atribuiu tal ônus ao prejudicado.

Apesar disso, a jurisprudência caminhou no sentido apontado pelo civilista, conforme se verifica na Súmula 341 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Com o novo Código Civil, todavia, essa responsabilidade passa a ser objetiva, em razão do disposto no seu art. 933: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

No que diz respeito aos responsáveis em caso de ilícitos cometidos pela utilização de células-tronco embrionárias, existem alguns dispositivos na Lei n.º 11.105/05 que podem gerar certa controvérsia.

Isso porque o Congresso Nacional utilizou a antiga Lei n.º 8974/95, que tratava somente de organismos geneticamente modificados, para elaborar a atual Lei de Biossegurança.

Confrontando a revogada Lei n.º 8974/95 com a Lei n.º 11.105/05, verificamos que foram incluídos certos dispositivos relativos à pesquisa e aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias sem se preocupar muito com a perfeita adaptação desses dispositivos ao restante da lei.

É o que se nota, por exemplo, no art. 2.º, *caput*, da Lei 11.105/05:

Art. 2º As atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais conseqüências ou efeitos advindos de seu descumprimento.

§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se atividades e projetos no âmbito de entidade os conduzidos em instalações próprias ou sob a responsabilidade administrativa, técnica ou científica da entidade.

Embora faça referência somente a OGM, entendemos que também a pesquisa e aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias deverão observar todos os preceitos da lei.

Daí, somente serem permitidas para pessoas jurídicas, conforme dispõe o *caput* do art. 2.º supramencionado, e vedadas para pessoas físicas em atividade autônoma e independente, nos termos do § 2.º desse mesmo art. 2.º.

Além disso, é necessária prévia autorização da CTNBio para essas atividades, a teor do que dispõe o § 3.º do art. 2.º da Lei 11.105/05, **embora, se ocorrer um dano causado ilicitamente pela entidade, ainda que ela esteja regularmente autorizada, isso não afastará sua responsabilidade.**

A responsabilidade das entidades também pode ser estendida a quem patrocinar ou financiar tais atividades, na hipótese do § 4.º do art. 2.º da Lei de Biossegurança:

§ 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no caput deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, **sob pena de se tornarem co-responsáveis** pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação. (grifamos)

Quanto ao certificado de qualidade, adiantamos que, se for apresentado um falso, o financiador ou patrocinador não poderá ser responsabilizado, salvo se comprovada má-fé.

O que deve ser estudado sobre o responsável é se o simples fato de constar na lei como tal autoriza que ele suporte a sanção, ou melhor, se para ser responsável basta estar apontado como tal.

Dito de outra forma, tendo em vista que a aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias é regida por responsabilidade objetiva, bastará um dano decorrente dessa atividade para que haja dever de indenizar?

Antes de respondermos a essa questão, vejamos alguns esclarecimentos sobre as noções de capacidade e imputabilidade.

### 2.5.1 RESPONSABILIDADE, IMPUTABILIDADE E CAPACIDADE

Responsabilidade é suscetibilidade de estar sujeito a sanção. Por vezes, esta pode abranger também o cumprimento coercitivo do próprio dever originário inadimplido.

Responsabilidade pressupõe imputabilidade, que é a atribuíbilidade, ou seja, possibilidade de atribuição. Para o que importa nesse trabalho, é possibilidade de atribuição de responsabilidade a um sujeito.

Em suma, imputabilidade é o conjunto de requisitos pessoais exigidos pela lei para que alguém possa ser responsabilizado. Esses requisitos dizem respeito a uma situação estática e não dinâmica. Verifica-se, conforme o caso, se alguém está na qualidade de proprietário, de pai, de empregador, de detentor das faculdades mentais etc..

Normalmente se vê o conceito de imputabilidade mais ligado à própria pessoa que pratica o ilícito, mas deve ser atrelado também à pessoa que responde por ele.

Nélson Hungria, citado por FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (313), chega a afirmar que:

A distinção é bizantina e inútil. Responsabilidade e imputabilidade representam conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes, podendo, com idêntico sentido, ser considerados *in abstracto* ou *in concreto*, *a priori* ou *a posteriori*. Na terminologia jurídica, ambos os vocábulos podem ser indiferentemente empregados, para exprimir tanto a capacidade penal *in genere*, quanto a obrigação de responder penalmente pelo fato concreto, pois uma e outra são aspectos da mesma noção.

A imputabilidade, no âmbito penal, não é permitida aos menores de 18 anos, consoante expressa previsão do art. 228 da Constituição Federal.

Mas esse mesmo art. 228 os sujeita aos ditames da legislação especial, notadamente a Lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa Lei, verifica-se a possibilidade de aplicação de sanção ao menor, mesmo a de reparar o dano (art. 112, II).

Capacidade, nos termos do Código Civil, é a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, a teor de seu art. 1.º. E essa capacidade, chamada de capacidade de gozo, para as pessoas, começa com o nascimento com vida, ou seja, mesmo os menores são capazes de obrigações.

Mas para praticar atos jurídicos meramente lícitos e negócios jurídicos, a capacidade, chamada capacidade de fato, está sujeita aos requisitos dos artigos 3.º e 4.º do Código Civil.

Para os atos ilícitos, já na sistemática do Código Civil de 1916, conforme se percebe em seu art. 156, os relativamente capazes eram iguados aos maiores.

Porém, os absolutamente incapazes não podiam ser responsabilizados, o que levou SILVIO RODRIGUES (1995:305) a apontar a possibilidade de situações injustas quando o causador da ofensa, embora incapaz, fosse detentor de um bom patrimônio, enquanto o lesado fosse pobre.

Tal problema, contudo, foi contornado no novo Código Civil, que prevê em seu art. 928:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Fica claro, portanto, a possibilidade da responsabilidade do menor e dos demais incapazes em geral.

Assim, se imputabilidade é relação entre a sanção e o responsável, tanto o menor impúbere quanto o louco podem ser considerados imputáveis, respeitadas as limitações estabelecidas pelo art. 928 do Código Civil.

Para HANS KELSEN, essa relação é entre a sanção e a ação, sendo que o indivíduo que praticou esta estaria apenas indiretamente vinculado àquela (2005:134).

## 2.5.2 APLICAÇÃO TERAPÊUTICA DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Constitui regra geral que, quando a ofensa possuir mais de um autor, todos serão responsáveis. Nesse sentido é a disposição do art. 942 do Código Civil e seu respectivo parágrafo único:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932

Já vimos também que, se o causador do dano for um incapaz, incidirá a restrição contida no art. 928 do Código Civil:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Em se tratando de aplicação terapêutica de células-tronco, os responsáveis pelos danos causados ilicitamente responderão de maneira solidária por força do que prevê o art. 20 da Lei n.º 11105/05:

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, **solidariamente**, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.  
(grifamos)

Em razão da solidariedade, os titulares do direito à indenização poderão exigir de qualquer um dos responsáveis ou mesmo de todos a reparação de seus danos, conforme estabelece o art. 275 do Código Civil:

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

Aplicando-se a solidariedade, em regra, a dívida deve ser rateada em partes iguais entre os devedores solidários, salvo se houver convenção em sentido diverso, nos termos do art. 283 do Código Civil:

Art. 283. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

Mas responsabilidade solidária não importa necessariamente que o devedor solidário deva arcar com o ilícito cometido por outrem.

Para esses casos, aplica-se o art. 934 do Código Civil:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

## **2.6 DANO**

Embora exista responsabilidade civil sem dano, para que a sanção abranja o dever de reparar é indispensável sua existência.

O dano é para o ilícito civil o que o resultado é para os ilícitos penais. No direito penal, existem crimes que exigem resultado, chamados crimes materiais, e crimes em que o tipo penal não exige tal elemento para sua consumação, os crimes formais.

No ilícito civil, o dano não é essencial, mas apenas o fenômeno que deflagra o dever de reparar.

Infere-se tal assertiva do que dispõe a regra geral do *caput* do art. 927, do Código Civil, que abre o título da “Responsabilidade Civil”: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), **causar dano** a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (grifamos)

Num primeiro momento, chegamos a pensar que a menção a dano nesse dispositivo seria uma redundância, pois o art. 186 do Código Civil, que define o ato ilícito, também faz menção a dano: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e **causar dano** a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (grifou-se)

Ocorre que o art. 187 do Código Civil, que complementa a definição de ato ilícito, nada diz acerca do dano: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Verificamos, assim, que enquanto o ato ilícito, nos moldes do art. 186, sempre importará dever de indenizar, pois sempre terá um dano entre seus elementos, o ilícito na modalidade do art. 187 do Código Civil só ensejará o dever de reparar se causar dano, justificando-se, dessa forma, a repetição da expressão “causar dano” prevista no *caput* do art. 927 do Código Civil.

Mas nem todo dano implica dever de indenizar. Somente quando a lei assim determinar.

Em suma: não há dever de indenizar sem dano, mas há dano sem dever de indenizar.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO, a respeito, afirma que “indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito” (2003:90).

A iminência ou ameaça de dano, como não poderia deixar de ser, também não geram direito à reparação. Mas se o interesse ameaçado de dano for juridicamente protegido, então haverá para o interessado a correspondente ação de direito material, que poderá utilizá-la de ofício —o que é raro no ordenamento— ou mediante intervenção judicial, consoante garantido pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dano e ameaça de dano são chamados por VILSON RODRIGUES ALVES de prejuízo. Para este autor, dano é “prejuízo sofrido” (2001:28).

**Dano é a deterioração do patrimônio jurídico do sujeito de direito.**

Deterioração é destruição, perecimento, e pode ser total ou parcial. É, em suma, causa de déficit.

Patrimônio jurídico abrange tudo o que pode ser objeto de direito e que seja titularizado pelo sujeito de direito.

Preferimos a expressão patrimônio jurídico a simplesmente “patrimônio”, para que não haja confusão com o conceito mais restrito que este termo pode carrear: “conjunto dos bens de uma pessoa, suscetíveis e avaliação pecuniária” (CUNHA, 2003).

Isso porque o dano não necessariamente atingirá um bem.

Os bens são o conjunto de entidades reconhecidas pelo direito como úteis e idôneas a satisfazer interesse juridicamente protegido do sujeito e passíveis de avaliação pecuniária. Para SILVIO RODRIGUES “são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico” (1995:110).

Para nós, coisa, num primeiro momento, é conceito que exorbita da esfera da ciência do direito, prestando-se a designar tudo aquilo que existe. Num segundo momento, dentro da esfera jurídica, temos bens, definidos acima, como espécie de coisa. Num terceiro momento, coisas, dentro da esfera jurídica, são espécies de bens.

Tanto é que, na parte geral do Código Civil, estão regulados os bens. E, na parte especial, no Direito das Coisas, temos apenas direitos ligados a bens corpóreos.

Coisa, juridicamente, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA (1940:269), é sempre corpórea, material, concreta: “Esta (coisa), no dizer magistral de TEIXEIRA DE FREITAS (Esboço, art. 317), é ‘todo objeto material susceptível de medida e valor’. São os objetos corporaes, segundo preceitua o Código Civil alemão, art. 90.”

No mesmo sentido, MARCOS BERNARDES DE MELLO, que também cita PONTES DE MIRANDA (2003:197).

Voltando ao que pode ser lesado, é certo que houve um tempo em que só se admitia ressarcimento por prejuízo aos bens da vítima, conforme lembra SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2003:90), mas atualmente o conceito de dano exorbita do patrimônio puro para atingir uma esfera “extrapatrimonial”, em que se encontram, por exemplo, os chamados “danos morais”, “danos estéticos” e os “danos corporais”.

Ocorre que, como é cediço, certos danos extrapatrimoniais acarretam, por vezes, impossibilidade de se retornar ao estado anterior.

Diante disso, o ordenamento criou um crédito patrimonial, um acréscimo aos bens do sujeito de direito, como medida de compensação.

Assim, um dano moral enseja dever de indenizar. Mas a indenização consiste em valor pecuniário, ou seja, um bem.

Notamos que, ao considerar o dano como uma deterioração do patrimônio jurídico, deveremos aceitar como tal os efeitos decorrentes de uma doação, pois o patrimônio do doador diminui.

Como se vê, é possível ao próprio sujeito de direito causar dano ao próprio patrimônio, assim como este pode ser atingido por atos de outrem ou por fatos não humanos (tempestades etc.).

Mas a redução patrimonial causada pelo próprio titular terá mais relevância para o direito quando o patrimônio estiver comprometido por obrigações. Daí, a figura da fraude contra credores, bem como da fraude à execução etc..

Convém que o aprofundamento desse tópico se dê com a divisão dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais.

### 2.6.1 DANO PATRIMONIAL

O dano patrimonial é aquele que atinge a esfera dos bens do sujeito de direito.

Quatro artigos do Código Civil resumem quais são os bens:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

[...]

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

[...]

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Os demais artigos cuidam de classificações sobre esses mesmos bens.

O dano, pelo menos na esfera puramente patrimonial, equivale à expressão “perdas e danos”, especificadas no art. 402 do Código Civil: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Com isso, se um indivíduo bater culposamente seu veículo em um táxi, fazendo com que o taxista fique sem seu carro enquanto aguarda o conserto, as perdas e danos abrangerão, além dos reparos no veículo, também a remuneração que ele deixou de auferir.

## 2.6.2 DANO EXTRAPATRIMONIAL

### 2.6.2.1 PERDAS E DANOS EXTRAPATRIMONIAIS?

O dano extrapatrimonial é aquele que atinge precipuamente os direitos da personalidade do sujeito de direito.

Pode-se dizer que os danos extrapatrimoniais também se desdobram em perdas e danos, ou melhor, que abrangem tanto o que o indivíduo perdeu quanto o que deixou de ganhar? Embora mais difícil de vislumbrar os “lucros cessantes extrapatrimoniais”, é possível sua ocorrência. Ora, se é possível perder alguma coisa extrapatrimonial, também é possível deixar de auferi-la.

Não se deve confundir, contudo, lucros cessantes extrapatrimoniais com lucros cessantes patrimoniais decorrentes de danos extrapatrimoniais.

Exemplos de lucros cessantes patrimoniais decorrentes de danos extrapatrimoniais estão nos artigos 949 e 950 do Código Civil:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

O que se pode cogitar como “lucro cessante extrapatrimonial” é, por exemplo, decorrente da perda de um ente querido. As pessoas que com ele mantinham laços sentimentais, além da perda em si (“danos emergentes”), deixarão de receber a alegria que ele proporcionava, o apoio moral etc..

Quanto mais jovem for a pessoa que falecer, maior será a diferença entre sua idade e a sua expectativa de vida. Seria assim possível afirmar que seria maior o valor dos lucros cessantes? Mas por outro lado, quanto menor for o tempo de vínculo afetivo, não se poderá afirmar que menor será a dor da perda?

Se se reconhecer o direito à reparação dos “lucros cessantes extrapatrimoniais”, estes também estarão sujeitos à limitação da norma prevista no art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (grifamos)

### 2.6.2.2 ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

O dano extrapatrimonial mais conhecido é o moral, ou seja, o ocasionado na psique da pessoa.

O dano moral pode ocorrer isoladamente, quando, a título de exemplo, alguém é atingido em sua honra por uma ofensa verbal.

Pode estar presente juntamente com outros danos sem deles decorrer: O indivíduo A bate seu veículo culposamente no veículo de B e, entendendo estar com a razão, ainda ofende B.

Mas o dano moral também pode estar presente com outros danos e deles decorrer: a moral pode e é normalmente abalada quando a pessoa tem um membro amputado ou quando grande parte de seu patrimônio é reduzido.

Mas dano moral não é gênero que abarca os outros tipos de danos extrapatrimoniais, assim como não é sinônimo de danos extrapatrimoniais, como quer CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2003:548).

Dano moral também não é a única espécie de dano ao lado dos danos patrimoniais (SANTOS, 2001:122).

Em última análise, é espécie de dano extrapatrimonial.

Outro tipo de dano extrapatrimonial que se vislumbra é o estético. Este atinge a imagem corporal da pessoa, notadamente sua beleza. Por exemplo: mutilamento.

É possível que, apesar de não lesar a estética, o organismo ou a saúde fique comprometida: doenças, lesões etc. Pode-se chamar este dano de fisiológico.

Notamos aqui que o dano moral também pode ser considerado como espécie de dano à saúde da pessoa.

Vislumbra-se ainda o dano à imagem, ou seja, à reputação que a pessoa possui no meio em que vive. É o conceito do indivíduo na mente dos outros membros da sociedade. Este ocorre, normalmente, pela exposição indevida da pessoa, por vezes associada a algum fato pejorativo. Por exemplo: expor um inocente na mídia como sendo culpado por um crime.

Muito ligado ao dano à imagem está o dano ao nome. Entre outros casos, ocorre dano ao nome quando este é indevidamente incluído em algum cadastro pejorativo, tal como um rol de inadimplentes.

Sobre o nome e a imagem, há proteção expressa nos seguintes dispositivos do Código Civil:

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

### 2.6.2.3 PROBLEMAS RELACIONADOS AOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Um dano estético pode ser reparado ou amenizado por cirurgias plásticas ou próteses, mas nem sempre.

O dano físico, ou corporal, muitas vezes pode receber tratamento, mas pode não se chegar ao estado anterior.

É, em tese, possível a recuperação da imagem, por exemplo, com a publicação de notícia que contrarie a danosa, mas pode ocorrer que não sejam as mesmas pessoas que recebam esta notícia. Mesmo que todas as pessoas recebam ambas as notícias, a real pode não convencer.

O nome da pessoa pode ser retirado de um cadastro, mas isso não garante que sua fama seja completamente restabelecida.

Todos esses danos podem causar um abalo psíquico na vítima, isto é, um dano moral. Sua reparação sempre repara o dano moral reflexo? Não necessariamente.

A Constituição da República, em seu art. 5.º, assegura a indenização por danos extrapatrimoniais nos seguintes incisos:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;  
[...]



X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Apesar disso, é certo que por vezes o dano extrapatrimonial é irreparável, assim como nem sempre se pode fazer uma reparação completa.

Como solução, entre outros meios de compensação, foi adotada a entrega de pecúnia. É que o dinheiro proporcionaria uma alegria para amenizar a dor.

Porém, essa solução traz diversos problemas.

Tomando, por exemplo, os danos corporais, é indiscutível que a perda de um braço é mais grave que a perda de uma mão. Mas quanto vale um braço? E uma mão?

Costuma-se fixar indenizações diferentes conforme a importância que a parte afetada tem para a pessoa, considerada concretamente. Dito de outra forma, a perna de um empregado do setor administrativo de uma empresa que trabalha sentado o dia inteiro costuma ser considerada de menor valor do que a perna de um famoso jogador de futebol.

Porém, o que deve diferir é o montante do lucro cessante patrimonial.

A perna em si deve ser considerada igual para ambos, pois para essa situação parece-nos aplicável o princípio da isonomia:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Devemos lembrar todavia que a igualdade consiste em tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, conforme ensinamentos de ARISTÓTELES (2003:108/9).

CHAIM PERELMAN (1998:219), a respeito, ensina:

Observemos, a propósito disso, que o fato de seguir uma jurisprudência constante é suficiente para motivar uma sentença, ao passo que a reforma de uma jurisprudência estabelecida deve ser seriamente motivada. Pois, por causa do grande crédito atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes, são necessárias razões imperiosas para motivar uma reforma de jurisprudência.

Uma diferença que deve ser respeitada é aquela em razão da idiossincrasia. Quanto a isso, no exemplo acima, o referido empregado administrativo poderia sofrer mais danos morais do que o jogador de futebol.

Para aferir esses danos, seria necessária uma perícia médica, depoimentos de testemunhas etc., embora todos esses meios possam ser ineficazes.

Ainda que realmente se constate o abalo psíquico, quanto ao dano moral, ou os demais danos extrapatrimoniais, como saber seu valor?

Se se admite ao julgador arbitrar o valor da indenização, corre-se o risco de ofensa à igualdade, pois situações semelhantes podem ser tratadas de modo diverso, consoante se depreende destes julgados:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO POR TRÁS DURANTE ULTRAPASSAGEM. MORTE DA VÍTIMA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO PARÂMETRO. COBERTURA DO SEGURO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. [...] Dos danos morais. Sua caracterização dá-se em face do sofrimento das demandantes pela da **perda do pai e esposo**. A quantificação desta indenização deve estar de acordo com seu caráter compensatório à vítima e educativo ao ofensor, devendo se pautar em alguns critérios como a condição econômica e a culpa deste, bem como a intensidade da dor e a situação sócio-familiar e cultural daquela. Neste contexto, observados os parâmetros adotados por esta Câmara e a parcela de responsabilidade da ré, **o valor do dano moral é mantido em 200 salários mínimos**. [...] (Apelação Cível Nº 70010035319, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 28/04/2005)

EMENTA: ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. ESTRADA DO MAR. DANOS MORAIS. [...] 2. Danos Morais. Verba reparatória adequadamente arbitrada na sentença, **em 160 salários mínimos**, 40 a cada autor, conforme os parâmetros da Câmara, a consequência do acidente (**morte do pai**), o caráter retributivo/punitivo da condenação (autores maiores, com vidas independentes) e as condições econômicas das partes.[...] (Apelação Cível Nº 70010414589, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 14/04/2005)

Pode ocorrer que uma esposa deteste seu marido porque este a agrida constantemente. Embora ela queira fugir de casa ou denunciá-lo, tem medo de ser perseguida e até morta. Caso ele vier a falecer em virtude de uma bala perdida disparada por agente público estatal, caberia à mulher indenização por danos morais? Ou será que ela deveria pagar ao Estado por tê-la livrado da pessoa indesejada?

Não bastasse, se se considerar a indenização pelo seu lado punitivo, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade, pois, nos termos do art. 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal**”.

Mesmo o aspecto do simples dever de reparar pode afrontar a Constituição. É que, embora ela tenha garantido a indenização por danos extrapatrimoniais, a fixação destes sem lei fere o inciso II do art. 5.º da Constituição Federal: “**ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**”.

Cai-se então em um paradoxo: se se cria uma lei estabelecendo valores para cada tipo de dano, é possível que situações diferentes sejam tratadas da mesma forma; se não há lei, situações idênticas podem receber tratamento diverso.

Esse é um dos problemas do juiz “legislador”, que, de certa forma, conquanto possa violar o princípio da separação dos poderes, não negamos tenha como ponto favorável o fato de possibilitar uma solução mais justa, em razão de estar mais próximo dos fatos concretos. Não devemos nos esquecer, todavia, que o que é justo para um não é justo para outro, por mais que cada um acredite possuir bom senso bastante para decidir.

Aliás, essa crença natural dos seres humanos de que possuem condições de julgar é citada por RENÉ DESCARTES (2000:35):

Inexiste no mundo coisa mais bem distribuída que o bom senso, visto que cada indivíduo acredita ser tão bem provido dele que mesmo os mais difíceis de satisfazer em qualquer outro aspecto não costumam desejar possuí-lo mais do que já possuem. E é improvável que todos se enganem a esse respeito; mas isso é antes uma prova de que o poder de julgar de forma correta e discernir entre o verdadeiro e o falso, que é justamento o que é denominado bom senso ou razão, é igual em todos os homens;

### 2.6.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Entre os danos e seus fatores existe um elemento conhecido como nexo de causalidade, ou seja, o elo existente entre causa (fatores) e efeito (dano).

É o elemento que permite ligar no mundo fenomênico os danos ocorridos a algum dos fatores previstos na lei.

A importância desse elemento está relacionada à identificação do sujeito passivo da obrigação de indenizar.

Dessa forma, se o dano foi causado por um ato de uma pessoa capaz, então, em regra, a ela caberá o dever de indenizar. Mas se ele estiver a serviço de uma empresa, esta também será responsabilizada. Se foi ocasionado por um animal ou por uma criança, verifica-se quem é o responsável por estes.

O que deve ser analisado nesse tópico são as correntes sobre tal elemento e qual foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro para fins de responsabilidade civil.

A primeira teoria é a conhecida como **equivalência dos antecedentes**, que, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1998:78), nasceu nos tribunais belgas por obra do alemão VON BURI para o direito penal, mas foi desenvolvida pela doutrina civilista.

Para esta, todos os fatores que, se eliminados em mente, levariam à inoccorrência do dano, fazem parte do nexu de causalidade, pois são “*conditio sine qua non*”, ou seja, condições sem as quais o resultado não existiria.

Criticam tal corrente porque mesmo certos fatos simples poderiam ser relacionados no nexu causal. Assim, num homicídio, poderíamos responsabilizar o fabricante da arma.

Outra tentativa de explicar e tratar o problema da causalidade foi feita pela doutrina francesa. GABRIEL MARTY desenvolveu-a calcada nos ensinamentos do alemão VON KRIES (PEREIRA, 1998:78).

Essa teoria, chamada de doutrina da **causalidade adequada**, sustenta que somente aquilo que tenha condições de necessariamente causar o dano é que dever ser mantido no nexu causal. O critério para excluir ou incluir circunstâncias nessa cadeia de acontecimentos é o da probabilidade (PEREIRA, 1998:78).

É o julgador que utiliza esse critério levando em consideração o *homo medius* (Martinho Garcez Neto *apud* STOCO, 2004:147).

Por isso, para essa corrente, a simples fabricação da arma não poderia ser considerada nexu causal do homicídio no exemplo acima.

O problema é que “causalidade não é certeza” (Maurie e Aynès *apud* PEREIRA, 1998:79).

Para SÉRGIO CAVALIERI FILHO, seria a teoria da causalidade adequada a adotada no Código Civil (2003:69).

CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2003:523) indica a existência de uma terceira teoria, a dos **danos diretos e imediatos**, denominada de **teoria da interrupção do nexu causal** por Enneccerus, que consistiria em uma conciliação das outras duas teorias:

“A interrupção do nexu causal ocorreria, segundo seu ensinamento [de Enneccerus], toda vez que, devendo impor-se um determinado resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verificasse pelo surgimento de uma circunstância outra que, com anterioridade, fosse aquela que acabasse por responder por esse mesmo esperado resultado.”

Seria esta, para ele (GONÇALVES, 2003:523), a teoria adotada no Código Civil, citando, para corroborar seu entendimento, o art. 403 deste diploma: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Mas uma crítica que não vemos em nenhuma teoria é o fato de que não temos a capacidade de saber como se daria determinado fato se retirada qualquer de suas circunstâncias.

Ora, no exemplo do homicídio, ainda que não houvesse a arma de fogo, nada impediria que a vítima fosse morta por outro meio, assim como também seria possível a vítima ter matado a pessoa que tentara assassiná-la.

Então, como saber o que pode ser ou não incluído no nexu causal?

As três teorias tem suas virtudes, mas é certo que são imperfeitas, uma vez que não conseguiram, até agora, descrever com precisão os fenômenos sociais.

Aliás, as provas que existem até o momento, dão conta de que tal precisão ainda sequer é possível, conforme aponta a teoria do caos (TRUMP, 1998).

Segundo esta teoria, existem certos sistemas que, conquanto aparentemente caóticos, guardam intrinsecamente uma determinada ordem.

Esses sistemas são muito volúveis e todo o seu comportamento está ligado a suas condições iniciais, de modo que uma simples e quase insignificante mudança nestas pode levar a alterações grotescas no decorrer da cadeia causal.

## **2.7 A INDENIZAÇÃO**

O Capítulo II do Título IX do Código Civil, relativo à Responsabilidade Civil é dedicado à indenização.

Como dissemos acima, no tópico 2.6.2.3, a indenização não necessariamente representa uma panacéia, uma efetiva reparação.

Em se tratando de danos morais, por representar uma vantagem, acredita-se que a alegria que decorreria da indenização traria uma compensação para a dor sofrida (GONÇALVES, 2003:553).

Apesar dos problemas que levantamos acerca dos danos extrapatrimoniais, o Código Civil admitiu expressamente a possibilidade de entrega de pecúnia como forma de reparação, consoante se nota no art. 947: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.”

Da mesma forma, no parágrafo único do art. 953:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, **o valor da indenização**, na conformidade das circunstâncias do caso. (grifamos)

No art. 944, *caput*, está positivado o princípio da proporcionalidade, ou seja, quanto maior ou menor o dano, maior ou menor a indenização respectivamente: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Ao lado do dano, todavia, deverá ser aferida a culpa do causador do dano, bem como a culpa da vítima, como critérios de dosagem da indenização, consoante o disposto no parágrafo único do art. 944 e no *caput* do art. 945:

Art. 944[...]

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Porém, o ônus de provar a culpa competirá a quem aproveite, ou seja, ao responsável, que suportará a sanção, embora, estando nos autos essa prova, mesmo que o interessado não requeira, poderá o juiz, **de ofício**, reduzir a indenização.

**É de extrema importância atermo-nos ao fato de que, mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, a culpa terá relevância para a fixação da indenização.**

Com efeito, embora na responsabilidade objetiva seja irrelevante sua existência para ensejar a sanção, a culpa terá pertinência no que tange ao valor da indenização.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES também colaciona diversos julgados salientando que a culpa da vítima interfere no valor da indenização (2003:202/3).

Quanto à pertinência da culpa da vítima, tratando de responsabilidade objetiva do Estado, é pacífica a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. 2. Acórdão que confirmou sentença de improcedência da ação, determinando que somente se admite o direito a indenização se ficar provada a culpa subjetiva do agente, e não a objetiva. 3. Alegação de ofensa ao art. 107, da EC n.º 01/69, atual art. 37, § 6º, da CF/88. 4. Aresto que situou a controvérsia no âmbito da responsabilidade subjetiva, não sendo configurado erro médico ou imperícia do profissional que praticou o ato cirúrgico. 5. Precedentes da Corte ao assentarem que "I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II - **Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.**" RE n.º 178.086-RJ. 6. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso. 7. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação.

(2.<sup>a</sup> Turma, RE 217389/SP, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 02/04/2002, v.u., DJ 24-05-2002, p. 69).

Por também se aplicar em geral às relações civil, convém lembrar os ensinamentos dos administrativistas sobre a culpa da vítima.

Nesse passo, ensina ODETE MEDAUAR (1998:391):

Outra causa situa-se na chamada culpa da vítima, exclusiva ou concorrente; nesse caso, a conduta da vítima contribuiu para o dano que a mesma sofreu; se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente; se dano decorreu simultaneamente de conduta da vítima e da Administração, esta responde parcialmente. Por exemplo: vítima que dirige veículo embriagada, ultrapassa sinal vermelho e abalroa veículo oficial; vítima que desatende a placa de advertência de perigo em praia, adentra ao mar e se afoga.

O que deve ficar claro é que, dependendo do grau da culpa, poderá ficar evidenciado que não existe nexos causal entre o dano e seu fator, conforme veremos no tópico 2.9 *infra*.

De outro lado, se o nexos causal existir, a relevância da culpa da vítima estará adstrita ao valor da indenização.

Por fim, conforme a relação jurídica que esteja em jogo, poderá haver certos aspectos relevantes adicionais a serem considerados para a fixação da indenização.

Se houver relação contratual para aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias, eventuais danos podem surgir não só pelo descumprimento do contrato, mas também poderão ser completamente extracontratuais, de modo que a indenização será fixada levando em conta ambos.

Além disso, se se tratar de relação de consumo, o paciente que pagou um tratamento com células-tronco embrionárias e recebeu um serviço com um vício que o torne impróprio para o consumo, poderá escolher entre as opções do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Quanto à reexecução do serviço, o §1.º desse artigo 20 permite que o fornecedor, por sua conta e risco, confie à terceiro devidamente capacitados.

Serviços são considerados impróprios quando “se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”, nos termos do § 2.º do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Obviamente que a escolha entre uma das opções do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor não retirará a responsabilidade pelos eventuais danos causados, aplicando-se, para estes o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, relativo aos danos por fato do serviço.

## **2.8 TITULARES DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO**

Ocorrido um ilícito cuja sanção seja o dever de indenizar, nasce para o titular do direito violado a pretensão e a respectiva exceção.

A respeito, esclarecem os artigos 189 e 190 do Código Civil:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

Pretensão é “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação”, consoante define SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA (2003:196), com base em Pontes de Miranda. Exceção é “meio prejudicial de defesa, que não se opõe ao direito do autor, mas à eficácia de seu direito, pretensão ou ação” (CUNHA, 2003:116)

Se se considera pela ótica do dano, o titular da pretensão será aquele que teve seu patrimônio jurídico deteriorado, ou seja, que sofreu danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, conforme analisamos no tópico 2.6 *supra*.

Esse é o enfoque adotado no art. 927 do Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2003:536), afirma que “compete à vítima da lesão pessoal ou patrimonial o direito de pleitear a indenização”.

Esse direito, caso a vítima venha a falecer, transmite-se com a herança, a teor do que prescreve o art. 943 do Código Civil: “Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.”

Esse dispositivo espelha o previsto no art. 5.º, XLV, da Constituição: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Também se mostra possível, em princípio, a transmissão entre vivos do direito à indenização. Isso porque, tratando-se de bens patrimoniais, estes são em regra disponíveis. Nesse caso, a legitimidade para pleitear a satisfação do direito também é transmitida.

Com relação à pesquisa e aplicação de células-tronco embrionárias, vislumbramos maiores problemas no que tange a eventuais danos extrapatrimoniais.

Caso um embrião *in vitro* seja danificado na pesquisa e aplicação das células-tronco embrionárias, quem terá legitimidade para pleitear indenização?

É certo que essas atividades, em regra, implicam destruição do embrião de onde são retiradas as células-tronco embrionárias, conforme vimos no tópico 1.5 *supra* (CARVALHO, 2001).

Tendo em conta que a Lei 11.105/05 autorizou, em determinados casos, a utilização de embriões, devemos partir da premissa que eles não são abarcados pelo direito à vida, pois, caso contrário, estaríamos num âmbito contra o direito.

Ainda que questionável ou passível de críticas, os embriões a que se refere o art. 5.º da Lei de Biossegurança foram considerados como coisas (material biológico), e é com essa premissa que estamos tecendo as considerações no presente trabalho.

Tais considerações, todavia, podem mudar após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510 pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Tratando-se de um bem, caso seja danificado, seu proprietário é que terá o direito à indenização.

Em regra, são proprietários do embrião os seus genitores.

Mas pode ocorrer que homens e mulheres tenham doado material para pesquisa (óvulos e sêmem), hipóteses em que seria o laboratório o proprietário.

O que importa é que, tratado o embrião como coisa, sua destruição, se importar danos morais, deverá ser apurado como perda de um objeto e não como perda de um ente querido.

Diversa será a hipótese em que o tratamento com células-tronco embrionárias for realizado em um embrião já implantado ou que será implantado.

Nesse caso, ele, como ser humano, terá proteção jurídica e, nascendo com vida, poderá ingressar em juízo, representado por seus pais, pleiteando reparação de eventuais danos que tenha sofrido ilícitamente (MEIRELLES, 2004:168).

Quanto a danos morais, estes nem sempre atingirão apenas a vítima direta ou familiares mais próximos. Os laços de amizade e de afeto não dependem da relação de consangüinidade. O que importa, em suma, é que quem sofre o dano merece reparação.

Nada obstante, acreditamos que será mais difícil convencer o Judiciário de que alguém que não tenha vínculo de parentesco ou relação amorosa possa ter sofrido dano moral em razão de ofensa praticada contra a pessoa com quem se mantém esse laço.

## **2.9 INEFICÁCIA DA RESPONSABILIDADE**

Pretendemos neste tópico tecer algumas considerações sobre o que a doutrina costuma denominar de excludentes de responsabilidade.

O nome “excludente” contudo, pressupõe que tenha havido responsabilidade.

Porém, se responsabilidade sequer configurou-se, não nos parece correto admitir que ela tenha sido excluída.

Assim, pareceu-nos melhor chamar de “ineficácia”, porque a responsabilidade em si só não é configurada quando a própria lei assim determine (CAVALIERI, 2003:503).

Quando não ocorrer o ilícito, ou seja, se não violada a norma, não se aplica a sanção. Embora haja responsabilidade abstrata, ela não se concretiza.

A hipótese prevista na norma abrange todos os elementos necessários para ensejar a sanção. Assim, em casos de responsabilidade subjetiva, a norma exigirá a ocorrência de culpa. Na maioria das ocasiões, o dano será imprescindível. A legítima defesa e o estado de necessidade poderão eventualmente descaracterizar o ilícito e, por conseguinte, impedir a responsabilização. Da mesma forma o exercício regular de um direito (PEREIRA, 1998:295/7) ou o estrito cumprimento do dever legal (GONÇALVES, 2003:714).

Como fenômenos jurídicos aptos a afastar os efeitos da responsabilidade, podemos citar como exemplos a prescrição (GONÇALVES, 2003:752), decadência, a renúncia do direito pela vítima (PEREIRA, 1998:306), uma vez que impedem a aplicação da sanção.

Assim, um dano ilícito causado pela aplicação de células-tronco embrionárias faz nascer a pretensão, que se extingue em 3 (três) anos, nos termos do inciso V do § 3.º do art. 206 do Código Civil. Caso a relação jurídica seja de consumo, esse prazo será de cinco anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

O caso fortuito e a força maior são freqüentemente lembrados como causas que afastam a responsabilidade.

De acordo com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1998:302):

A tese central desta escusativa está em que, se a obrigação de ressarcimento não é causada pelo fato do agente mas em decorrência de acontecimento que escapa ao seu poder, por se filiar a um fator estranho, ocorre a isenção da própria obrigação de compor as perdas e danos.

Segundo aponta esse autor, o caso fortuito seria evento derivado da natureza, ao passo que a força maior seria decorrente de ação humana (1998:303). Para CARLOS ROBERTO GONÇALVES, contudo, seria exatamente o contrário (2003:736). Essa controvérsia, de qualquer maneira, é de somenos importância.

O que merece relevo é verificar, no caso concreto, se um fato pode ser tido por caso fortuito ou força maior. O parágrafo único do art. 393 do Código Civil oferece um esclarecimento:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Dessa disposição, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA extrai como elementos indispensáveis a necessidade e a inevitabilidade (1998:304).

CARLOS ROBERTO GONÇALVES aponta que a doutrina e a jurisprudência, tomando por parâmetro os ensinamentos de Agostinho Alvim, estariam fazendo distinção “entre os fortuitos internos (ligados à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e fortuito externo (força maior, ou *Act of God* dos ingleses)” para decidir que somente este afastaria a responsabilidade (2003:737).

Deverá ser apurado no caso concreto a relevância do caso fortuito ou da força maior em algum dano ligado à aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias. Eventualmente, poderão servir apenas para atenuar a sanção.

A culpa exclusiva da vítima, na prática, afasta a responsabilidade. Isso porque, havendo culpa exclusiva da vítima, esta é a verdadeira causadora do dano, de modo que não há nexos causal deste com o responsável.

Isso é pacífico no direito administrativo, esclarecendo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2001:519) que:

Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima (RTJ 55/50, RT 447/82 e 518/99).

Um outro fato que é indicado para “afastar” a responsabilidade seria a existência de cláusula de não indenizar (PEREIRA, 1998:305; GONÇALVES, 2003:744).

Essa cláusula, contudo, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1998:305), só é aplicável no âmbito da responsabilidade contratual, e mesmo assim com certas restrições.

Também, no mesmo sentido, SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2003:504/5), para quem “admitir a cláusula de não indenizar na responsabilidade delitual seria, pois, estimular a negligência, a imprudência, a imperícia ou, mesmo, o dolo, enfraquecendo o dever de cautela que a lei impõe na vida de relação, e nisso contraria o interesse de toda a sociedade.”

Conforme o ilícito corresponda à violação de uma cláusula contratual ou de uma norma prevista na legislação, os autores costumam classificar a responsabilidade entre contratual e extracontratual (CAVALIERI, 2003:38; GONÇALVES, 2003:25/9).

Embora restrita ao âmbito contratual, se a aplicação terapêutica das células-tronco decorrer de uma relação de consumo, estará vedada a aplicação daquela cláusula, diante dos que dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

[...]

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

I - impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Mesmo que se alegue que a cláusula de não indenizar seria permitida em razão do princípio da autonomia da vontade, isso não prevalecerá em face de disposições de ordem pública, como são as do Código de Defesa do Consumidor, nos termos de seu art. 1.º: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5.º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.” (GONÇALVES, 2003:746).

Conquanto aberto o conceito de ordem pública, SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2003:506) apresenta traços importantes:

Questão de ordem pública é, pois, a que envolve interesse indisponível, um interesse geral, ligado a valores de maior relevância, vinculado aos fins sociais e às exigências do bem comum. É a que alcança valores mais relevantes e gerais da sociedade; não se circunscrevendo ao simples interesse dos contratantes. Enfim, haverá questão de ordem pública sempre que a aplicação do Direito objetivo não pode ficar circunscrita às questões levantadas pelas partes.

Restaria, assim, na relação de consumo, apenas a possibilidade de o prestador do serviço utilizar as excludentes do art. 14, §3.º, do Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI, 2003:384).

Tendo em vista as restrições à cláusula de não indenizar, CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2003:746/7) elenca os seguintes requisitos para sua validade: a) bilateralidade de consentimento; b) não-colisão com preceito de ordem pública; c) igualdade de posição das partes; d) inexistência do escopo de eximir o dolo ou a culpa grave do estipulante; e) ausência da intenção de afastar obrigação inerente à função.



Em suma, essa cláusula não terá validade quando se tratar de atividades com células-tronco embrionárias numa relação de consumo.

Apesar disso, inferimos que no caso concreto importará mais do que a cláusula de não indenizar o fato de o paciente ter sido plenamente informado dos riscos do tratamento e ter manifestado seu consentimento.

Daí, teremos a observância do princípio da informação previsto no art. 4.º, IV do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

Com isso, o paciente, na relação de consumo, terá condições de saber previamente dos riscos inerentes à terapia a que irá se submeter.

E o corpo humano, no nosso ordenamento, é relativamente disponível, mesmo em vida, como pode ser verificado na Lei n.º 9434/97, que em seu art. 1.º dispõe: “Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.”

Segundo essa Lei, as operações somente podem ser feitas por equipes médico-cirúrgicas previamente autorizadas pelo órgão gestor nacional do SUS, a teor do art. 2.º dessa lei. Sobre a disposição do próprio corpo vivo, é expresso o art. 9.º, *caput*:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Não é qualquer parte do corpo que pode ser transplantada, de acordo com o § 3.º do art. 9.º:

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes 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.

Uma interpretação sistemática do ordenamento nos leva a crer que, se até mesmo para outrem pode o ser humano dispor de seu corpo, quanto mais na hipótese em que não se trata efetivamente de disposição, mas de risco de seu corpo sofrer danos.

O transplante é dano certo, embora suportável. O tratamento com células-tronco embrionárias não necessariamente implicará dano certo.

E o risco está associado à esperança de cura ou melhora do próprio corpo.

Tudo isso nos leva a dessumir uma total compatibilidade com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Rederativa do Brasil, nos exatos termos do inciso III do art. 1.º da Constituição.

O risco que existe para alcançar os desejos da pessoa na melhora de sua saúde retira a ilicitude do ato médico que não venha a trazer os resultados esperados, quando o profissional não se afastar das normas de conduta de seu ofício.

Justificar-se-ia uma analogia com o estado de necessidade, em que se permite a lesão a um bem para salvar um outro bem.

Também devemos ter em mente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, aplicável aos contratos.

No Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, dispõe o art. 4º, III:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Para os contratos em geral, dispõem os artigos 113 e 422 do Código Civil:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

De acordo com esse princípio, parece-nos claro que, se o paciente for plenamente informado e quiser receber um tratamento com células-tronco embrionárias, assumindo os riscos daí advindos, ainda que não seja válida a cláusula de não indenizar, esta norma aplicável nas relações de consumo deverá ser interpretada juntamente com o princípio do equilíbrio e da boa-fé destas mesmas relações.

Daí, poderá ter relevância o fato de os procedimentos médicos terem seguido todas as normas de conduta, bem como se foram empregados todos os instrumentos necessários, em suma, se a obrigação contratual foi cumprida adequadamente, lembrando que esta é de meio.

Enfim, a indenização poderá ser graduada ou até excluída, não porque o consumidor-paciente aceitou essa exclusão, mesmo porque o consentimento é pressuposto do tratamento e a cláusula de não indenizar é nula, mas porque o caso concreto nos leva a graduar o valor da reparação.

Por fim, os autores mencionam que a *iatrogenia*, em certos casos, não ensejaria dever de indenizar (GONÇALVES, 2003:366; STOCO, 2004:561).

Iatrogenia é “alteração patológica” causada ao paciente oriundo de “tratamento de qualquer tipo” (STOCO, 2004:561), podendo ser lícita ou ilícita.

Para RUI STOCO (2004:562/4), será lícita e, por conseguinte, não haverá responsabilização quando: a) decorrer do exercício regular de direito, pois o que é direito não pode ser ilícito; b) for consequência de condições do paciente, desde que este consinta com a prática; c) for consequência de condições do paciente, se este omiti-las; d) houver erro de técnica ou profissional.

Merece ser destacada ainda a diferença entre erro profissional e a culpa.

Isso porque, embora a responsabilidade em caso de pesquisas e aplicação de células-tronco embrionárias seja objetiva, ou seja, conquanto não se perquiria sobre a existência de culpa, pode-se levantar a ocorrência de erro profissional.

O erro profissional é “o que resulta da incerteza ou da perfeição da arte e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita, salvo se se tratar de um erro grosseiro” (STOCO, 2004:539). É o “que advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas” (GONÇALVES, 2003:365).

RUI STOCO, por todos, esclarece que ocorre “erro profissional (erro de técnica) quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta” (2004:564). Por outro lado, há “imperícia (erro médico) quando a técnica é correta e adequada, mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa” (2004:564).

A partir dessa distinção, arremata o autor (2004:564):

Diante desse escorço podemos fixar e estabelecer que o erro profissional não pode ser objeto de valoração pelo Juiz, nem pode ser considerado como hipótese de imperícia, imprudência ou negligência.

E, como corolário desse escorço, pode-se afirmar que o resultado iatrogênico, decorrente da técnica empregada ou do estado da ciência, não pode ser considerado ilícito.

Sintetizando, apesar de a responsabilidade ser objetiva na aplicação terapêutica de células-tronco e de ser vedada a cláusula de não-indenizar nas relações de consumo, o caso concreto poderá demonstrar a possibilidade de um dano lícito.

O aplicador da lei deverá se ater “aos fins sociais a que ela se dirige e à exigência do bem comum”, conforme art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Deverá sopesar não só o ordenamento positivo, mas também as exigências de justiça, consoante lição de CHÄIM PERELMAN (1998:238):

O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável.

Caso os riscos inerentes do tratamento impusessem a obrigação incondicional de indenizar, os doentes simplesmente deixariam de receber qualquer atendimento médico.

De outro lado, não negamos que admitir a total ineficácia da responsabilidade em caso de tratamento médico poderia representar carta branca à negligência.

É a eficácia do direito agindo como instrumento de orientação do comportamento humano.

Somente o meio-termo aplicado corretamente pelo julgador é que conduzirá a sociedade no caminho do justo.

### 3 – CONCLUSÃO

Célula-tronco é um tipo de célula com capacidade de se tornar células de qualquer parte do corpo.

Conforme a origem da célula-tronco, ela é classificada em somática (ou adulta) e embrionária.

Célula-tronco embrionária é a célula-tronco retirada do embrião, ou do núcleo da massa do blastocisto, enquanto a adulta é que, em suma, não provém do embrião (adultos, crianças).

As células-tronco, diante de sua capacidade, trouxeram a expectativa de possibilitar a recomposição de qualquer parte danificada do corpo humano.

Embora já existam resultados comprovados com uso de células-tronco adultas, as pesquisas com células-tronco embrionárias ainda estão numa fase inicial.

Ainda existe debate acerca de quais células-tronco seriam melhores para fins terapêuticos entre as adultas e as embrionárias.

Os que preferem as células tronco embrionárias, sustentam que estas têm maior plasticidade.

Grandes obstáculos ainda necessitam ser transpostos em relação ao exato funcionamento destas, bem como no que se refere a limites éticos.

Esse tipo de célula-tronco, ao ser retirada do embrião, provoca a destruição deste, dando ensejo a um debate ainda maior sobre a violação ou não do direito à vida.

A Lei de Biossegurança, Lei n.º 11.105/05, embora elencando alguns requisitos, permitiu pesquisas e aplicação terapêutica com células-tronco embrionárias retiradas de embriões fertilizados *in vitro* que sejam inviáveis ou que estejam congelados até a data de sua publicação, desde que tenham ou completem três anos de congelamento.

Existe uma ação direta de inconstitucionalidade atacando essa permissão com o argumento de que violaria o direito à vida.

Independentemente dessa questão, a pesquisa e a aplicação de células-tronco embrionárias poderão ensejar responsabilização em caso de danos.

Essa responsabilização será objetiva sempre, mas os profissionais ligados às instituições devidamente autorizadas a realizar as pesquisas e aplicação de células-tronco embrionárias, todavia, só respondem em caso de culpa.

Mas mesmo com relação às pessoas jurídicas, sua efetiva responsabilização dependerá das circunstâncias do caso concreto, não bastando o dano e o nexa causal com a aplicação terapêutica das células-tronco embrionárias.

Isso se infere em razão de princípios que devem ser sopesados pelo aplicador da lei para que encontre um meio termo entre, de um lado, o desejo e direito das pessoas a ter uma vida digna por meio de um tratamento promissor, o que leva a uma tendência liberal com relação às pesquisas e aplicações científicas. De outro lado, sem restringir tais atividades, a necessidade de impor responsabilidade para que essas não se realizem sem um comprometimento ético.

A justiça não se concretiza na lei, mas na sua aplicação.

#### 4 – BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, **1999**.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. In Revista dos Tribunais. ano 94. volume 838. agosto de **2005**.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do estado por atos dos agentes os poderes legislativo, executivo e judiciário**. v.1. Campinas: Bookseller, **2001**.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. [Trad. Pietro Nassetti] São Paulo: Martin Claret, **2003**.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Bioética e direitos humanos: direitos constitucionais gerais e específicos. teoria geral da família. direito constitucional da família. jurisprudência constitucional. processualidade constitucional**. In GUERRA, Arthur Magno e Silva (coord.). Bioética e Biodireito: uma visão crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, **2005**.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, **1990**.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil comentado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, **1940**.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. [trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti] 2.ed. Bauru, SP: EDIPRO, **2003**.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. [trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos] 10.ed. Brasília: Editora UNB, **1999**.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. [trad. Marco Aurélio Nogueira] 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, **1986**.

CARVALHO, Antonio Carlos Campos de. **Células-tronco: A medicina do futuro**. Instituto de Biofísica Carlos Chagas Filho, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Artigo publicado na Revista Ciência Hoje (SBPC), vol 29, nº 172, junho de **2001**. Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/biologia/bio10a.htm>> Acesso em jun.05.

\_\_\_\_\_. **Célula-tronco é promessa para medicina do futuro**. In Com Ciência. 10.fev.**2004** Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/celulas/09.shtml>> Acesso em jul.2005.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Investigação e terapia com células-mãe embrionárias. Qual o regulamento jurídico para a europa?** In SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, **2004**.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, **2003**.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, a.8, n.424, 4.set.**2004**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>> Acesso em set.2005.

COHEN, Eric. **The Tragedy of Equality**. In *The New Atlantis*, n.7, Fall 2004/Winter 2005, pp.101-109, disponível em: <<http://www.thenewatlantis.com/archive/7/cohen.htm>> Acesso em jul.2005.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, **2002**.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, **2003**.

\_\_\_\_\_. *In* RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. [trad. Vera Barkow] São Paulo: Martins Fontes, **1999**.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. [trad. Eurico Corvisieri] São Paulo: Nova Cultural, **2000**.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, **2001**.

FERNANDES, José de Souza. **Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia – contribuições para o aprofundamento do biodireito a partir do magistério da igreja**. *In* SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, **2004**.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, **2003**.

FERREIRA, Alice Teixeira. **Mensagem aos senadores: desmascarando as mentiras apregoadas sobre as células-tronco embrionárias e a clonagem "terapêutica"**. 2.ago.2004. disponível em <<http://providaanapolis.org.br/altsen.htm>> Acesso em set.2005.

\_\_\_\_\_. **A pajelança com as células-tronco**. ago.2004a. Disponível em:<<http://www.cienciaefe.org.br/jornal/0410/Mt02.htm>> Acesso em set.2005.

GOLDIM, José Roberto. **Pesquisas com células tronco**. 16/08/2002. Disponível em:<<http://www.bioetica.ufrgs.br/celtron.htm>> Acesso em set.2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Dos Vícios da Posse**.,2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, **2001**.

GOWDAK, Luís Henrique Wolff. **Terapia celular em cardiologia**. *In* Com Ciência. 10/02/2004. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/celulas/12.shtml>> Acesso em jul.2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini...[et.al.]. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, **1998**.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. **Humanismo constitucional no brasil: os reflexos da bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética**. *In* GUERRA, Arthur Magno e Silva (coord.). **Bioética e Biodireito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, **2005**.

INTERNATIONAL SOCIETY FOR STEM CELL RESEARCH. **Glossary of stem cell-related terms**. Mar. 2004. Disponível em: <<http://www.isscr.org/glossary/index.htm#Totipotent>> Acesso em: jul.2005.

JOÃO PAULO PP.II. **Evangelium Vitae**. Roma: 25.03.1995. disponível em: <[http://www.vatican.va/edocs/POR0062/\\_\\_\\_PH.HTM](http://www.vatican.va/edocs/POR0062/___PH.HTM)> Acesso em ago.2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [trad. João Baptista Machado] 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, **1994**.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado.**[Trad. Luís Carlos Borges]. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, **2005**.

LOCATELI, Claudia Cinara; GOBBO, Edenilza. **A clonagem para fins terapêuticos: alternativa para os embriões excedentes?** Publicada no Juris Síntese nº 49 - SET/OUT de 2004. *In* CD Juris Síntese IOB n.º 51 Jan-Fev/**2005**.

LORENTZ, Joaquim Toledo. **O início da vida humana.** *In* SÁ, Maria de Fátima Freire de [coord.]. **Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, **2002**.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, **2002**.

MARTINS, Ives Gandra; EÇA, Lilian Piñero. **A verdade sobre as células-tronco embrionárias.** *In* Folha de São Paulo, 08/06/**2005**, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0806200507.htm>> Acesso em ago.2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 2. ed. São Paulo: RT, **1998**.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Estatuto jurídico do embrião.** *In* SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002.** Belo Horizonte: Del Rey, **2004**.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 15.ed. São Paulo: Malheiros, **2003**.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, **2003a**.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Melhoramentos, **1998**.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, **2002**.

NEIMAN, Susan. **O mal no pensamento moderno: uma história alternativa da filosofia.** [trad. Fernanda Abreu] Rio de Janeiro: DIFEL, **2003**.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. "Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 22.02.2001. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, **1998**.

PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica: nova retórica.**[trad. Verginia K. Pupi] São Paulo: Martins Fontes, **1998**.

PRANKE, Patricia. **A importância de disvutir o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos.** Cienc. Cult. [online]. jul./set. **2004**, vol.56, no.3, p.33-38. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252004000300017&lng=pt&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000300017&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 0009-6725. Acesso em jul.2005.

REUTERS. **Injeção de célula-tronco pode proteger cérebro e sistema nervoso.** *In* MSN Brasil. 13/07/**2005**. Disponível em: <[http://newsbox.msn.com.br/article.aspx?as=article&f=olbrtopnews\\_-\\_noticias\\_-\\_no-filter&t=3778&id=1041975&d=20050713&do=http://newsbox.msn.com.br&i=http://newsbox.msn.com.br/mediaexportlive&ks=0&mc=0&ml=m&a&lc=pt&ae=windows-1252](http://newsbox.msn.com.br/article.aspx?as=article&f=olbrtopnews_-_noticias_-_no-filter&t=3778&id=1041975&d=20050713&do=http://newsbox.msn.com.br&i=http://newsbox.msn.com.br/mediaexportlive&ks=0&mc=0&ml=m&a&lc=pt&ae=windows-1252)> Acesso em jul.2005.

- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v.1. Parte Geral 25.ed. São Paulo: Saraiva, **1995**.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. [trad. Edson Bini] Bauru, SP: EDIPRO, **2003**.
- SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3.ed. São Paulo: Método, **2001**.
- SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In Revista de Direito Administrativo. v. 240. Rio de Janeiro: Renovar, abr-jun.**2005**.
- SAYLOR, Kevin M.. **A guiding light: the conservatism of Margaret Thatcher**. In The Intercollegiate Review. Spring **1998**. disponível em: <[http://www.mmsi.org/ir/33\\_02/saylor.pdf](http://www.mmsi.org/ir/33_02/saylor.pdf)>. Acesso em set.2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, **1998**.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. **Os direitos humanos do concebido: análise biojurídica das técnicas de procriação assistida**. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFSC Vol. 2 - 1999, pág. 203. In CD-ROM Juris Síntese IOB n.º 51 Jan-Fev/**2005**.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, **2004**.
- TRINDADE, Antônio Augusto Trindade In LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Revista Autor. Agosto de **2001**. Disponível em: <<http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext.htm>> Acesso em set.2005.
- TRUMP, Matthew A.. **What is chaos?** August 14 1998 disponível em : <<http://order.ph.utexas.edu/chaos/index.html>> Acesso em ago.2005.
- UNITED STATES OF AMERICA – Department of Health and Human Services - National Institutes of Health. **Stem cell information: stem cell basics**. May 04, 2005. Disponível em: < <http://stemcells.nih.gov/index.asp>> Acesso em jun.05.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, **2004**. (Coleção direito civil; v.4.)
- \_\_\_\_\_. **Direito civil: contratos em espécie**. 4.ed. São Paulo: Atlas, **2004a**. (Coleção direito civil; v.3.)
- WHITEHEAD INSTITUTE FOR BIOMEDICAL RESEARCH. **Researchers offer proof-of-concept for Altered Nuclear Transfer**. Cambridge, Mass., Oct. **2005**. disponível em: < [http://www.wi.mit.edu/news/archives/2005/rj\\_1016.html](http://www.wi.mit.edu/news/archives/2005/rj_1016.html)> Acesso em out.2005.
- WIKIPEDIA, the free encyclopedia. **Stem cell**. July 2005. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Embryonic\\_stem\\_cell\\_ethical\\_debate](http://en.wikipedia.org/wiki/Embryonic_stem_cell_ethical_debate)> Acesso em jul.2005.
- WEISS, Rick. **O poder de dividir: células-tronco**. In National Geographic Brasil. Julho de 2005. Disponível em:<<http://nationalgeographic.abril.com.br/ngbonline/edicoes/0507/celulastronco.shtml>> Acesso em jul.2005
- ZANCHETTA, Luciene. **Pesquisa brasileira em CT já apresenta resultados**. In Com Ciência. 10/02/2004. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/celulas/02.shtml>> Acesso em ago.2005.