

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

**O TRATAMENTO JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO NO
ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Beatriz Schettini

Belo Horizonte
2010

Beatriz Schettini

O TRATAMENTO JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado.

Orientador: Professor-Doutor Walsir Edson Rodrigues Júnior.

Belo Horizonte

2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S327t Schettini, Beatriz
O tratamento jurídico do embrião humano no ordenamento brasileiro / Beatriz Schettini. Belo Horizonte, 2010.
147f.

Orientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito e biologia. 2. Bioética. 3. Biossegurança. 4. Embrião humano. I. Rodrigues Júnior, Walsir Edson. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.121

Beatriz Schettini

O tratamento jurídico do embrião humano no ordenamento brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Privado.

Walsir Edson Rodrigues Júnior (Orientador) – PUC Minas

Maria de Fátima Freire de Sá - PUC Minas

Ana Carolina Brochado Teixeira - Centro Universitário - UNA

Belo Horizonte, 24 de março de 2010

À memória do meu pai, homem forte e corajoso, que ensinou-me a acreditar nos meus sonhos, e com isso aprendi o caminho a ser seguido para alcançá-los.

AGRADECIMENTOS

À Deus, presença constante em minha vida, por me conceder a graça da realização deste sonho.

Ao Professor-Doutor Walsir Edison Rodrigues Júnior, que ao aceitar o convite de ser o orientador da pesquisa, tornou possível a concretização deste trabalho.

À Professora-Doutora Maria de Fátima Freire de Sá, pelo carinho, amizade e por manter vivo em mim o interesse pelos temas do Biodireito.

Ao Programa de pós-graduação em Direito da PUC Minas e a CAPES pelo fomento e incentivo à pesquisa.

Ao Bruno Camilloto Arantes, amigo inseparável, por nunca me deixar esquecer que o conhecimento é o caminho que leva à liberdade, e que para isso é sempre preciso avançar por águas mais profundas.

À amiga Renata Barbosa Almeida, pela generosidade de compartilhar comigo seus conhecimentos e livros sobre o tema pesquisado.

Às amigas Luciana Dadalto Penalva e Camilla Botaro Salles, pela presença constante durante todo o curso.

À amiga Andreza dos Santos Paixão, pela cumplicidade de todas as horas, que me permitiu a concretização deste trabalho.

A minha mãe, amor da minha vida. Companheira constante em todos os momentos desta caminhada.

Aos meus queridos irmãos, Dante e João Paulo, amigos e companheiros, que sempre caminharam ao meu lado.

A minha avó Zica, pelas eternas orações.

À Annaline Stiegert Cid, minha irmã de coração, amiga leal e corajosa, que em momento algum me deixou desistir da realização deste trabalho.

À amiga Luzia, pela recepção carinhosa e por tornar mais aconchegante os dias na cidade de Belo Horizonte.

À Patrícia Prímola e Aretuza Fernandes Soares, amigas eternas, estrelas que hoje do céu me iluminam na terra,

“Espera no Senhor e faze o bem;
habitarás a terra em plena segurança.
Põe tuas delícias no Senhor,
e os desejos do teu coração ele atenderá.
Confia ao Senhor a tua sorte,
espera nele e ele agirá.
Como a luz fará brilhar a tua justiça;
e como sol do meio-dia o teu direito”
Salmo 36

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade examinar o tratamento jurídico do embrião *in vitro* crioconservado resultante da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em especial da fertilização *in vitro* (FIV), no ordenamento jurídico brasileiro. Seu principal objetivo foi verificar a permissão da recente lei de biossegurança que autoriza sob certas condições a pesquisa e a experimentação com células-tronco embrionárias obtidas de embriões *in vitro* crioconservados. Para tanto, as técnicas de reprodução humana assistida foram analisadas como exercício do direito de procriação garantido pela Constituição Federal e por representarem um dos importantes avanços da biotecnologia. O julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008 que declarou constitucional o uso de embriões em pesquisa nos termos da lei de biossegurança, também foi estudado. Ainda foram demonstradas as divergências doutrinárias acerca do embrião *in vitro*, o tratamento normativo brasileiro sobre o mesmo, e a interminável discussão sobre a personalidade jurídica, bem como o tratamento jurídico destinado ao embrião na Espanha desde que a primeira lei de reprodução humana assistida entrou em vigor naquele país. No sentido jurídico defende-se que o embrião *in vitro* não possui o tratamento de pessoa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não lhe confere aptidão para adquirir direitos ou deveres que o habilitaria a participar de situações ou relações jurídicas. Essa constatação não significa que o embrião deva ser tratado como coisa, mas sim que merece um tratamento particular, através de um estatuto jurídico próprio.

Palavras-chave: Biodireito, Embrião, Lei de Biossegurança, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work aims to examine the legal treatment of cryopreserved embryos in vitro by the use of techniques of assisted human reproduction, particularly in vitro fertilization (IVF) in the Brazilian legal system. Its main objective was to verify the permission in the recent bio-safety law that allows under certain conditions the research and experimentation with embryonic stem cells obtained from cryopreserved embryos in vitro. For this, was analyzed the techniques of assisted human reproduction and the right of procreation guaranteed by the Constitution, and these are one of the important advances in biotechnology. Was also studied the sentence handed down by the Supreme Court in 2008 that declared constitutional the use of embryos in research under the law of biosecurity. This study also demonstrated the doctrinal differences on the in vitro embryo, the Brazilian regulatory treatment on it, and unsurpassed discussion on the legal status and legal treatment for the embryo in Spain since the entry into force of the first law of reproduction human assisted in that country. In a legal sense it is argued that the embryo in vitro does not have the treatment of people, since the Brazilian legal system does not give you the ability to acquire rights or obligations which would enable him to participate in legal positions or relationships. This finding does not mean that the embryo should be treated as a thing, but it deserves special treatment, through an own legal status.

Keywords: Biolaw, Embryo, Biosafety Law, Supreme Court.

LISTA DE SIGLAS

CFM – Conselho Federal de Medicina

STF – Supremo Tribunal Federal

RHA – Reprodução Humana Assistida

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

FIV – Fertilização *in vitro*

DGP – Diagnóstico genético pré-implantatório

SUS – Sistema Único de Saúde

CDH – Centro de Direitos Humanos

MOVITAE – Movimento em Prol da Vida

ANIS – Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero

CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	133
2 OS AVANÇOS DA BIOTECNOLOGIA E O DIREITO.....	16
2.1 Bioética.....	18
2.1.1 <i>Princípios da bioética</i>	20
2.2 O microssistema do biodireito.....	24
2.2.1 <i>Princípios do biodireito</i>	29
2.3 As técnicas de reprodução humana assistida como um dos avanços da biotecnologia.....	33
2.3.1 <i>A utilização das técnicas de reprodução humana assistida como exercício do direito ao planejamento familiar</i>	36
3 O EMBRIÃO E AS CATEGORIAS CLÁSSICAS DO CÓDIGO CIVIL.....	41
3.1 O embrião <i>in vitro</i>	43
3.1.1 <i>O embrião in vitro e sua utilização em pesquisas com células-tronco</i>	45
3.1.2 <i>Divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica do embrião in vitro</i> ...	48
3.2 O início da personalidade: a situação do nascituro em face da nova realidade trazida pelo embrião <i>in vitro</i>	53
4 O EMBRIÃO <i>IN VITRO</i> E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	58
4.1 As codificações: O Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002.....	60
4.2 As leis de biossegurança: a revogada lei 8.974 de 05 de Janeiro de 1995 e a nova lei 11.105 de 05 de Março de 2005.....	62
4.2.1 <i>A regulamentação da lei de biossegurança: decreto 5.591 de 22 de Novembro de 2005</i>	66
4.3 Resolução n. 1358 do Conselho Federal de Medicina.....	67
4.4 Da tentativa de regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida: os projetos de leis.....	69
4.4.1 <i>Projeto de lei 1184/2003</i>	71
5 A ESPANHA E O TRATAMENTO JURÍDICO DO EMBRIÃO <i>IN VITRO</i>.....	75
5.1 A primeira lei espanhola sobre reprodução humana assistida: lei 35 de 22 de Novembro de 1988.....	77
5.2 Lei 45/2003: modificação parcial da lei 35/1988.....	80
5.3 A vigente lei sobre técnicas de reprodução humana assistida: Lei 14/2006..	83
5.4 Lei 14 de 03 de Julho de 2007: lei de investigação biomédica.....	87

6 O JULGAMENTO SOBRE A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES EM PESQUISA REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	92
6.1 A ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do artigo 5º da lei de biossegurança	92
6.2 O início do julgamento: a posição do ministro Carlos Ayres de Britto e da ministra Ellen Gracie.....	98
6.3 A continuação do julgamento da ADIN e a posição dos demais ministros.....	104
6.3.1 <i>Ministro Eros Grau</i>	110
6.3.2 <i>Ministro Marco Aurélio Mello</i>	113
6.3.3 <i>Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha</i>	115
6.3.4 <i>Ministro Cezar Peluso</i>	118
6.3.5 <i>Ministro Gilmar Ferreira Mendes</i>	122
7 CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho caracteriza-se metodologicamente como uma pesquisa bibliográfica e comparativa, realizada na literatura jurídica nacional e internacional, a fim de verificar no ordenamento brasileiro o tratamento jurídico do embrião humano resultante da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em estado de crioconservação nos centros de reprodução.

A importância e a relevância deste estudo justificam-se em virtude do crescente interesse científico que envolve os embriões *in vitro* criopreservados, uma vez que estes embriões possuem as chamadas células-tronco embrionárias, que têm a capacidade de se transformar em qualquer tecido do organismo humano, o que no futuro poderá trazer a cura para inúmeras doenças, aumentando assim a expectativa e a qualidade de vida das pessoas.

Todavia, para a obtenção dessas células torna-se necessária a destruição do embrião humano, o que tem gerado inúmeras indagações éticas e jurídicas. Ressalta-se que no Brasil ainda não existe uma lei que regule as técnicas de reprodução humana assistida que dão origem aos embriões excedentários existindo tão somente uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que regulamenta a prática médica no tocante às técnicas de reprodução humana.

Como o ordenamento jurídico é deficitário nesta matéria, necessita assim de uma legislação específica para regulamentar a utilização das técnicas de reprodução humana, já que a procriação é um direito garantido pelo artigo 227 da Constituição Federal através do instituto do planejamento familiar.

No que concerne ao embrião *in vitro*, existe no Brasil apenas uma lei que entrou em vigor em março de 2005, conhecida com lei de biossegurança, que trata da questão dos organismos geneticamente modificados (liberação e utilização de transgênicos). No seu artigo 5º, as pesquisas com células-tronco embrionárias são autorizadas, sem antes se preocupar com o modo pelo qual esses mesmos embriões são criados, ou seja, a utilização da fertilização *in vitro* (FIV), modalidade de reprodução humana assistida.

É nesse contexto que emerge o biodireito e seus princípios, como ordem normativa dogmática que oferece soluções e respostas para as indagações trazidas pelos avanços das ciências da vida. Suas soluções visam alcançar um equilíbrio

entre o desenvolvimento científico e o respeito à dignidade e à integridade do ser humano.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar as inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais (julgamento da ADI 3.510 pelo STF) suscitadas pela utilização dos embriões humanos em pesquisas.

Para tanto, torna-se imprescindível o estudo das técnicas de reprodução humana assistida que dão origem aos embriões humanos. Os que não são implantados no útero de uma receptora são criopreservados (congelados) em centros de reprodução, e sob certas condições serão objetos das pesquisas autorizadas pela lei de biossegurança. Esse estudo será feito no capítulo segundo deste trabalho, onde também será analisado o biodireito e a bioética, como ordens normativas reguladoras desses avanços científicos.

O capítulo terceiro traz a análise do embrião *in vitro* e de sua utilização em pesquisa e investigação científica, no sentido de demonstrar a potencialidade das células-tronco embrionárias. Dedicase também ao estudo das categorias clássicas do Código Civil e da personalidade civil, onde se constata a insuficiência desses institutos para regulamentarem o trato com os embriões humanos criopreservados. Ainda no capítulo terceiro é demonstrada a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do embrião *in vitro*.

No capítulo quarto, será estudado o tratamento legislativo outorgado ao embrião *in vitro* no Brasil desde a promulgação do Código Civil de 1916 até o momento atual. Do estudo dessa cronologia legislativa percebe-se que a ausência de regulamentação é ainda um fator preponderante.

No quinto capítulo, será apresentada a experiência espanhola, com a finalidade de compará-la com a análise do tratamento jurídico do embrião *in vitro* no ordenamento jurídico brasileiro. Serão explicitadas a permissão para pesquisa e experimentações científicas com embriões *in vitro*, bem como a regulamentação normativa da utilização das técnicas de reprodução humana assistida na Espanha.

Em virtude da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510) proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo então procurador geral da República o Dr. Cláudio Fonteles, em que se discutiu a constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança, o capítulo sexto analisará o julgamento dessa ação pelo Tribunal, em especial os votos dos ministros divulgados, até o momento, à comunidade acadêmica. Esse julgamento histórico realizado pelo Supremo declarou

constitucional a pesquisa com células-tronco embrionárias e demonstrou mais uma vez a complexidade que envolve o tema.

Ao final, o que se pretende nesta pesquisa é analisar o tratamento jurídico do embrião *in vitro* criopreservado resultante das técnicas de reprodução humana assistida no ordenamento brasileiro, no sentido de aferir a possibilidade ou não da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias.

2 OS AVANÇOS DA BIOTECNOLOGIA E O DIREITO

“Situamo-nos diante de uma realidade evidente: as ciências da vida necessitam de uma regulação que nos garanta que os grandes parâmetros éticos compartilhados por nossas sociedades serão respeitados em todos os momentos”.

Iñigo de Miguel Berian.

A proteção concedida pelo Direito e pela Ética ao ser humano recebeu uma nova dimensão após a segunda guerra mundial. A violência e a agressão praticadas contra o ser humano, em especial as experiências científicas realizadas pelos médicos nazistas, mostraram ao mundo a necessidade de respeito às pessoas sem qualquer distinção de raça, credo ou posição social. Os horrores praticados durante a guerra exigiram do Direito e da Ética a proteção à integridade do homem, pois quando vêm à tona atrocidades contra o ser humano a sociedade clama por dignidade.

Assim, as indagações advindas dos experimentos realizados pelos médicos nazistas em nome do progresso das ciências da vida, colocaram a humanidade diante de um novo cenário. A falta de ética e de respeito à autonomia do ser humano, levaram esses médicos a conduzirem suas experiências científicas sem nenhum parâmetro e conseqüentemente com total desrespeito à dignidade humana.

Esse vilipêndio à dignidade humana levou a julgamento os médicos nazistas na Alemanha por meio da instauração do Tribunal de Nuremberg. Com o julgamento, os médicos foram condenados, e em 1947 como uma resposta às exigências éticas e morais constatadas através do julgamento dos criminosos de guerra, foi criado o Código de Nuremberg, considerado um dos primeiros documentos éticos sobre as experiências científicas envolvendo seres humanos.

O Código de Nuremberg traz entre seus princípios o respeito a liberdade de escolha de uma pessoa em participar ou não de uma investigação científica, pelo tempo que quiser.

A partir da construção desse ideal de respeito ao ser humano, no ano de 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, conforme esclarece Andorno (2009), obteve em sua formulação um surpreendente consenso entre pessoas das mais diversas e, inclusive opostas, orientações políticas e filosóficas.

Em 1964, a Associação Médica Mundial promulgou a Declaração de Helsinque, como uma proposta de princípios éticos com o objetivo de orientar os médicos e outros profissionais que realizam pesquisas com seres humanos. De acordo com esta Declaração, o médico deve proteger a vida, a saúde, a intimidade e a dignidade do ser humano.

Diante das atrocidades realizadas por meio da grande guerra, as inquietações sobre as experimentações científicas estavam apenas começando, uma vez que a ciência cresceu de forma acelerada e as suas descobertas trouxeram novamente inúmeras indagações sobre a necessidade de imposição de um limite ético e jurídico, em virtude dos riscos que algumas aplicações científicas geram para a natureza humana. Nesse sentido, aponta Barboza:

A humanidade vem presenciando nas últimas décadas o desenrolar de uma verdadeira revolução provocada pela biotecnologia e biomedicina que afeta, diretamente e a um só tempo, diferentes ramos do conhecimento humano, trazendo uma série de questionamentos jamais pensados. O homem passou a interferir em processos até então monopolizados pela natureza, inaugurando uma nova era que poderá se caracterizar pelo controle de determinados fenômenos que escapavam ao seu domínio. As técnicas de reprodução humana assistida, o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplantes, as técnicas para alteração do sexo, a clonagem e a engenharia genética descortinam de forma acelerada um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é ator e espectador. Os constantes progressos nesses campos deixam os laboratórios e freqüentam diariamente os noticiários, provocando curiosidade, espanto e medo ao leitor. (BARBOZA, 2001, p. 01-02).

Diante desse novo cenário apresentado ao mundo através da manipulação da vida, por meio de investigações biomédicas e científicas, e da preocupação com uma manipulação inadequada, surge a bioética como uma ordem normativa de imposição de respeito e de limite ético para a atuação dos médicos, geneticistas, cientistas e pesquisadores em geral diante do ser humano e de sua dignidade. Conforme Barreto:

As implicações morais do progresso da biologia começaram a ser discutidas, logo depois de (sic) Segunda Guerra Mundial, quando as lembranças das experiências nazistas nos campos de concentração e as conseqüências da explosão das primeiras bombas atômicas colocaram a consciência moral diante de um novo, insuspeito e perigoso mundo. O mais novo ramo da ética - a bioética -, surgiu, entretanto, como uma resposta mais às exigências morais da comunidade científica do que da sociedade em geral, isto porque as perspectivas que se abriram para a ciência e suas aplicações, durante os anos quarenta e cinquenta do século XX, eram conhecidas por apenas alguns poucos cientistas. (BARRETO, 2001, p.41).

Entretanto, a bioética enquanto ordem normativa atua somente no campo da consciência moral, sendo que o desrespeito às suas determinações gera reprovações que operam apenas no âmbito da consciência interna do transgressor ou através de reprovações sociais. Em face dessa ausência de coerção, o direito é também chamado a regulamentar as questões advindas dos avanços científicos, surgindo o biodireito como procedimento dogmático, sendo, pois, o reflexo juridicizado da bioética.

Assim, na tarefa de regulamentar a atuação biotecnológica, no sentido de determinar até onde as ciências da vida poderão avançar sem agredir o ser humano e a sua dignidade, a bioética e o biodireito caminham juntos, embora não se confundam, conforme afere Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:

Tratam-se, na verdade, de duas ordens normativas diferentes – Direito e Moral. O Direito, como ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática. Já a moral atua no universo jurídico como ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para a aplicação do Direito, sem contudo com ele se confundir. A Bioética, dessa forma, tem relevância para o Direito, pois faz parte da zetética jurídica. [...] A zetética relaciona-se com a dogmática na medida em que fornece fundamentos, bases valorativas a serem incorporadas pelo sistema dogmático. Biodireito e Bioética são ordens normativas, e, como tais, têm caráter prescritivo. A distinção, todavia, está na forma de abordagem e na força cogente. [...] A sanção ética ou é interna, partindo da consciência, ou é social, como uma reprovação da comunidade. O Direito, além, dispõe de meios coercitivos predeterminados e usa a força institucional para exigir o cumprimento de suas prescrições. (SÁ; NAVES, 2009, p.06-10).

Partindo dessas considerações iniciais, o presente capítulo estudará a bioética, o biodireito, e seus princípios básicos, como ordens normativas reguladoras dos avanços biotecnológicos, e em especial a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, como consequência desses avanços.

2.1 Bioética

Na concepção da maioria dos autores pesquisados¹ o termo bioética² é de uso recente, tendo sido empregado pela primeira vez pelo americano Van Rensselaer Potter, quando no início dos anos 70 conceituou a bioética como a ciência da sobrevivência. Entretanto, um estudo recente de José Roberto Goldim, aponta que o termo bioética foi utilizado pela primeira vez na Alemanha no ano de 1927, pelo autor Fritz Jahr:

Em 1927, em um artigo publicado no periódico alemão Kosmos, Fritz Jahr utilizou pela primeira vez a palavra Bioética. Esse autor caracterizou a bioética como sendo o reconhecimento de obrigações éticas não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos. Este texto, encontrado por Rolf Löther, da Universidade Humbolt, de Berlim, e divulgado por Evie Marie Engel, da Universidade de Tübingen, também da Alemanha, antecipa o surgimento do termo bioética em 47 anos. No final de seu artigo, Fritz Jahr propõe “um imperativo bioético”: *Respeita todo ser vivo essencialmente com um fim em si mesmo e trata-o se possível como tal.* (GOLDIM, 2009, p.56).

Apesar dessa constatação da origem um pouco mais remota sobre a utilização do termo bioética, não há dúvida de que a utilização recente do termo se deve a Van Rensselaer Potter³, ao qualificar a bioética como uma ponte, no sentido de estabelecer uma interface entre a ciência e a humanidade, fato que é também admitido por José Roberto Goldim (2009).

Ainda sobre o emprego do termo bioética Goldim aponta uma origem paralela atribuída a André Hellegers, surgida na mesma década de 70:

A Bioética teve uma outra origem paralela em língua inglesa. No mesmo ano de 1970, André Hellegers utilizou este termo para denominar os novos estudos que estavam sendo propostos na área de reprodução humana, ao criar o Instituto Kennedy de Ética, então denominado de Joseph P. and Rose F. Kennedy Institute of Ethics. (GOLDIM, 2009, p. 56).

De qualquer forma, a bioética apresentou desde o seu início uma nítida vocação reguladora, mas não dogmática, do comportamento humano em face dos

¹ Entre eles convém destacar: Vicente de Paulo Barreto (2001, p.43); Heloísa Helena Barboza (2003, p.51); Jussara Maria Leal de Meirelles (2001, p.86); Maria Helena Diniz (2009, p.09); José Roberto Moreira Filho (2007, p.18).

² “Integra a Ética geral, constituindo-se, portanto, objeto de estudo e questionamento da Filosofia”. (SÁ; NAVES, 2009, p.06).

³ Biólogo e oncologista da Universidade de Wisconsin, Madison. Ao publicar o livro *Bioethics: bridge to the future*, em 1971, adota o termo bioética conforme Maria Helena Diniz: “como uma nova disciplina que recorrerá às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica.” (DINIZ, 2009, p. 09).

avanços da medicina, no sentido de estabelecer limites éticos para os operadores das ciências da vida.

Assim, o conhecimento científico que algumas décadas atrás, parecia dotar seus possuidores dos poderes de vida e morte sobre as pessoas, passa a receber uma limitação advinda da instauração da bioética, como disciplina de controle ético, de acordo com Letícia Ludwig Möller:

A preocupação ética com as possíveis aplicações dos novos conhecimentos científicos e biotecnológicos à saúde humana e ao ecossistema, bem como com aquilo que já vinha sendo feito sem a existência de regulação e controles, fez nascer um novo campo de estudo – a bioética – destinado à reflexão e discussão interdisciplinar e à busca de princípios e parâmetros que pudessem servir como diretrizes para a realização de pesquisas e experimentos e o uso de seus resultados. Deste modo, a pretensão de auto-referencialidade muitas vezes demonstrada pela ciência ao longo dos anos passa a deparar-se com questionamentos suscitados pela ética e pela bioética, que vieram sedimentando a noção acerca da necessidade de traçar-se certos limites às realizações da ciência, a seus procedimentos e a suas aplicações. (MÖLLER, 2009, p.42).

2.1.1 Princípios da bioética

Como ordem normativa, a bioética procurou formular princípios que pudessem ser aplicados às pesquisas com seres humanos com o objetivo de buscar uma via de equilíbrio entre a liberdade científica e o respeito à dignidade humana. Dessa forma, foi publicado em 1978 pela Comissão Nacional para a proteção dos seres humanos em pesquisa biomédica e comportamental, constituída pelo governo norte-americano em 1974, o documento denominado Relatório Belmont (Belmont Report) que contém três princípios bioéticos básicos: autonomia, justiça e beneficência. (SÁ; NAVES, 2009).

Esses princípios são frutos dos questionamentos de quatro anos dessa comissão americana, cujo objetivo foi formular um estudo completo capaz de identificar os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação com seres humanos nas investigações biomédicas. (SÁ; NAVES, 2009).

O princípio da autonomia impõe ao cientista o respeito às pessoas que participam da pesquisa biomédica. Esse princípio incorpora duas convicções éticas: que as pessoas sejam tratadas como seres autônomos e que aqueles com

autonomia reduzida recebam uma proteção especial. Nesse sentido, as pessoas que irão fazer parte de uma investigação científica só devem participar de modo voluntário e após receberem informações sobre os riscos e benefícios da pesquisa. (RELATÓRIO Belmont, 1979). “Assim, de modo livre e sem influências externas, preceitua-se o respeito pela capacidade de decisão e ação do ser humano.” (SÁ; NAVES, 2009, p. 34).

Neste ponto, convém destacar a importância do consentimento livre e esclarecido do sujeito que participa de uma investigação científica. Para tanto, torna-se conveniente discorrer sobre esse conteúdo à luz do Código de Nuremberg, da Declaração de Helsinki e da Convenção sobre direitos humanos e biomedicina (Convenção de Oviedo).

No Código de Nuremberg, o consentimento livre e esclarecido possui o seguinte conteúdo:

O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a sua saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a responsabilidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. (CÓDIGO de Nuremberg, 1947).

Para a Declaração de Helsinki:

Em toda pesquisa com seres humanos, cada voluntário potencial deve receber informação adequada a respeito dos objetivos, métodos, fontes de financiamento, possíveis conflitos de interesse, afiliações institucionais do pesquisador, benefícios calculados, riscos, previsíveis e incômodos derivados da experiência. A pessoa deve ser informada do direito de participar ou não na pesquisa e de retirar seu consentimento a qualquer momento, sem ser exposta a represálias. Depois de assegurar-se de que o indivíduo tenha compreendido a informação, o médico deve obter então, preferencialmente por escrito, o consentimento informado e voluntário da pessoa. Se não for possível obter o consentimento por escrito, o processo para obtê-lo deverá ser documentado formalmente diante de testemunhas. (DECLARAÇÃO de Helsinki, 1964/2000).

A Convenção sobre direitos humanos e biomedicina, feita em Oviedo, Espanha, em 04 de abril de 1997, através do Conselho da Europa, estabelece em seu capítulo segundo:

Uma intervenção na área de saúde só pode ser executada após a pessoa envolvida ter dado seu consentimento livre e informado a ela. Esta pessoa deve receber de antemão a informação apropriada quanto ao propósito e a natureza da intervenção, bem como quanto às suas conseqüências e riscos. A pessoa envolvida pode retirar seu consentimento livremente a qualquer momento. (CONSELHO DA EUROPA, Convênio de Oviedo, 1997).

Como exposto nas citações anteriores, bioética e biodireito caminham juntos no sentido de regular os avanços biomédicos. Dessa maneira a existência prévia do consentimento livre e esclarecido, que integra o princípio bioético da autonomia é essencial para o exercício da autonomia privada, como liberdade de escolha de participar ou não de uma pesquisa biomédica, princípio do biodireito que será mais adiante estudado.

Outro princípio da bioética é o da beneficência que prima pelo benefício do sujeito da pesquisa, estabelecendo que o bem-estar das pessoas envolvidas em uma pesquisa científica deve ser assegurado, evitando os danos e maximizando os benefícios. (RELATÓRIO Belmont, 1979).

O princípio da beneficência impõe ao profissional da saúde ou ao biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado. Beneficência vem do latim *bonum facere*, literalmente “fazer o bem”. Assim, não só se afirma que o médico deve abster-se de procedimentos duvidosos, que pouco ou nada trazem de benefício para o paciente, como também se tem que o biólogo ou o médico veterinário não pode utilizar animais em pesquisas ou cirurgias meramente especulativas ou exploratórias, que não apresentem um fim verdadeiramente vantajoso para o animal ou para a espécie do animal envolvido. (SÁ; NAVES, 2009, p.33).

O princípio da justiça tem relação com a noção de justiça distributiva no sentido de indagar ao cientista: quem deve receber os benefícios da pesquisa e suportar seus ônus? Quem é igual e quem é desigual para receber um tratamento? Foi justo utilizar prisioneiros nos campos de concentração nazista como objetos de pesquisa? As pessoas devem ser selecionadas como objetos de pesquisa em razão de sua cor, posição social ou formação intelectual? O conteúdo do princípio da justiça traz as respostas a essas indagações, exigindo também que não se forneça

vantagem com a investigação biomédica somente àqueles que tenham recursos financeiros. (RELATÓRIO Belmont, 1979).

Sobre o conteúdo do princípio da justiça, ensinam Ana Carolina Brochado Teixeira e Heloisa Maria Coelho Baêta:

O Princípio da Justiça exige equidade na distribuição de bens e benefícios, no exercício da medicina e nos resultados das pesquisas científicas, mas é importante lembrar que essa distribuição deve ser igual na medida das desigualdades de cada cidadão. [...] Tomaram o princípio emprestado de John Rawls. Sua teoria abrange a justiça social, com base na igualdade formal. Os homens são seres livres e iguais no contexto de uma sociedade aberta e democrática, na qual se reconhecem a liberdade e a igualdade como valores fundamentais para a realização concreta de uma sociedade mais justa, de modo a propiciar uma cooperação social. O Princípio da Justiça estabelece a obrigação de igualdade de tratamento entre os seres humanos e, em relação ao Estado, da justa distribuição dos recursos para a saúde. Isto não se traduz em tratar a todos de modo igual, pois são diferentes as situações clínicas e sociais, mas os valores essenciais e constitucionais como a vida, o respeito e a dignidade da pessoa humana devem sempre prevalecer. (TEIXEIRA; BAÊTA, 2004, p. 93-94).

Outro documento internacional que também contém importantes princípios para a investigação biomédica, é a Declaração universal sobre bioética e direitos humanos da UNESCO. A Declaração foi aprovada no dia 19 de Outubro de 2005 na 33ª sessão da conferência geral da UNESCO em Paris, sendo aprovada por aclamação pela unanimidade dos 191 (cento e noventa e um) países componentes da organização.

A Declaração da UNESCO trata de questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais, proclamando os seguintes princípios: dignidade humana e direitos humanos; benefício e dano; autonomia e responsabilidade individual; consentimento; proteção aos indivíduos sem capacidade para consentir; respeito à integridade humana e à integridade individual; privacidade e confidencialidade; igualdade, justiça e equidade; não discriminação e não estigmatização; respeito pelo pluralismo e diversidade cultural; solidariedade e cooperação; responsabilidade social e saúde; compartilhamento de benefícios; proteção das gerações futuras; proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade.

Ocorre que, a regulamentação da atividade científica não coube apenas à bioética (objeto de estudo da filosofia, que fornece seus fundamentos por meio da ética), mas também ao direito que foi chamado a estabelecer limites jurídicos para o

exercício da biotecnologia, surgindo daí um novo campo de normatização do direito, o biodireito:

Recebendo a influência das discussões iniciadas no âmbito da bioética, o direito vem refletindo acerca do estabelecimento de limites jurídicos às práticas biomédicas e dando início à sua regulamentação – seja no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, na forma de legislações sobre temas específicos; seja no plano internacional, por meio de declarações que incorporam valores partilhados por diferentes culturas e sociedades nacionais. Ao que vem sendo considerado como um novo campo do direito, próprio do estudo e da normatização das questões bioéticas, convencionou-se chamar de *biodireito*. (MÖLLER, 2009, p.42).

Do entrelaçamento entre medicina, ética e direito, percebe-se que toda orientação traçada pela bioética se resume essencialmente em um compromisso de consciência. Por isso, é necessária sua regulamentação por meio de normas que sejam jurídicas, pois somente o caráter coercitivo da norma jurídica ultrapassa o âmbito da consciência de cada ser humano, sendo capaz de estabelecer sanções em caso de seu desrespeito que vão além de uma obrigação moral de consciência.

2.2 O microssistema do biodireito

Como exposto anteriormente, o biodireito surge da necessidade de estabelecer limites jurídicos para a atuação biomédica, e configura-se como um novo ramo do direito que tem por objeto a normatização da biotecnologia por meio da fixação de normas que assegurem o respeito à integridade, à identidade e à dignidade do ser humano diante da atuação biomédica. Nesse sentido aponta Jussara Leal de Meirelles:

Mas é preciso lembrar a necessidade de se adotar posturas coativas em relação a determinados comportamentos. Tais posturas, indubitavelmente encontram-se no Direito. Daí a afirmação “o chamado biodireito é prioritário sobre a bioética”. Se, com efeito, é o paradigma bioético, fundado nos princípios da beneficência, da autonomia e da justiça, que deve orientar a ciência jurídica na busca de soluções sobre temas relativos à biotecnologia, nem por isso é possível esquecer que toda orientação ética resume-se essencialmente, em um compromisso de consciência tão-somente. A função de “normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral” é do Direito. Cabe ao Direito a análise e a resposta final às múltiplas indagações produzidas pelas atividades biomédicas. (MEIRELLES, 2001, p.81-90).

Mas como o ordenamento jurídico brasileiro vem enfrentando a normatização no campo da biotecnologia? O Código Civil brasileiro oferece respostas às questões biomédicas, dando respaldo ao direito civil? Ou diante da complexidade do tema que envolve a biotecnologia, estaria o direito diante de uma nova ordem protetiva sobre o assunto, da qual se convencionou chamar de microsistema jurídico?

O estabelecimento de normas jurídicas por meio de um Código Civil surgiu do ideário da Revolução Francesa que provocou a ruptura entre a sociedade civil e o Estado. De acordo com Giordano Bruno Soares Roberto:

A Revolução aboliu antigos privilégios e estabeleceu a igualdade de todos perante a lei. Grande parte do direito antigo fora revogada e algumas áreas do direito civil foram disciplinadas por leis importantes como aquela sobre casamento, divórcio e estado civil (1792), uma outra sobre herança (1794), e outra sobre privilégios, hipoteca e transferência de propriedade (1798). Mas a Revolução não conseguiu, contudo, realizar a tarefa de reformulação integral da ordem jurídica, limitando-se a fazer algumas promessas a esse respeito. [...] Tendo assumido o poder em 1799, Napoleão Bonaparte logo sentiu a necessidade de minorar as incertezas a que o sistema jurídico francês estava submetido. Decidiu, por isso, dotar a França de códigos para as áreas mais importantes do direito e conseguiu concluir a tarefa em pouco tempo. (ROBERTO, 2008, p.31).

O Código Civil francês, corpo normativo do qual Napoleão Bonaparte orgulhava-se pela criação, é o primeiro das codificações modernas, promulgado em 1804. Serviu de base para o movimento europeu de codificação, tendo inspirado também a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, conforme Giordano Bruno Soares Roberto:

Interessante que a veneração de Napoleão a seu Código se traduziu numa atitude concreta quando ele proibiu a realização de qualquer interpretação do texto. Na verdade, a partir de 1804, começa a tomar corpo na França um movimento que acreditava na perfeição do Código e, portanto, julgava desnecessário realizar qualquer interpretação. [...] O sucesso do Código francês é, na verdade, o sucesso da idéia de codificação. Os países de direito escrito cederão a ela quase que unanimemente. (ROBERTO, 2008, 35-36).

As codificações dos séculos XVIII e XIX acreditavam que a plenitude do direito seria possível por meio de uma segurança alcançada através do aprisionamento das instituições⁴ clássicas do direito privado.

⁴ De acordo com César Fiuza: “as instituições do Direito Civil foram tradicionalmente aprisionadas em quatro grandes ramos, quais sejam, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões.” (FIUZA, 2003, p.24).

Sobre o sistema de regras fechadas inerentes à codificação do direito civil, aponta Ricardo Luís Lorenzetti:

O Direito Civil codificado é auto-suficiente, não necessita de outros textos para solucionar os conflitos. Pelo fato de conter uma parte geral ordenada, exporta instituições e técnicas. Assim ocorre, por exemplo, com o negócio jurídico que se pretende aplicável ao Direito de Família, ao Administrativo, ao do Trabalho. [...] O Código constitui-se em um reflexo da criação do Estado Nacional; sua pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária, uma só norma aplicável por igual, a todos os cidadãos. (LORENZETTI, 1998, p.43-44).

Na história da elaboração do Código Civil brasileiro, percebe-se a manutenção do ideal da codificação europeia. Assim, a criação de um Código Civil era fundamental para o futuro do país, pois:

Durante o longo período que vai da Independência até a promulgação do Código Beviláqua, em 1916, parece não ter havido no Brasil nenhuma oposição à idéia de codificação. Pelo contrário, todos estavam de acordo com a necessidade de se reformar a legislação civil. No início a influência decisiva deve ser creditada no sucesso do Código de Napoleão, promulgado em 1804 e rapidamente copiado em inúmeros outros países. (ROBERTO, 2008, p.47).

Ocorre que, ao longo do tempo, as mudanças sociais, culturais, os avanços tecnológicos e as novas descobertas científicas trazidas através da biotecnologia, suscitaram questionamentos da sociedade e passaram a exigir do direito respostas, que não foram encontradas no Código Civil.

Assim, a idéia dominante do positivismo jurídico, de que era possível uma legislação completa e exaustiva começa a ser abandonada. Esse abandono deu origem ao movimento de descodificação do direito civil e correspondeu à regulamentação de determinadas matérias através de leis especiais (microsistemas), uma vez que o Código Civil não conseguiu oferecer resposta às mesmas. Conforme César Fiuza:

A idéia dominante do positivismo jurídico, que imperou no Brasil até a década de 1970/1980, era a de ser possível uma legislação a tal ponto exaustiva e completa que enclausurasse o sistema, colocando-o a salvo de qualquer arroubo criativo que não tivesse origem no próprio poder legislativo. Não que a idéia de codificação ainda predominasse em todas as esferas. Esta já havia sido abandonada, pelo menos nos círculos de pensamentos menos ortodoxos. Tinha-se nestes círculos, já a essa altura, plena consciência da impossibilidade fática de um Código que abrangesse todo o sistema. A descodificação e o surgimento dos microsistemas já era

realidade palpável. Aí entra em crise a sistematização. A descodificação, entendida como processo de abertura e quebra de monopólio dos códigos, já vinha há muito ocorrendo. (FIUZA, 2003, p. 29-30).

O surgimento de diversas leis especiais abalou as principais características do Código Civil, ocasionando a descodificação do direito privado.

A edição de leis que completam ou modificam o Código Civil não parou de crescer, podendo-se falar, mais recentemente em verdadeira explosão legislativa. Assim, sucessivamente, três características tradicionais atribuídas aos códigos civis vieram a baixo na experiência brasileira. Com a edição da primeira lei sobre um tema de direito civil, abandonou-se a idéia de *completitude*. Com a promulgação de leis que modificavam o código civil, a *rigidez* foi desprezada. Com a multiplicação da legislação especial, desapareceu o que os teóricos da codificação chamavam de coerência interna do sistema. Agora os problemas não serão solucionados exclusivamente por um corpo de regras único e harmônico, mas por normas que frequentemente se contradizem. (ROBERTO, 2008, p. 78-79).

Essa descodificação do direito civil que deu origem à formação de microssistemas legislativos pode ser identificada de forma especial no tocante aos avanços da biotecnologia e da manipulação de seus resultados. Engenharia genética, clonagem, técnicas de reprodução humana, manipulações de embriões são assuntos de vanguarda que propulsionam, uma descodificação própria, diante da complexidade das matérias que estão envolvidas. Estes temas necessitam de uma regulamentação específica através do microssistema do biodireito, que busca trazer respostas às indagações oriundas das aplicações biomédicas. Sobre o assunto, esclarecedora é a lição de Maria de Fátima Freire de Sá:

Em verdade, o surgimento de um microssistema se verifica em razão da instalação de uma nova ordem protetiva sobre determinado assunto, com princípios próprios, doutrina e jurisprudência próprias, autônomos ao Direito Comum. [...] tudo o que é tecnicamente possível também o será ética e juridicamente? De que adianta a proibição de certas técnicas – como a clonagem humana -, se os pesquisadores nos seus laboratórios são livres para agir conforme seus interesses e curiosidade de investigação? [...] Acreditamos que os problemas são muitos, e em face da complexidade das questões, não podem ser resolvidos pelo Direito Comum, afigurando-se o Biodireito como mecanismo de resposta. Ora, os problemas atinentes a este ramo do Direito têm uma força descodificadora própria, porquanto demandam instrumental próprio, já que nas questões discutidas coexistem o público e o privado, o penal e o civil. E mais temas sob a análise do Biodireito revestem-se de valores morais e religiosos, não se podendo olvidar a necessidade do diálogo entre Direito e Medicina, que deve ser percorrido sob a luz da interdisciplinaridade. (SÁ, 2003, p. 189-190).

Assim, a inadequação dos institutos clássicos do direito civil diante da moderna biotecnologia deu origem ao surgimento do microssistema do biodireito,

com princípios, doutrina e jurisprudência específica. Uma vez que as categorias clássicas do código civil, trabalhadas de forma restrita pelo legislador oitocentista, como por exemplo, a dicotomia existente entre pessoa e coisa, traçada pela parte geral do código civil, gera exclusões das novas categorias, ou melhor, exclui os fatos novos trazidos pela biotecnologia, deixando o destinatário da norma sem resposta.

Essa inadequação dos preceitos do Código Civil tem demonstrado que o objetivo da codificação de trabalhar com um catálogo fechado de regras atendeu aos ideais de uma sociedade burguesa do século XVIII, que vivia sob a égide de um estado liberal, mas já não atende à sociedade moderna que vive sob o paradigma de um estado democrático de direito. Esta sociedade, livre, complexa e plural, convive a cada momento com novas descobertas científicas e acredita que o progresso da ciência exercido de forma responsável pelos seus operadores, aumenta a esperança na cura de inúmeros males que assolam a humanidade:

Acreditamos que os contornos de uma bioética e de um biodireito para as sociedades democráticas hodiernas são formados por um traçado amplo que reconhece, por um lado, a legitimidade do sentimento de esperança no progresso da ciência e da técnica e do exercício da liberdade, e, por outro, a importância da noção de responsabilidade frente aos novos conhecimentos e seus possíveis usos; que concilia a manifestação do pluralismo com as exigências do universalismo; e que nesta esteira reconhece como seus parâmetros normativos os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e os direitos humanos compreendidos de modo aberto, flexível e inclusivo. (MÖLLER, 2009, p.51).

Nessa tarefa de formação do microssistema do biodireito, a Constituição e os princípios constitucionais aparecem como mecanismos de resposta, afigurando-se o fenômeno conhecido atualmente como a constitucionalização do direito civil. Nessa perspectiva o ser humano é colocado no centro do ordenamento jurídico, “no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição”. (AMARAL, 2006, p.154).

Sobre a constitucionalização do direito civil, ensina César Fiuza:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados pela Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de direito privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais. (FIUZA, 2009, p.118).

Já para Gustavo Tepedino, a constitucionalização do direito civil é vislumbrada como a consagração do ser humano, que passa a receber do ordenamento jurídico prioridade absoluta.

Constitucionalização do direito civil, em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática forjada pela Escola da Exegese, que pode ser a cada momento purificada ou atualizada, mas uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o direito civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta. (TEPEDINO, 2003, p.127).

É nesse ideal de constitucionalização do direito civil, traçado através da prioridade absoluta concedida ao ser humano pelo ordenamento jurídico, que o biodireito deve pautar suas normas, objetivando a elevação e promoção da dignidade da pessoa humana, em face do progresso médico e científico.

2.2.1 Princípios do biodireito

O biodireito como microssistema jurídico regulador das questões biomédicas apresenta princípios próprios relacionados com o tema que regula, assim, de acordo com Sá e Naves⁵ (2009), os princípios do biodireito são: precaução, responsabilidade, autonomia privada e dignidade humana.

O princípio da precaução surge diante da incerteza das consequências da aplicação da investigação científica. Esse princípio trabalha com a probabilidade de dano irreversível, por isso é mais importante que a simples prevenção. “Traduz-se em uma limitação à ação do profissional, que deve adotar medidas de precaução em caso de dano de risco sério e irreversível”. (SÁ; NAVES, 2009).

Sobre o princípio da precaução, avalia Casabona:

O princípio da precaução surge como consequência da busca pela proteção da saúde humana e do meio ambiente frente a certas atividades caracterizadas pela incerteza científica a respeito das possíveis

⁵ De acordo com esses autores o biodireito não possui um documento clássico como possui a bioética através do Relatório Belmont, para apresentação de seus princípios. Nesse sentido, os autores elegeram os princípios acima citados em razão da amplitude do conteúdo e atuação do biodireito. Para tanto, serão estes os princípios trabalhados na presente pesquisa.

conseqüências. Sua aplicação que também desenvolveu em diversos campos é também de grande interesse para as biotecnologias.

O princípio da precaução supõe a mudança do modelo de previsão (conhecimento do risco e dos nexos causais) para a incerteza do risco, do dano incalculável e do possível nexos causal entre um e outro, no que se refira à existência, em algum deles, de uma suposição geralmente em cálculos estatísticos de probabilidade. (CASABONA, 2007, p.33-34).

O princípio da responsabilidade diante da investigação biomédica pode ser apresentado como o respeito do cientista perante a sociedade e a preocupação das gerações presentes com as gerações futuras, implicando de certa forma uma “cautela” ou “receio” no que diz respeito às práticas biomédicas e seus efeitos.

A conduta do cientista deve ser responsável e consciente, orientada pelo respeito ao ser humano. De acordo com Letícia Ludwig Möller, o filósofo Hans Jonas⁶ formula um imperativo sobre a responsabilidade, que se constitui numa ética, que contribui de modo importante para a formulação do princípio da responsabilidade, sendo representado pela seguinte fórmula:

“(...) ‘Age de modo que as conseqüências da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra’, ou, traduzido para a forma negativa: ‘Age de modo que as conseqüências da tua ação não destruam a possibilidade futura de tal vida’, ou simplesmente: “Não coloque em perigo as condições da sobrevivência indefinida da humanidade sobre a Terra, ou ainda, traduzido para a forma positiva: Inclua na tua escolha atual a integridade futura do homem como objeto da tua vontade.”

Assim, conforme Jonas, há um dever para com os descendentes, que impede que se coloque em risco a futura existência da humanidade em nome de um melhorismo da espécie. (MÖLLER, 2009, p.31-32).

Assim, na tentativa de delimitar o exercício da atividade científica, precaução e responsabilidade se complementam. “Ambas preocupam-se em minimizar os malefícios que as intervenções biomédicas, podem ocasionar.” (SÁ; NAVES, 2009, p.41).

O princípio da autonomia privada significa o dever do cientista de respeitar a capacidade de autodeterminação do sujeito que participa de uma investigação biomédica, no sentido de aceitar ou não em participar da mesma. Conforme Roberta Elzy Simiqueli de Faria:

A autonomia privada apresenta-se por outro lado, como poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio

⁶ Conforme Letícia Ludwig Möller o imperativo é formulado pelo filósofo em sua obra denominada: *II principio responsabilita: un' ética per la civiltá tecnológica*.

comportamento, ou seja, o poder de criar, nos limites legais, normas jurídicas. Tem uma conotação mais objetiva, concreta e real. (FARIA, 2007, p.61).

A vontade e a liberdade da pessoa humana assumem importante papel no conteúdo da autonomia privada. De acordo com Amaral:

A vontade aparece assim, como um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades. Em razão do fim proposto, a vontade move-se por si mesma. Para o direito, a vontade tem especial importância porque é um dos elementos fundamentais do ato jurídico. [...] A possibilidade de a pessoa agir de acordo com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se liberdade, que, sendo conceito plurívoco, extremamente complexo, compreende várias espécies, como a liberdade natural, a social ou a política, a pessoal e a jurídica, que é a que nos interessa. A liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. [...] A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. [...] A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. (AMARAL, 2006, p.344-345).

Nesse contexto, autonomia privada é para Francisco Amaral “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. (AMARAL, 2006, p.345).

Autonomia privada não é sinônimo de autonomia da vontade, não podendo com ela se confundir. “Autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”. (AMARAL, 2006, p.345).

No mesmo sentido, esclarecem os autores SÁ e Naves:

Preferimos a utilização de expressão autonomia privada em detrimento da antiga autonomia da vontade. Esta possui uma conotação psicológica, ligada ao momento do Estado Liberal em que a vontade ocupava lugar privilegiado, sendo suficiente para criar Direito, cabendo ao Estado apenas sancioná-la. Assim, com a autonomia privada substitui-se a carga individualista da autonomia da vontade. (SÁ; NAVES, 2009, p. 37).

Ainda no que diz respeito à distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade, menciona Faria:

Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas no último

século, que conduziram a uma modificação na análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil. (FARIA, 2007, p. 60-61).

De qualquer forma, a autonomia privada não é ilimitada, deriva do ordenamento jurídico e nele encontra seus limites. Para Amaral “os limites da autonomia privada são a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé”. (AMARAL, 2006, p. 347).

Assim, no campo biomédico, o sujeito da pesquisa deve exercer sua autonomia privada, no sentido de aceitar ou não participar de qualquer tipo de investigação científica. Essa autonomia privada somente poderá ser exercida, de forma plena e consciente, após o consentimento livre e esclarecido do mesmo sujeito. É o exercício da autonomia privada delineado pelo consentimento livre e esclarecido que assume relevância especial para o biodireito no sentido de proteger a integridade física e psíquica do sujeito que participa de uma pesquisa biomédica.

O princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, inscrito através do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, implica na abstenção por parte do cientista de qualquer ato que coloque em risco a vida e a integridade do ser humano. O exercício da liberdade da atividade científica, também expressa pela Constituição Federal através do seu artigo 5º, deve ser exercido em respeito à dignidade humana.

Sobre a dignidade humana e a atuação médica, esclarece Roberto Andorno:

O respeito à dignidade humana emerge no recente biodireito como marco irrenunciável em que se deve desenvolver a atividade biomédica, tanto no âmbito clínico como no da pesquisa científica. Pois bem, o que é a dignidade humana? Deve-se reconhecer que é mais fácil entender essa idéia por meio de comparações e de um modo bem mais intuitivo do que fria definição acadêmica. [...] é precisamente quando temos presentes os piores sofrimentos humanos (torturas, castigos degradantes, violências sexuais, privação de alimentos etc.) quando advertimos melhor por contraste o que seria a dignidade da pessoa. Por essa via, chegamos ao convencimento de que a dignidade, ainda que resulta dificilmente definível, é uma característica bem real dos seres humanos e não uma mera hipótese metafísica. (ANDORNO, 2009, p. 80-81).

Sobre a aplicação do princípio da dignidade humana na investigação biomédica Maria Helena Diniz afirma que:

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço

científico e tecnológico. Conseqüentemente não poderão a bioética e o biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. (DINIZ, 2009, p.16).

O princípio da dignidade humana consiste no respeito e na valorização da pessoa humana e se concretiza através da efetivação dos direitos fundamentais. Esse respeito deve ser observado pelos operadores das ciências da vida em todas as pesquisas e investigações científicas no sentido de promover o respeito pelo ser humano.

2.3 As técnicas de reprodução humana assistida como um dos avanços da biotecnologia

A família, tradicionalmente formada pela união dos pais e sua descendência fruto da união reprodutiva do casal, era tida como um fenômeno natural até algumas décadas atrás. A reprodução acontecia de forma natural, como consequência das relações sexuais do casal. A concepção era vista como algo derradeiro (e até certo ponto como “divino”) e não despertava maiores especulações e indagações por parte da sociedade e da ciência.

Ocorre que nos anos 60 a ciência começou a voltar seus olhos sobre os fenômenos reprodutivos, e o que antes era visto apenas como uma consequência da união de duas pessoas heterossexuais passou a ser conhecido e explicado cientificamente. O filho que era concebido de forma natural passa a ser concebido de maneira programada. Diante dessa descoberta científica, a história da procriação humana começa a ser modificada, uma vez que o cientista passa a ter conhecimento sobre a mesma e apresenta possibilidades para mudar seu curso natural.

Com a descoberta da pílula contraceptiva na década de 60 nos Estados Unidos da América e difundida pelo mundo todo, tornou-se possível a interferência em um processo considerado até então natural: a prole como resultado da união de um casal. Ter filhos passa a ser algo além de desejado e involuntário, também programado. As pessoas, com o auxílio da ciência começam a programar o número de filhos e até mesmo a data de seus nascimentos.

Mas o papel da ciência ainda não estava completo no âmbito da procriação: a ciência permitiu às pessoas evitar filhos quando eles não fossem desejados, através da contracepção, mas e o desejo de procriar? O que fazer quando havia o desejo por ter filhos, mas a prole aguardada não vinha? Como alcançar a concepção?

A resposta da ciência para atender ao desejo humano de procriar chegou com a década de 70, quando mais uma vez fenômenos até então considerados naturais ou divinos começaram a ser modificados pelos cientistas. Com o surgimento das técnicas de reprodução humana assistida começa a ser possível conceber um filho fora do ato sexual. O nascimento, na Inglaterra em 1978, de Louise Joy Brown, considerada o primeiro bebê de proveta, é um marco deste segundo momento na história da procriação. Assim, “tão antigo quanto a busca de métodos contraceptivos é o combate à infertilidade: a obsessão da esterilidade⁷ é imemorial”. (LEWICKI, 2001, p.102).

Nesse sentido, as técnicas de reprodução humana assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade. (CFM, 1992).

No estudo das técnicas de reprodução assistida é importante ter em mente que as mesmas são “consideradas como forma de terapia da infertilidade, embora a rigor não curem, visto que a impossibilidade de ter filhos se mantém, mesmo após seu emprego”. (BARBOZA, 2004, p.226).

Essas técnicas de acordo com Queiroz (2001) são classificadas conforme o nível de complexidade em sua aplicação. Há várias técnicas de reprodução humana assistida, consideradas através de três aspectos básicos: “a não dependência de relação sexual, o local onde se dá a fertilização e a interferência ou não de terceiro na efetivação da técnica”. (BARBOZA, 2004, p.226). Porém, para fins deste estudo serão apresentadas apenas as técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro* (FIV).

⁷ Sobre a esterilidade Lewicki aponta interessante citação de Jacqueline Costa Las Coux: “Ela inspirou numerosas ficções jurídicas nas cidades antigas e nas sociedades arcaicas para que todos os homens pudessem participar na transmissão da vida. Ela incitou os cientistas a descobrirem remédios ou paliativos. Ela permitiu também a charlatões ou mais quotidianamente, a pessoas interessadas fazerem um lucrativo comércio do sofrimento e do desejo de ter filhos”. (LEWICKI, 2001, p. 102).

A inseminação artificial consiste na fecundação da mulher com a introdução do sêmen no interior de seu aparelho reprodutivo. Assim, a fecundação, ainda que artificial, ocorre dentro do corpo da mulher.

A inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga, de acordo com a participação ou não de um terceiro, considerado como doador na efetivação da técnica. A inseminação homóloga é a técnica de reprodução que se utiliza do sêmen do marido ou companheiro para a fecundação da esposa ou companheira, fato que permitirá coincidir a paternidade biológica com a jurídica. Já na inseminação heteróloga a fecundação da esposa ou companheira acontece através do sêmen de um terceiro, no caso o doador.

A técnica de fertilização *in vitro* (FIV), que também pode ser homóloga ou heteróloga, é que dá origem à criação dos embriões excedentes, concebidos em laboratório e que não chegam a ser implantados no útero materno. Esta técnica consiste na fecundação de óvulos em laboratório para posterior transferência ao útero materno. De acordo com Alvarenga:

O objetivo deste método é que os espermatozoides fecundem os óvulos fora do corpo da mulher, quando não há possibilidade de realização deste processo em seu lugar natural, a trompa de Falópio. Este procedimento é realizado em laboratório, mantendo óvulos e espermatozoides em uma placa de Petri com meio de cultivo (líquido que simula o fluido tubárico) e sob o controle de condições ambientais como temperatura, umidade, concentração de oxigênio, gás carbônico, entre outras. [...] Se acontecem a fecundação e o desenvolvimento dos embriões eles são transferidos preferencialmente para o útero, mas podem ser colocados na trompa de Falópio, para que continuem com a multiplicação e o desenvolvimento, até adquirir a capacidade de implantação no endométrio, que é a camada interna do útero da mulher. Quando há embriões excedentes, estes são congelados. As etapas da FIV/TE são: 1. estimulação da ovulação; 2. aspiração folicular; 3. fecundação; 4. transferência embrionária; 5. congelamento de embriões. (ALVARENGA, 2005, p.232-233).

Diante da complexidade da técnica são produzidos mais embriões do que o necessário para a implantação no útero. O Conselho Federal de Medicina através da Resolução n. 1.358/92 recomenda que sejam transferidos no máximo quatro embriões para o útero, devendo o restante ser congelado nas clínicas de reprodução, como uma espécie de reserva para outras tentativas, caso não ocorra a gravidez na primeira vez. Historicamente, a primeira gestação com um embrião que

estava congelado já há quatro meses, aconteceu em 1983⁸, na cidade de Melbourn, Austrália. Desta fertilização, nasceu em 1984 Zoé Leyland.

Sobre o congelamento dos embriões esclarecem os autores Walsir Edson Rodrigues Júnior e Janice Silveira Borges:

Ocorre que, o número de embriões fertilizados, via de regra, é superior ao número de embriões a serem implantados. A justificativa para isso é que, se a tentativa da fertilização restar-se frustrada, ainda exista material para uma nova tentativa, sem repetir todo o preparatório, o que diminui o cansaço emocional do casal, o desgaste físico da mulher e reduz os custos. Assim, pode ocorrer que o casal consiga uma gravidez logo na primeira tentativa. Restando mais embriões criopreservados, estes permanecerão mantidos em nitrogênio líquido, até que o casal decida qual destino deverá ser dado a eles. (RODRIGUES JÚNIOR; BORGES, 2009, p.230-231).

Nesse sentido, o congelamento de embriões não é algo que acontece de forma isolada, mas como consequência da utilização da técnica de fertilização *in vitro*. Da utilização desses embriões congelados decorrem inúmeros questionamentos éticos e jurídicos, principalmente no tocante experimentação e investigação científicas.

2.3.1 A utilização das técnicas de reprodução humana assistida como exercício do direito ao planejamento familiar

O parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal assegura o direito ao planejamento familiar nos seguintes termos:

Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...] (BRASIL, 2008).

⁸ De acordo com Meirelles: em novembro de 1983, no “Queen Victoria Hospital” (Melbourn-Austrália), uma equipe dirigida pelo cirurgião Carl Wood conseguiu a primeira gravidez resultante da implantação *in útero* de um embrião congelado e conservado durante quatro meses a -196 graus e depois descongelado. De seis óvulos extraídos da mãe, três foram inseridos sem êxito, após a fertilização *in vitro*. Os outros três, crioconservados, implantados meses depois, tiveram diferentes destinos: dois morreram e o outro deu origem à menina Zoé, nascida prematuramente mas em bom estado de saúde. (MEIRELLES, 2000, p.20).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o modelo de família desenhado pelo legislador de 1916: hierarquizada e patrimonializada, cede lugar à família sustentada pelo afeto. O constituinte de 1988 reconhece assim, a formação de novos núcleos familiares, como a união estável e a família monoparental. Dessa forma, a família ocupa o espaço do desenvolvimento da personalidade de seus membros e de promoção de sua dignidade. De acordo com os ensinamentos de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira:

A família brasileira do começo do século XX era patriarcal, matrimonializada e hierarquizada. Para preservar a hierarquia doméstica, foi estabelecido pelo Código Civil que o homem era o “cabeça do casal”, chefe da sociedade conjugal. [...] Impunha-se aos cônjuges o dever de procriar, do qual se deriva o dever de manter relações sexuais. [...] A preocupação com o aspecto econômico da família levou o Código Civil de 1916 a uma opção patrimonialista, elegendo a proteção do patrimônio como objetivo maior. [...] Com o passar dos tempos, várias modificações ocorreram, culminando com o advento da família nuclear, que tinha um *modus vivendi* diverso, com tratamento aos filhos de forma diferenciada, pois a afetividade ganhou lugar de destaque na família. A procriação desvinculou-se do casamento, com o advento de métodos anticoncepcionais, o que possibilitou que o sexo se tornasse recreativo, sem sua funcionalização à reprodução. A valorização da afetividade no interior da família provocou sua descaracterização como um núcleo econômico. Esses são os valores que preponderam na família contemporânea, que foram assimilados pela ordem jurídica. A concepção de família inscrita na Constituição de 1988 é a da família funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.25).

Nesse novo modelo de família também está assegurada a procriação não apenas como uma simples consequência da união entre um homem e uma mulher ou como emanção da divindade, mas como verdadeiro exercício de um direito reprodutivo estabelecido pela Constituição.

Ao Estado caberá, uma vez garantidos os limites da ordem pública, assegurar à família condições básicas de livre exercício de suas opções, possibilitando, assim, a realização do projeto parental em cada unidade familiar. É este o fator realmente importante para a atual configuração da família quando o assunto é filiação. A liberdade no planejamento familiar mereceu proteção constitucional, através do art. 226 § 7º. Liberdade, autonomia privada, afetividade, melhor interesse do menor são os novos imperativos da família. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.32).

O direito reprodutivo garantido pela norma constitucional é exercido de maneira livre pela pessoa, como direito integrante do novo conceito de família, que visa garantir a formação e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

De acordo com os ensinamentos de Walsir Edson Rodrigues Júnior e Janice Silveira Borges:

Nesse novo contexto, procriar não mais está vinculado à questão da sexualidade. É direito subjetivo, garantido constitucionalmente, incluso na liberdade de planejamento familiar, que, nos termos do art. 226, § 7, da CR/88, "(...) é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada. (RODRIGUES JÚNIOR; BORGES, 2008, p.229).

No mesmo sentido, apontam as autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Por esta razão, a Constituição, em seu art. 226 § 7º, positivou que o planejamento familiar é livre decisão do casal, aguçando ainda mais, o caráter construtivo da relação parental. São os pais que devem decidir se querem ter filhos ou não e, em caso afirmativo, quantos filhos desejam ter. Este dispositivo é uma positivação do Princípio da Liberdade e da Menor Intervenção do Estado na família, ao lado do art. 1513 CCB/02, que também é um exemplo do regramento deste princípio. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.32).

O direito à procriação que deve ser exercido com base nos princípios da paternidade responsável e da dignidade humana é regulamentado no Brasil pela Lei n. 9.263/96 que dispõe sobre o planejamento familiar. De acordo com o artigo 2º desta lei, o planejamento familiar é entendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Disso resulta que o direito à procriação é abarcado pela lei em duas vertentes: concepção e contracepção, sendo os titulares desse direito qualquer pessoa, independente de seu estado civil, conforme atesta o artigo 1º da citada lei.

A vertente do planejamento familiar que interessa ao tema deste estudo é a liberdade de concepção, sendo que seu exercício pode acontecer por meio da utilização das modernas técnicas de reprodução humana assistida. (RODRIGUES JÚNIOR; BORGES, 2008).

No exercício da autodeterminação (do livre planejamento familiar), o sujeito tem a liberdade de procriar (liberdade positiva), que o permite ter filhos quando decide tê-los; e a liberdade de não procriar quando decide em não tê-los. O exercício do direito de procriar consiste em uma das justificativas

para o uso das técnicas de reprodução assistida por quem deseja ter um filho. (RODRIGUES JÚNIOR; BORGES, 2008, p.229).

Na busca pela procriação mediante a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, os princípios do biodireito: autonomia privada e responsabilidade assumem um importante papel.

A formação da família está de tal modo imbricada no interior da maioria das pessoas que a procriação é tomada como um direito. Mas seria ela um direito fundamental? A nosso sentir, a resposta a esta indagação é afirmativa, visto que compõe a construção da personalidade da pessoa humana e de seu projeto parental. Isso, porém, não significa dizer que se afigura direito absoluto, vez que não podemos pensá-lo dissociado da responsabilidade. Este direito encontra limites objetivos no Princípio do Melhor Interesse da Criança a ser concebida, que será pessoa humana detentora de direitos da personalidade. Portanto, não pode ser apenas um instrumento de realização dos pais. [...] Não obstante os necessários limites impostos, não se pode negar que o direito à procriação é de grande importância para a ontologia do ser humano. Indiretamente, ele recebe, também, proteção da ordem jurídica, por ser consectário do direito à vida e à liberdade, inclusive de planejamento familiar. A autonomia privada é essencial para a elaboração de um projeto parental que visa à constituição de uma família. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.57-58).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade é um problema vivido por 08 (oito) a 15% (quinze) dos casais, definido como o estado de não concepção após dois anos de relacionamentos sexuais sem o uso de medidas contraceptivas. No Brasil, estima-se que aproximadamente 278 (duzentos e setenta e oito) mil casais tenham algum problema de infertilidade. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2009).

Destaca-se que o nascimento do primeiro bebê de proveta no Brasil aconteceu no dia 07 de outubro de 1984, quando do nascimento de Ana Paula Caldeira. Vale destacar que no Brasil, o acesso às técnicas de reprodução humana assistida ainda é uma alternativa restrita a uma pequena parcela da sociedade brasileira, diante dos elevados custos para sua realização, que acontecem em centros ou clínicas particulares especializadas em reprodução humana.

Diante deste cenário, e com o objetivo de promover a efetivação do direito à procriação a todos os brasileiros o Ministério da Saúde instituiu no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde) através da portaria 426 de 22 de Março de 2005, a política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida, a ser implantada por todas as unidades federadas.

Com a implantação desta política pelos Estados brasileiros, será possível a realização de técnicas de alta complexidade como inseminação artificial ou

fertilização *in vitro* pelo SUS, garantindo assim o direito à procriação a uma parcela maior da sociedade brasileira, pois:

Se a procriação é um direito subjetivo de cada um, seu correlato dever jurídico imputado ao Estado, é assegurar o direito de acesso a qualquer técnica de reprodução assistida a casais, homens ou mulheres que assim o desejem, ou que não possam reproduzir-se naturalmente. Não se pode, portanto, simplesmente ignorar a vontade procriacional. Contudo, ela não pode ser elevada à finalidade última do ser humano, mas deve ser vista como instrumento responsável para gerar novas vidas. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.58).

Assim, o planejamento familiar, nos moldes assegurados pela Constituição Federal, pode ser exercido através da liberdade negativa (contracepção) ou positiva de procriar (concepção) com vistas a garantir o atendimento global e integral à saúde. O exercício do direito à procriação pode acontecer por meio da utilização das técnicas de reprodução humana assistida. E é esse direito exercido com base nos princípios da paternidade responsável, dignidade humana, autonomia privada e responsabilidade, que assegura a constituição de uma família que, fundada no afeto se torna a célula da sociedade e local para o livre desenvolvimento e promoção da personalidade de seus membros.

3 O EMBRIÃO E AS CATEGORIAS CLÁSSICAS DO CÓDIGO CIVIL

“Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um “amontoado de células” e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete à dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais. Ambos os lados parece não se dar conta que algo pode ser considerado como “disponível”, ainda que não receba o status de um sujeito de direitos, que, nos termos da constituição é portador de direitos fundamentais inalienáveis. “Indisponível” não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser “intangível” no sentido dos direitos fundamentais”.

Jürgen Habermas.

A codificação do direito civil produto das aspirações burguesas do paradigma de estado liberal, foi estruturada com o objetivo de proteger a propriedade e o patrimônio dessa classe diante das ingerências do Estado. Fruto de uma época, o Código Civil de 1916, reflete o ideário das elites européias do final do século XVIII e início do século XIX, consubstanciado no egoísmo, no individualismo e no liberalismo jurídicos.

O indivíduo era considerado como sujeito de direito por sua capacidade de participar de relações jurídicas patrimoniais. Assim, por meio do instituto da personalidade jurídica que era adquirida quando do seu nascimento com vida o indivíduo deveria ter liberdade, na época concebida como autonomia da vontade⁹ para apropriação de bens. Naquela época o indivíduo porque proprietário de seu patrimônio ou de sua força de trabalho era considerado importante para o Estado, daí denominado sujeito de direito, detentor da personalidade jurídica que o habilitava a participar de relações jurídicas com mínima interferência estatal.

O Código Civil de 1916, expressão normativa da Escola da Exegese, pretendia ser um diploma de regras fechadas que aprisionava em seu corpo normativo todas as relações patrimoniais. Estabelecia através de fórmulas jurídicas categorias de direito privado (sujeito de direito/coisa - bens; relação jurídica;

⁹ Fruto da mínima interferência do Estado nas relações entre os particulares, pois “estabeleceu-se sobre a base da justiça formal, ou seja, estando formalmente garantida em lei, não importava ao Estado que, material ou concretamente, a justiça não existisse”. (FARIA, 2007, p. 57).

contrato; propriedade; testamento), que buscavam trazer segurança jurídica para a classe dominante. O patrimônio era o terreno por excelência desse diploma normativo que pela pretensão de “completude” de suas categorias clássicas buscava oferecer segurança à burguesia.

Ocorre que a evolução social e tecnológica e os avanços das ciências da vida operaram mudanças a partir do início do século XX, marcadas por uma profunda intervenção estatal (dirigismo contratual) e pela elaboração de leis especiais (descodificação do direito civil), já que as categorias clássicas de direito privado não atendiam às novas situações, gerando exclusões.

Exemplo dessa exclusão gerada pelo desejo do positivismo jurídico de aprisionar o direito em categorias fechadas (conceitos) encontra-se na realidade trazida pelas técnicas de reprodução humana assistida, em especial no produto resultante da utilização da técnica de fertilização *in vitro* (FIV): o embrião humano, fruto da união dos gametas feminino e masculino em laboratório. Conforme Sá e Naves:

“Todavia, a generalização codificadora acabou por produzir a contestação do próprio direito natural. O Código era a fonte perfeita do Direito, desnecessária, pois qualquer interpretação. A verdade científica fora pretensamente incorporada ao cotidiano jurídico. O Direito aproximara-se das ciências naturais e seu método deveria ser descrito em fórmulas simples, garantidoras de segurança jurídica. As categorias positivas conteriam definições reais, a realidade seria traduzida por conceitos fechados, capazes de atingir a própria esfera do objeto descrito. Ora, a crise do positivismo se fez presente pelas mesmas críticas que positivistas dirigiram ao direito natural. A cientificização do Direito criou uma ampla esfera de exclusões. (SÁ; NAVES; 2009, p.64).

No mesmo sentido, adverte Jussara Leal de Meirelles:

“Infelizmente, porém, os fatos evidenciam posturas contrárias a essas, e as respostas da legislação civil codificada mostram-se absolutamente insatisfatórias. Como a categorização dos sujeitos trazida pelo Código Civil Brasileiro tem sua razão de ser na maior ou menor aptidão dos entes para o exercício do comércio jurídico, qual a finalidade de se proteger os embriões obtidos e mantidos em laboratório? Eles não são pessoas naturais, porque ainda não nasceram com vida; não são nascituros, porque não se encontram *in útero*; e, como prole eventual, também não se caracterizam, eis que já concebidos, já existentes, o que parece afastar a eventualidade pretendida pelo legislador. (MEIRELLES, 2000, p. 04).

De 1916 até os dias de hoje, com a promulgação em janeiro de 2002 de um novo Código Civil, pouca coisa mudou no tocante às categorias clássicas até então

traçadas pelo Código de 1916. Assim, conforme Meirelles (2000), o Código assegura vantagens à prole eventual, garante direitos às pessoas nascidas e protege os interesses do nascituro, deixando de lado de sua moldura clássica os embriões crioconservados.

Diante das categorias: pessoa natural, nascituro e prole eventual, o presente capítulo objetiva analisar o interesse despertado pelas pesquisas científicas sobre os embriões excedentes das técnicas de reprodução humana assistida e as divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica do embrião, confrontando-as com as categorias clássicas do direito civil. A análise pretendida não se pautará na tentativa de submeter o embrião a uma dessas categorias, antes servirá como alerta para a necessidade de se criar um estatuto próprio que o resguarde. Cumpre esclarecer que o termo estatuto aqui designado, não significa a pretensão de instituir para o embrião um catálogo fechado de regras, o que poderia no futuro gerar as mesmas exclusões criadas pela codificação. O termo estatuto aqui empregado, decorre da compreensão do Direito em uma democracia, como um conjunto coerente e aberto de princípios, onde a análise do caso concreto oferecerá a única resposta correta, ao se garantir à maior medida possível, iguais liberdades a todos. (CHAMON JUNIOR, 2008).

3.1 O embrião *in vitro*

Como exposto no item 2.3, uma das consequências da utilização da técnica de reprodução humana assistida conhecida como fertilização *in vitro* (FIV) é a existência de embriões não utilizados no respectivo procedimento, designados como excedentes ou sobrantes. Desse excedente, como já demonstrado, surge a criopreservação que configura-se como alternativa para gestações futuras, se necessário.

Sobre o congelamento de embriões esclarece Alvarenga:

A criopreservação oferece uma solução de emergência para aqueles casos em que o número obtido, tanto de zigotos quanto de embriões, excede o razoável a ser transferido, diminuindo assim uma multigestação severa. [...] A mais valiosa perspectiva para um programa de congelamento de embriões talvez seja a possibilidade de casais terem duas ou mais

transferências após um único ciclo de estimulação ovariana. Se não houver gestação com embriões frescos, uma segunda (ou terceira) tentativa menos dispendiosa e menos estressante pode ser empreendida com o descongelamento dos embriões e transferência em ciclos subsequentes. Além disso, a criopreservação oferece a vantagem potencial de reduzir os riscos de gestação múltipla e da Síndrome de Hiperestimulação Ovariana. (ALVARENGA, 2005, p.240-241).

No que diz respeito à eficiência do congelamento, afirma Alvarenga:

O congelamento é muito eficiente e não há limite de tempo estabelecido, pois nenhuma atividade biológica conhecida ocorre em células congeladas em nitrogênio líquido. [...] No entanto, experimentos usando radioatividade em embriões de ratos criopreservados, simulando um longo período de radiação ionizante, mostrou que os embriões poderiam ser estocados pelo equivalente a 200-1000 anos antes que existisse uma redução significativa na sobrevivência própria da acumulação de dano genético causado pela radiação. É provável que embriões humanos se comportem similarmente a outras espécies de mamíferos com relação à sobrevivência na estocagem. Se congelados sob condições corretas, podem sobreviver pelo tempo de vida reprodutiva do casal do qual originaram, sem riscos de existirem efeitos mutagênicos aparentes. Atualmente, ao descongelar zigotos (óvulos em estado de pronúcleo) e embriões as taxas de sobrevivência giram em torno de 40 e 100%. Isso está relacionado, antes de tudo, ao potencial biológico, anterior à congelação, dos embriões ou zigotos que não sobrevivem ao ser descongelados são os mesmos que jamais teriam alcançado o desenvolvimento embrionário até a implantação. (ALVARENGA, 2005, p.240-241).

Se a existência de embriões congelados por um lado pode ser justificada para se atender ao desejo humano de procriar, por outro lado, faz surgir inúmeras indagações éticas e jurídicas sobre o interesse despertado pela ciência a respeito da manipulação desses embriões, ou melhor, sobre as promessas de curas de várias doenças a partir da utilização das células-tronco existentes nesses embriões. No Brasil essa indagação fica ainda mais latente diante da ausência de regulamentação normativa sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida que dão origem a esses embriões. Conforme Araújo:

Não se pode negar que, no Brasil a difusão da fertilização *in vitro* precedeu a discussão sobre as implicações de sua prática. Ilustrativamente, é o caso das discussões em torno da legitimidade da Lei de biossegurança, que permitiu pesquisas com células-tronco embrionárias em embriões excedentes, sem que antes se estivesse regulamentado o processo de surgimento desses embriões – a fertilização de forma assistida. (ARAÚJO, 2008, p.09).

Nesse contexto, essa pesquisa trabalhará com o termo embrião no sentido de designar o embrião *in vitro* criado em laboratório através da fusão do gameta masculino e feminino decorrente da utilização da técnica de reprodução assistida

(FIV) e criopreservado nos centros de reprodução. É importante deixar claro a adoção dessa terminologia no sentido de diferenciar o embrião implantado no útero, que é designado na doutrina jurídica e também neste trabalho de nascituro (independente da fase embrionária de gestação), do embrião pré-implantatário, aqui designado simplesmente de embrião *in vitro*.

3.1.1 O embrião *in vitro* e sua utilização em pesquisas com células-tronco

O interesse acerca dos embriões *in vitro* surgiu há pouco mais de uma década decorrente também dos avanços da biotecnologia em virtude das qualidades especiais das células encontradas nesses embriões. Essas células são conhecidas como células-tronco embrionárias e têm a capacidade de se diferenciar (transformar) em células de qualquer tecido do corpo humano, despertando desta forma, o interesse da ciência.

De acordo com a professora de genética humana Mayana Zatz, a célula-tronco é um tipo de célula que pode se diferenciar e constituir diferentes tecidos no organismo humano. Esta é uma capacidade especial, porque as demais células geralmente só podem fazer parte de um tecido específico (por exemplo: células da pele só podem constituir a pele). Outra capacidade especial das células-tronco é a autorreplicação, ou seja, elas podem gerar cópias idênticas de si mesmas. Por causa destas duas capacidades, hoje as células-tronco são objeto de intensas pesquisas, pois poderiam no futuro funcionar como células substitutas de tecidos lesionados ou doentes, como nos casos de Alzheimer, Parkinson e doenças neuromusculares em geral, ou ainda no lugar de células que o organismo deixa de produzir por alguma deficiência, como no caso de diabetes. (ZATZ, 2010).

Segundo Zatz (2010) as células-tronco são classificadas como:

- Totipotentes ou embrionárias, são as que conseguem se diferenciar em todos os 216 tecidos (inclusive a placenta e anexos embrionários) que formam o corpo humano.
- Pluripotentes ou multipotentes, são as que conseguem se diferenciar em quase todos os tecidos humanos, menos placenta e anexos embrionários.

- Oligopotentes, são aquelas que conseguem diferenciar-se em poucos tecidos.
- Unipotentes, são as que conseguem diferenciar-se em um único tecido. (ZATZ, 2010).

As células totipotentes e pluripotentes só são encontradas nos embriões, e são também chamadas de células da esperança ou super células.

As células-tronco adultas têm um potencial menor (limitado) de diferenciação e são encontradas em vários tecidos do organismo, tais como na medula óssea e no cordão umbilical. Essas células já são utilizadas em tratamento experimental de algumas doenças, entre elas: leucemias, mal de chagas, diabetes e anemia falciforme. (ZATZ, 2010).

As células tronco-embrionárias podem ser obtidas através dos embriões *in vitro* criopreservados resultantes da fertilização *in vitro* ou através da técnica de clonagem terapêutica. Ressalta-se que a lei de biossegurança proíbe a clonagem terapêutica (transferência de núcleos de uma célula para um óvulo sem núcleo), como forma de produção de embriões para obtenção de células-tronco embrionárias.

Assim diante da proibição da clonagem terapêutica, o excedente embrionário das técnicas de reprodução humana assistida é que permite a manipulação científica regulamentada no artigo 5º da lei de biossegurança. Essa preocupação, advinda da sobra de embriões quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, foi um ponto muito discutido entre os ministros do STF no julgamento sobre a constitucionalidade das pesquisas com embriões, o que será demonstrado no capítulo sexto deste trabalho.

Sobre a manipulação de embriões e a forma de obtenção das células-tronco embrionárias, esclarecem Sá e Naves:

Destacamos a importância do Projeto de Lei n. 1.184/2003, a respeito das técnicas de reprodução humana assistida, que limita em dois o número de embriões a serem produzidos e introduzidos a fresco no útero. Inexistindo embriões excedentários, não haveríamos mais que discutir o problema. Porém, os já existentes não escapariam da investigação e experimentação científicas, pois sabemos da impossibilidade de se implantar todos eles e, diante do descarte puro e simples, preferimos optar pela permissão de manipulá-los cientificamente. A discussão acerca da clonagem para obtenção de células-tronco embrionárias tem mais ou menos as mesmas bases: não se deve produzir embriões com finalidades distintas da procriação. Logo, podemos concordar com a manipulação genética em laboratório, desde que não haja a formação de zigoto ou fecundação, mas

não concordamos com a instrumentalização do ser humano. (SÁ; NAVES, 2009, p.238).

O argumento favorável à prática da clonagem terapêutica seria a ausência de rejeição do receptor em caso de transplantes. No tocante à necessidade da clonagem terapêutica, Sá e Naves afirmam que:

As objeções que opomos à clonagem terapêutica referem-se à instrumentalização do embrião humano, cuja finalidade difere da procriação. Não será o nobre objetivo a justificar que embriões sejam gerados para manipulação. As pesquisas com células-tronco devem ocorrer com células adultas e com os embriões sobranes da reprodução assistida. Neste último caso, espera-se que, com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida e com as limitações jurídicas ao número de embriões a serem gerados, em breve não haja mais embriões remanescentes da fertilização *in vitro*. A clonagem não é, pois, um procedimento necessário. Há outros meios, embora no momento pareçam menos eficientes, de se atingir o resultado da reposição de órgãos ou tecidos doentes ou deteriorados. (SÁ; NAVES, 2009, p.238).

A criação de embriões exclusivamente para pesquisas foi também questionada por Habermas:

É necessário que se dê um esclarecimento mais complexo sobre a aversão à idéia de que o uso de embriões exclusivamente para pesquisa venha a instrumentalizar a vida humana para satisfazer as expectativas de tirar proveito (e benefícios) de um avanço científico que nem pode ser seguramente prognosticado. Nesse sentido, manifesta-se a opinião de que “um embrião – ainda que seja gerado *in vitro* – é um futuro filho de futuros pais e nada mais. Ele não está disponível para outros fins” (HABERMAS, 2004, p.96).

Apesar do grande interesse acerca das células-tronco embrionárias, até o momento não houve nenhum tratamento efetivo de uma pessoa através das referidas células, restando sua utilização apenas ao campo das pesquisas e experimentações científicas.

Por outro lado, não se deve esquecer que para poder realizar uma análise jurídica correta é muito importante destacar que, neste momento, trata-se apenas de investigações de laboratório muito promissoras, mas que não dão lugar, ainda, a nenhuma aplicação terapêutica sobre seres humanos (além de alguma experiência clínica isolada com a medula óssea e com embriões para a obtenção de células hematopoiéticas). Esta observação significa que, no estado atual das coisas (sem esquecer a rápida evolução que estão ocorrendo com todas essas investigações não é possível ainda o tratamento efetivo de uma pessoa que padeça de uma patologia ou malformação grave com células-mãe-embrionárias ou não. (CASABONA, 2004, p.129).

Contudo, no Brasil as pesquisas com células-tronco financiadas pelo Ministério da Saúde vêm alcançando proporções consideráveis. Segundo Márcia Santana Fernandes:

O Brasil tem um pólo de estudo significativo de pesquisa com células-tronco de animais e humanas, concentrados em centros pesquisadores em São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, fato que reforça a necessidade e importância do estudo do tema. Hoje, o Ministério da Saúde financia em torno de R\$13.000.000,00 (treze milhões de reais) com tratamentos e pesquisas na área de doenças cardíacas, envolvendo pesquisas com células-tronco. (FERNANDES, 2009, p.266-267).

Do crescente interesse da comunidade científica acerca das células-tronco embrionárias, surge a necessidade do biodireito estabelecer os parâmetros sobre os quais essas pesquisas devem repousar, especialmente pautados nos princípios da precaução, responsabilidade, autonomia privada e dignidade humana.

3.1.2 Divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica do embrião *in vitro*

Diante do grande interesse científico despertado em torno dos embriões excedentes, a doutrina vem formulando suas teorias sobre a natureza jurídica do embrião *in vitro*, uma vez que a retirada das células-tronco do embrião implica necessariamente a sua destruição. Assim, de acordo com cada teoria, a destruição do embrião é permitida ou não, conforme o estabelecimento da natureza jurídica do mesmo.

O artigo 5º da lei de biossegurança autoriza a pesquisa com embriões mediante o cumprimento de certos requisitos que serão demonstrados no capítulo quarto deste trabalho. Apesar desta permissão, a doutrina jurídica não é unânime sobre o assunto. O que demonstra a complexidade do tema, já que no caso do embrião *in vitro* não há como obter do mesmo o consentimento livre e esclarecido necessário para a realização das pesquisas científicas.

Dessa divergência doutrinária optou-se apresentar basicamente três correntes sobre a natureza jurídica do embrião. Alguns estudiosos consideram o embrião uma pessoa humana, outros uma coisa (conjunto de células) e outros uma realidade intermediária entre a pessoa humana e a coisa. De acordo com Lima:

Na verdade, o regime jurídico da experimentação com embriões depende da natureza que se reconheça ao ser concebido e ainda não nascido. Atualmente as soluções encontradas podem ser sistematizadas deste modo: a diferenciação total entre o concebido e o homem-pessoa, a equiparação total entre o concebido e o homem pessoa e a diferenciação parcial entre o concebido e o homem-pessoa.

4.1 Diferenciação total entre o concebido e o homem pessoa. Nesse caso, o concebido degrada-se a simples coisa. Em um utilitarismo coerente, essa tese não reconhece qualquer tutela jurídica direta para o concebido como sujeito de direito, afirmando a sua total disponibilidade. [...] Essa tese não é sustentada oficialmente em lugar algum, [...] **4.2 Equiparação total entre o concebido e o homem-pessoa.** O concebido tem a mesma natureza e dignidade humanas do homem-pessoa. Em um coerente personalismo, essa tese confere ao concebido a mesma tutela jurídica que o homem e afirma sua indisponibilidade. Sobre ele são lícitas somente as intervenções terapêuticas e não pode ser sacrificado senão para salvaguardar a vida mãe. Portanto o concebido não pode ser utilizado para nenhuma outra finalidade. [...] **Diferenciação parcial entre o concebido e o homem-pessoa.** O concebido é ser humano, embora ainda não seja homem-pessoa, por isso é merecedor de tutela jurídica, mas em grau inferior à do homem-pessoa. [...] Prevalece, portanto, a doutrina de reconhecimento do concebido como ser humano, mas com menor valor que o homem nascido, admitindo-se a possibilidade de seu sacrifício em benefício de outros direitos, tais como os direitos da mãe. (LIMA, 2007, p.165-167).

Neste ponto do trabalho, convém trazer à baila o posicionamento de alguns estudiosos acerca do tema, no sentido de comprovar a divergência de pensamento.

Para Silma Mendes Berti, o embrião é pessoa no sentido jurídico:

A proteção legal da vida humana, entendida em sua acepção natural, outorga-se no mesmo instante em que se produz a fecundação. Com efeito, o fruto da concepção humana pode, desde então, ser qualificado de humano, vez que é inevitavelmente, predestinado a sê-lo. Assim, se se considera o embrião pessoa humana atual, sujeito de direito, sua proteção equivalerá àquela concedida a todo ser humano. Os conflitos de direito por certo ocorrerão se não se observar seu interesse individual dominante. Não se pode mais retardar o reconhecimento do embrião como pessoa no sentido jurídico, estabelecendo sanções a todas as condutas a ele prejudiciais. (BERTI, 2001, p.47)

O embrião é um ser humano em potencial para Francisco Amaral, pois a vida é um processo que tem início com a fecundação do óvulo:

Qual a natureza jurídica do embrião? É pessoa ou coisa? Considerando que a vida é um processo contínuo de desenvolvimento protegido pelo direito (CF, art. 5º *caput*), iniciando-se com a fecundação do óvulo, e que o embrião humano é o início desse processo, deve-se considerá-lo ser humano em potência e, como tal, revestido da dignidade própria da pessoa humana. Não é simples conjunto de células, é o começo de uma vida, o

início de uma pessoa, um sujeito de direito, pois “é a vida, fato biológico, que governa a personalidade, do começo até o fim”. (AMARAL, 2006, p.263).

Jussara Meirelles parte da similitude originária de todos os seres humanos para conferir proteção ao embrião *in vitro*:

Para proteger o embrião humano mantido em laboratório não há necessidade de se lhe outorgar personalidade jurídica. Não é preciso caracterizá-lo como sujeito de direito, titular de direito subjetivo. Embora ao se discutir sobre a humanidade do embrião seja necessário admitir a verdade biológica de que o zigoto resultante da união dos gametas passa por diversas fases de desenvolvimento, e que, nem sempre, tal processo vem a resultar em um ser humano, é inegável a similitude originária de todas as pessoas humanas nascidas. [...] Essa noção deve ser assimilada pelo ordenamento jurídico, de maneira a reconhecer-se, indistintamente a todos os seres humanos, em qualquer fase do seu desenvolvimento, o valor de pessoa humana. (MEIRELLES, 2000, p.85-86).

Sobre o direito à vida e à dignidade do embrião, afirma a autora:

Considerados os embriões humanos como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida. Inadmissível dissociá-los desses que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes. (MEIRELLES, 2000. p.219).

Maria Helena Diniz adota tese semelhante à de Meirelles, posicionando-se contra as pesquisas e experimentações científicas com embriões *in vitro*:

O embrião, por ter todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade (CF, arts. 1º, III, e 5º, III), imagem científica (DNA) sendo inadmissível qualquer investigação experimental, com objetivo alheio à sua própria terapia, no útero ou fora dele. [...] Diante disso, por ser contrário à dignidade humana, não se poderia admitir que células-tronco embrionárias encontradas em óvulos fertilizados *in vitro* ou embriões sejam manipulados geneticamente sem que haja qualquer finalidade terapêutica promovendo sua própria cura, pois isso equivaleria à instrumentalização do ser humano, que, então, converter-se-ia num mero experimento. [...] Nem se poderia admitir, ante o art. 1º, III, da Constituição Federal, o uso terapêutico de células embrionárias humanas a partir da destruição de embriões, reduzindo-os ao *status* de coisa, como pretende o art. 5º da Lei n. 11.105/2005. [...] Não se poderá aceitar, apesar de sua aprovação por decisão do STF, ante os arts. 1º, III e 5º da Constituição Federal, investigação científica em embriões vivos, congelados ou não, nem mesmo para análise de tratamento de câncer ou AIDS, acarretando sua morte. Matar alguém para benefício da humanidade não seria um bem. (DINIZ, 2009, p. 482).

Em outro momento, a autora considera a utilização de embriões em pesquisa como prática de aborto eugênico:

Outros, como nós, não aceitam isso, por consistir sua eliminação em extermínio de vidas humanas, visto que cada embrião já é a síntese incipiente da individualidade genética de um ser humano, logo, sua destruição seria um aborto eugênico, uma vez que a lei resguarda os seus direitos desde a concepção, e a norma constitucional tutela a vida humana. (DINIZ, 2009, p. 499).

Heloísa Helena Barboza aponta para como deve se promover a tutela jurídica do embrião humano:

No momento, parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma “tutela particular, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado. (BARBOZA, 2005, p.67).

A tese personalista aparece de forma realçada no pensamento do jurista português, filósofo do direito e civilista, professor da Universidade Católica Portuguesa, de Lisboa, Mário Emílio Bigotte Chorão:

Na perspectiva realista, o estatuto jurídico do conceptus – desde logo, o atributo da personalidade singular – alicerça-se no seu estatuto biológico e no seu estatuto ontológico.

A abordagem rigorosa desta questão impõe uma metodologia, por assim dizer triangular: o direito atende aos dados da ciência biológica e aos argumentos da especulação metafísica, isto é, o dever ser jurídico apóia-se no ser do embrião humano tal como o revelam, nos seus aspectos fenomênicos, a ciência, e, na sua radical estrutura entitativa a filosofia.

Ora, a ciência mostra, com forte evidência, que o organismo embrionário é, desde a concepção (fusão dos gametas e aparecimento do zigoto), um indivíduo da espécie humana, com identidade genética própria, que se desenvolve segundo um processo auto ordenado teologicamente e caracterizado pelas propriedades biológicas da coordenação, continuidade e gradualidade. Esse mesmo organismo originário prosseguirá, depois, o seu ciclo vital para além do nascimento e até a morte, com a cessação irreversível da atividade cerebral.

A reflexão filosófica, por sua vez, atenta às contribuições científicas, pode concluir, à luz da metafísica substancialista, que o indivíduo humano é, ab ovo, ou seja, desde a fase de zigoto, pessoa verdadeira. (CHORÃO, 1999, p.282-283).

Sobre a utilização do embrião em pesquisas científicas, Casabona entende ser necessária a proteção do mesmo, porém em grau inferior ao nascituro:

Ainda que certamente o embrião *in vitro* habituou-se a ser protegido juridicamente pelas legislações que tratam desses assuntos, também é certo que o deva ser com muito menor intensidade que outras fases da vida pré-natal; [...] Por outro, lado deveríamos considerar que desta vez nossas percepções atuais sobre o início da vida humana e a proteção que se deve conferir a esta não são transferíveis de forma automática às novas situações que são apresentadas. Deveríamos refletir se é correto transferir em todo caso ao embrião *in vitro*, e mais em particular, ao obtido por clonagem obtido mediante a transferência de núcleos, as valorizações que nos últimos decênios temos outorgado à vida humana que se está gestando no ventre de uma mulher. (CASABONA, 2004, p.151-152).

Os autores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves partem da distinção entre nascituro e embrião e da seguinte indagação “é o embrião pessoa em sentido jurídico?”. Para esses autores o nascituro é centro de imputação normativa, o que lhe confere personalidade, uma vez que em várias situações jurídicas o Código Civil coloca-o como partícipe das mesmas. Já a situação do embrião *in vitro* é diferente, nos seguintes termos:

Diferente é a situação do embrião não gestado. É certo que o embrião é passível de tutela, porém o ordenamento jurídico não lhe imputa situações jurídicas. Assim, não há como o considerar detentor de direitos subjetivos, deveres jurídicos, direitos potestativos, sujeição, poderes, ônus ou faculdades. Não basta, portanto, ser passível de tutela, como o são vários bens jurídicos a que o legislador protege. Animais e vegetais são protegidos; situações jurídicas dizem respeito a eles, no entanto não podemos dizê-los “pessoas”, pois a norma jurídica não lhes imputou a possibilidade de participarem do universo jurídico. Não são, pois, dotados de personalidade. Podemos dizer o mesmo do embrião não gestado. Isso não significa dizer, contudo, que o embrião é coisa. Embora, historicamente, o ordenamento civil tenha trabalhado com a dicotomia pessoa/coisa, isto é, considera os seres corpóreos ou como integrantes da categoria de pessoas em sentido jurídico, ou parte da categoria de bens formulada sobre os moldes dos códigos oitocentistas. (SÁ; NAVES, 2009, p.125-126).

Luis Roberto Barroso posiciona-se favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias. Para ele o embrião não é pessoa humana nem nascituro. Segundo o autor:

As pesquisas com células-tronco embrionárias oferecem perspectiva de cura para doenças que causam o sofrimento e a morte de milhões de pessoas. A utilização de embriões excedentes do processo de fertilização *in vitro* não viola o direito à vida nem a dignidade humana. Antes de ser transferido para o útero materno, embrião não é pessoa humana nem nascituro. Nada obstante isso, a legislação em vigor protege a dignidade do embrião, vedando que ele seja produzido apenas para fins de pesquisa, assim impedindo sua funcionalização. O tratamento jurídico dado ao tema pela Lei nº 11.105/2005 (art. 5º) é compatível com o texto constitucional. (BARROSO, 2007, p. 37).

A nova lei de biossegurança, por meio de seu artigo 5º não deixa dúvidas sobre a possibilidade de pesquisas com embriões humanos criopreservados, mediante o atendimento a certos requisitos e condições. Desta forma, as divergências doutrinárias acima apresentadas serão atenuadas em face da permissão constante da lei. Essa tendência começa a ser confirmada através do julgamento realizado pelo STF que será estudado no capítulo sexto desta pesquisa.

3.2 O início da personalidade: a situação do nascituro em face da nova realidade trazida pelo embrião *in vitro*

A discussão que sempre vem à tona quando do estudo sobre o embrião humano e sobre a possibilidade ou não de sua utilização em investigações científicas é a questão da personalidade jurídica, quem a titulariza e a partir de quando ela tem início. Essa discussão está umbilicalmente ligada ao tema uma vez que de acordo com o Código Civil é a personalidade jurídica que permite ao ser humano ser capaz de adquirir direitos e contrair deveres. Assim, se ficar constatado, em face do ordenamento jurídico brasileiro, que o embrião *in vitro* possui personalidade, este não poderá ser objeto de pesquisas científicas, já que será considerado sujeito de direito e classicamente poderá participar de relações ou situações jurídicas. Conforme Francisco Amaral:

A possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres. Essa qualidade chama-se personalidade jurídica e os que a têm, pessoas. Pessoa é o ser humano ou entidade com personalidade, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. Titularidade de um direito é a união do sujeito com esse direito. Não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular. Ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas, como credor, devedor, pai, cônjuge, etc. (AMARAL, 2006, p.216).

Mas a partir de que momento uma pessoa adquire personalidade? Quando um ser humano recebe o *status* de pessoa? Para Francisco Amaral “a pessoa natural começa sua existência com o nascimento com vida e, com isso, a sua capacidade jurídica (CC, art. 2º).” (AMARAL, 2006, p.219). Entretanto, a questão sobre o início da personalidade não se resolve de maneira tão clara quanto parece, uma vez que surge a necessidade de se estabelecer se o nascituro possui ou não

personalidade, enquanto ser concebido no ventre materno e ainda não nascido. Essa indagação surge da aparente contradição presente no artigo 2º do Código Civil, que dispõe: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2008).

Dessa contradição, surgem as teorias sobre o início da personalidade, quais sejam: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista. Segundo a teoria natalista a personalidade tem início a partir do nascimento com vida; para a teoria da personalidade condicional, a personalidade tem início com a concepção condicionada ao nascimento com vida; já a doutrina concepcionista considera o nascituro pessoa, pois a personalidade é adquirida com a concepção.

Entretanto, a noção clássica de personalidade tal como traçada pelo Código Civil merece ser reconstruída e revisitada, em virtude de algumas contradições encontradas no próprio ordenamento jurídico: como o nascituro pode, antes do seu nascimento com vida, receber doações, ser contemplado em testamento, além de poder ter reconhecida sua paternidade pelo pai, entre outros inúmeros direitos consagrados pelo Código Civil e leis especiais, e não possuir personalidade?

De fato, possui apenas “interesses” a serem resguardados pelo Código? Do estudo dos artigos do Código Civil vislumbra-se que não são apenas interesses, mas autênticos direitos, que tornam o nascituro capaz de ser titular de relações jurídicas. Daí não é o nascimento com vida que atribui personalidade ao nascituro, essa é atribuída ao mesmo pelo ordenamento jurídico, antes do nascimento, quando se torna capaz de ser sujeito de uma relação jurídica.

Mas e o embrião *in vitro*? Em face do ordenamento jurídico pode participar de uma relação jurídica, por exemplo, um contrato de doação, ou postular através de ação judicial, alimentos? Pode ser reconhecido como filho pelo pai antes da implantação no útero materno? Seriam esses alimentos as despesas com o pagamento da clínica onde se encontram congelados? Definitivamente, a situação no ordenamento jurídico brasileiro do nascituro não é igual à do embrião. São realidades diferentes, pois o embrião, de acordo com o ordenamento brasileiro, não pode participar como sujeito de nenhuma das indagações acima propostas.

Avançando um pouco mais no sentido do distanciamento entre embrião e nascituro resta mais uma indagação. Os genitores (beneficiários da técnica de reprodução humana assistida) poderiam ser obrigados à implantação de todos os embriões sobranes congelados, como forma a garantir o direito à vida do embrião?

A resposta é negativa, uma vez que a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida decorre do exercício do direito de concepção, assegurado pelo planejamento familiar, que permite a liberdade do casal em determinar o número de filhos e o espaçamento entre eles, como exposto no capítulo segundo deste trabalho.

É essa divergência de tratamento legislativo que impõe a necessidade de reconstrução da noção clássica de personalidade jurídica, uma vez que ter direitos e deveres é o que caracteriza um ser como pessoa. “Assim é que agora se faz indispensável revisitar e reconstruir o sentido da atribuição da personalidade jurídica no seio de uma argumentação referida ao sistema do Direito”. (CHAMON JUNIOR, 2007, p.119).

Deveres e direitos somente podem ser pensados concretamente em um discurso de aplicação, e isto implica pois, a referência a uma situação jurídica ainda que hipoteticamente traçada em suas linhas gerais e que envolvem, obviamente referenciais de imputação destes mesmos deveres e direitos legitimamente reconhecidos, porque problematizados na argumentação. [...] O que podemos propor é que tal noção de “personalidade” merece ser melhor problematizada de forma inclusive a perder toda e qualquer carga moral e ontologicista que a ronda. Antes, o que se deve reconhecer é que a “personalidade há que ser tomada em conta enquanto sempre centrada em, e referida a, uma situação tematizada e problematizada. (CHAMON JUNIOR, 2007, p.144).

É a situação concretamente pensada na argumentação da prática jurídica, livre de argumentos morais e ontológicos que possibilita a reconstrução do conceito de personalidade, que para Lúcio Chamon Junior se trata de um centro de imputação de direitos e deveres. Nas palavras do autor:

Tanto a idéia de “personalidade”, quanto a de “sujeito de direitos/deveres encontram-se mergulhadas nesta fundamentação para além do Direito, quando, na verdade, ao problematizarmos mais de perto, e no interior da própria argumentação jurídica, o que significa afirmar personalidade, podemos concluir que se trata de um centro de imputação de direitos e deveres. Assim, pois, as noções de pessoa, personalidade, sujeito jurídico, foram construídas na argumentação sem perceber que é na própria argumentação que encontram os fundamentos de tais figuras enquanto referenciais para imputação de direitos e deveres. (CHAMON JUNIOR, 2007, p.144).

É a prática jurídica que determina a noção de pessoa, é o Direito que condiciona quem possui esse *status*, por meio da atribuição dos referenciais de imputação de direitos e deveres. Sobre a questão do nascituro, afirma o autor:

Assim é que a discussão em torno do reconhecimento, ou não, de “personalidade” ao nascituro há que ser revisitada. Se fôssemos considerá-lo como referencial tão-somente de direitos poderíamos ser tentados a desconsiderá-lo enquanto um referencial, mesmo porque esta situação, na argumentação, poderia ser problematizada não em termos dos direitos do nascituro, mas dos deveres de outrem – como - de certa forma, fora problematizado por Kelsen. Todavia, tal argumentação, além de jamais poder ser pretendida como generalizada, pressupõe a compreensão dos direitos e deveres como atrelados à teoria da relação jurídica. E se porventura um sujeito, agindo em estado de necessidade legitimamente configurado, afeta um direito cujo referencial é o nascituro em razão de um patrimônio que lhe foi doado? Na própria argumentação jamais poderíamos pretender que tal violação de direito tivesse por referencial os pais do nascituro. Bem como também quaisquer deveres que tenham por referencial situações jurídicas em que o nascituro se apresenta como central na argumentação de imputação - tal como um tributo incidente sobre os bens a ele destinados - jamais haverão que ser interpretados como deveres imputados (referenciados) aos pais – ainda que, enquanto representantes legais, tenham o dever de proceder ao cumprimento daquele. Isto porque o nascituro pode, pois, se configurar como um centro, um referencial, de imputação não só de direitos, mas também de deveres. (CHAMON JUNIOR, 2007, p.144).

Para Maria de Fátima Freire de Sá, a discussão sobre a personalidade jurídica do nascituro é uma questão ainda não superada. “Nela fica patente o distanciamento entre a teoria e a prática. Como pode o nascituro, pela doutrina civil dominante, não ser considerado pessoa e integrar várias relações e situações jurídicas?”. (SÁ, 2000, p.23).

Necessário, portanto, reconstruir hermeneuticamente o Direito Civil, retirando-lhe a arbitrariedade das axiologias inerentes ao jusnaturalismo e juspositivismo que, mesmo involuntariamente, contribuíram para a exclusão e a construção de metodologias jurídicas dependentes do subjetivismo do aplicador, que, pretensamente, deveria buscar “valores universais” ou “valores constitucionalizados”. A personalidade constrói-se na consideração objetiva do centro de imputação. Desnecessário filiar-se a teorias sobre o início da personalidade (natalista, concepcionista ou da personalidade condicional); normativamente, a integridade do direito deve ser verificada na realidade situacional. Assim, o nascituro, como referencial de imputação, pode participar de situações jurídicas, e é isso que lhe confere personalidade. (SÁ, 2000, p. 23).

A personalidade jurídica reconstruída como referencial de imputação deve ser vislumbrada na prática jurídica em face de cada caso específico. Nesse mesmo sentido é que deve ser trabalhada a questão da personalidade do embrião *in vitro*. É a imputação de direitos e deveres pela ordem jurídica que permitirá ao embrião ser considerado um centro de imputação, e, portanto, detentor ou não de personalidade jurídica. Ademais, é essa imputação de direitos e deveres que garantirá o exercício de uma futura autonomia privada, conforme Chamon Junior:

E se, por outro lado, afirmamos que o morto, os animais, as plantas etc., não são dotados de personalidade jurídica, isso se refere a impossibilidade dessas figuras serem reconhecidas como dotadas de autonomia jurídica (pública ou privada). Se, por exemplo, o Direito garante direitos e imputa deveres ao nascituro - e não "ao" morto -, bem como à massa falida etc., assim o faz na justificativa, jurídico-principiológica, de uma realização e um exercício, atual ou futuro, de uma autonomia de uma pessoa, como no caso do nascituro, ou de uma atividade personificada. Afinal, o que estaria a justificar, por exemplo, a) o aborto em caso de anencefalia, b) a reversão de uma doação quando a gestação é interrompida (aborto) e c) a eutanásia daquele que se manifestou (expressa ou tacitamente), por tal medida, senão a irreversibilidade destes quadros, inclusive jurídicos, em face do exercício, e das reinterpretações, da autonomia privada? (CHAMON JUNIOR, 2007, p.151).

Diante da teoria formulada pelo autor Lúcio Antônio Chamon Junior sobre a personalidade jurídica, constata-se que no ordenamento jurídico brasileiro o embrião não é considerado um centro de imputação, um referencial, uma vez que a legislação em momento algum lhe reconhece a capacidade de titularizar direitos e obrigações, o que lhe acarreta como consequência a ausência de personalidade jurídica.

Apesar de não ser o embrião humano *in vitro* detentor de personalidade jurídica nos termos da legislação civil, o mesmo recebe uma proteção específica do ordenamento jurídico, o que se dá através das condições impostas pelo artigo 5º da lei de biossegurança, quando da permissão para utilização de embriões em pesquisas e investigações científicas, o que será analisado no próximo capítulo.

4 O EMBRIÃO *IN VITRO* E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“Urge, em consequência, saber por qual caminho devemos seguir. O certo é que o problema do progresso científico apresenta-se de tal monta e consequências que não pode ser deixado só nas mãos dos cientistas, deve receber apoio dos diversos segmentos sociais, dentre os quais nos interessa mais de perto, o jurídico. Convém não perder de vista que a inércia do jurista pode ser considerada como um mal, e o vazio legislativo pode favorecer a disseminação de práticas condenáveis pela ética social as quais amanhã será mais difícil combater.”

Maria de Fátima Freire de Sá e Gustavo Pereira Leite Ribeiro

Os resultados obtidos nos últimos anos decorrentes da aplicação da biotecnologia, especialmente no que diz respeito à utilização das células-tronco embrionárias, vêm trazendo para a sociedade além da crença na cura de inúmeras doenças e uma maior expectativa de vida para as pessoas, vários questionamentos jurídicos, que se encontram em sua maioria sem resposta diante da vigente ordem normativa brasileira. Essa inquietação sentida pela comunidade aumenta ainda mais frente a velocidade do desenvolvimento biotecnológico.

Essa rapidez traz como consequência, no plano normativo, certo vazio jurídico diante da dificuldade do legislador em acompanhar todos esses avanços e descobertas. Esse vazio sentido pela sociedade em geral foi também percebido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade proposta em 2005 pelo então Procurador Geral da República em face da nova lei brasileira de biossegurança, o que será demonstrado no capítulo sexto.

Aliado ao rápido progresso científico constata-se ainda a dificuldade na elaboração de normas que tenham por objeto a regulamentação da própria vida, ou melhor, de sua manipulação pelos cientistas. Conforme Casabona:

O poder legislativo enfrenta um problema em relação a este assunto que, de certa maneira, podemos classificar como novo: o da incerteza ao apontar os verdadeiros riscos contra os quais devemos nos prevenir e que podem estar vinculados a essas tecnologias, de acordo com a denúncia de alguns grupos sociais. No entanto, foram se abrindo algumas fórmulas, que tiveram utilidade no âmbito jurídico, com a finalidade de orientar as ações dos poderes públicos em torno dessa incerteza, uma vez descartada a opção mais simples da inibição ou proibição, já que carecem de fundamento. Um cenário de características semelhantes comporta limitações evidentes para os processos de criação e solidificação de normas jurídicas, assim como para o próprio conteúdo dessas normas. Tais

limitações têm como efeito a duração provisória dessas normas e a necessidade de submetê-las a uma constante revisão para comprovar sua validade em relação aos propósitos para os quais foram concebidas e, se for o caso, promover sua modificação de acordo com as novas circunstâncias científicas, tecnológicas e sociais. (CASABONA, 2007, p.30-31).

Assim, o desafio para o legislador diante do novo cenário imposto pelo progresso técnico e científico é criar normas que não impeçam o exercício da biotecnologia, e que acima de tudo assegurem a dignidade e identidade do ser humano, preservando a vida das gerações presentes e futuras, conforme apontam Sá e Ribeiro (2007):

Não se pode e nem se pretende cercear o progresso científico, de inegável valor para o desenvolvimento do ser humano e da sociedade, mas torna-se necessário conciliá-lo com o respeito à integridade ou dignidade desse mesmo ser humano, pois nem tudo que é cientificamente possível deve ser autorizado. (SÁ; RIBEIRO, 2007, p.108-109).

Posto isto, o presente capítulo, tem por objetivo específico fazer um estudo sobre a tentativa de tutela do embrião humano *in vitro* e criopreservado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, também será objeto de pesquisa a regulamentação da utilização das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil. Não se pode ignorar a importância destas técnicas como um avanço das ciências médicas para tratar inicialmente a infertilidade das pessoas e, num segundo momento a especulação científica sobre os embriões excedentes da fertilização *in vitro*, mantidos criopreservados nos centros de reprodução.

No tocante ao embrião *in vitro* criopreservado é importante também investigar qual o seu destino no direito brasileiro, conforme já advertido por Jussara Meirelles: “o destino dos embriões “excedentes” constitui séria questão que assume contornos éticos, sociais, jurídicos.” (MEIRELLES, 2000, p.21).

Entretanto, no Brasil a busca por leis e regulamentação no campo da biotecnologia e em especial sobre reprodução humana assistida e o embrião *in vitro*, permite constatar que a falta de normas ainda é fator preponderante.

Assim, o que se pretende é analisar o panorama legislativo brasileiro com o objetivo de entender qual o tratamento jurídico destinado ao embrião *in vitro* sobrando das técnicas de reprodução humana assistida.

4.1 As codificações: O Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916, em virtude da época de sua promulgação não continha em suas normas nenhum dispositivo sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, bem como a respeito do embrião *in vitro*.

Ausência compreensível levando-se em consideração que as técnicas de reprodução humana começaram a ser divulgadas na década de 70, em especial no ano de 1978, quando do nascimento de Louise Brown na Inglaterra, ou seja, quase sessenta anos após a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Nesse sentido, vale destacar as lições de Jussara Meirelles:

Por outro lado, verifica-se um profundo distanciamento entre a estruturação normativa clássica referente à ordem das pessoas e a novidade representada pelos embriões humanos de laboratório. Os embriões *in vitro* constituem realidade completamente diferente daquela vivida à época de elaboração do Código Civil Brasileiro, pelo que as disposições codificadas, fundadas em categorias abstratas do direito privado clássico, são insuficientes para reger as novas situações que se apresentam. (MEIRELLES, 2000, p. 34).

No tocante ao Código Civil de 2002, Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, a situação do embrião permaneceu praticamente a mesma, ou seja, o novo Código Civil é omissivo no tocante à situação jurídica do embrião humano, mantendo, como exposto no capítulo segundo, o mesmo padrão clássico do direito privado adotado pela codificação passada: pessoas naturais, nascituro e prole eventual, não mencionando nada sobre o embrião humano excedente da utilização das técnicas de reprodução humana.

Existe apenas uma única disposição no Código Civil de 2002 sobre as técnicas de reprodução humana, ou melhor, sobre os efeitos de sua utilização no que diz respeito à presunção de paternidade dos filhos oriundos do casamento. Eis a íntegra do artigo 1597:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II- nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV- havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

As disposições do artigo 1597 que interessam ao tema da presente pesquisa estão contidas nos incisos III, IV e V, que acabam apresentando alguns contornos que poderão gerar aquisição de direitos, especialmente sucessórios.

A indagação que surge dos incisos III, IV e V relativa ao embrião diz respeito à interpretação no tocante ao momento em que se dá a concepção, ou seja, após a implantação desse embrião no útero materno, em que momento será considerada a concepção para efeitos de aquisição de direitos, especialmente sucessórios? Seria o embrião considerado sujeito de direito desde a concepção, o que lhe permitiria receber quando do seu nascimento com vida, a herança de seu pai já falecido?

Assim os dispositivos mencionados poderão trazer reflexos sucessórios, pois conforme atesta Sá e Naves (2009) um dos efeitos da filiação é a sucessão. Nesses casos poderão advir conflituosas questões sucessórias, pois a existência do herdeiro é pressuposto para que a sucessão aconteça e de acordo com o artigo 1798 do Código Civil estão legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão.

Diante disso o que fazer? Como interpretar o sistema, de modo a se tentar atribuir-lhe coerência? [...] O Código ficou-se silente. Alguns comparam tal situação à prole eventual, já aventada. Para essa, o Código determina que, na ausência de determinação em contrário do testador, a herança ficará a cargo de um curador especial durante o período de 2 (dois) anos. Esgotado esse tempo, e se a prole não for concebida, a herança ou o legado retornam para o “monte mor”, para seguir a ordem da sucessão legítima, determinada pelos arts. 1.790 ou 1.829. Como impor um tempo predeterminado de nascimento a um filho do *de cuius*? Este não estaria sendo tratado de forma diferenciada dos demais, violando dispositivo constitucional que determina a igualdade da filiação? (SÁ; NAVES, 2009, p.115).

Sobre o inciso III do artigo 1597, afirma José Roberto Moreira Filho:

Portanto, enquanto se apresentarem nesta situação, a herança será deferida e partilhada entre os demais herdeiros aptos, sendo que se vierem a nascer, a qualquer tempo, podem pleitear, em face dos demais, o recebimento de sua parte na herança através de petição de herança cumulada com reconhecimento de paternidade, como o fazem os filhos não reconhecidos pelo *de cuius* em vida e que se viram aliados da sucessão. Aqui não incidem os efeitos prescricionais, tendo em vista que os mesmos não correm contra os menores e incapazes, nos termos do artigo 198 do Código Civil, pelo que os embriões podem, em nascendo com vida, pleitear

seus direitos sucessórios a qualquer tempo enquanto não atingida a maioridade. (MOREIRA FILHO, 2007, p.144-145)¹⁰.

A tarefa cometida ao intérprete é árdua, principalmente porque já houve concepção no caso do embrião congelado. Como relatado acima, a complexidade inerente aos temas relacionados ao biodireito exige um tratamento legislativo mais cuidadoso.

4.2 As leis de biossegurança: a revogada Lei n. 8.974 de 05 de Janeiro de 1995 e a nova Lei n. 11.105 de 05 de Março de 2005

Em 05 de Janeiro de 1995 foi promulgada no Brasil a primeira lei sobre biossegurança: Lei n. 8.974/95 que dispunha sobre a limitação do uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados. A referida lei foi promulgada para regulamentar os incisos II e V do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, com a finalidade de assegurar qualidade de vida sadia. Era composta de dezoito artigos e vedava através do seu artigo oitavo, inciso IV a manipulação, produção e armazenamento de embriões humanos destinados a servir como material biológico de pesquisa. Considera tais condutas como crimes, punindo através do artigo treze os infratores com pena de reclusão. Essa lei admitia apenas a intervenção em material genético humano *in vivo*, somente para o tratamento de defeitos genéticos.

Referida proibição vigorou no Brasil por um período de dez anos, assim durante a vigência da Lei n. 8.974/95 o embrião humano excedente da utilização das técnicas de reprodução humana só poderia ter um destino, qual seja: reprodutivo, atendendo assim ao projeto parental das pessoas, não permitindo a lei nenhum tipo de investigação científica sobre o mesmo. Situação que só foi modificada com a entrada em vigor da nova lei de biossegurança, permitindo, por meio do artigo 5º, a utilização dos embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida em pesquisas, mediante o cumprimento de certos requisitos.

¹⁰ O enunciado 267, aprovado na terceira jornada de direito civil do Conselho da Justiça Federal, admite a capacidade sucessória do embrião, se concebido dentro do prazo de 10 anos da abertura da sucessão. Não importando se a reprodução foi homóloga ou heterolôga. Nos seguintes termos: "Enunciado 267: Art. 1798: A regra do art. 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso das técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança".

Assim, no dia 24 de Março de 2005 entrou em vigor a Lei n. 11.105/05 conhecida como a nova lei de biossegurança que revogou integralmente a Lei n. 8.974/95. De acordo com Sá e Naves (2009) essa nova lei era inevitável, pois o Brasil necessitava de uma nova regulamentação no campo da biotecnologia em função da economia e da competitividade de mercado inerentes também ao campo da pesquisa.

Neste sentido, a nova lei de biossegurança¹¹ estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, armazenamento, pesquisa, comercialização, consumo, liberação no meio ambiente e descarte de organismos geneticamente modificados 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. Regulamenta ainda, a possibilidade de utilização dos embriões sobrantes das técnicas de reprodução humana em pesquisa; proíbe a clonagem humana reprodutiva e terapêutica e o patenteamento de células-tronco. Sobre a responsabilidade penal, o artigo 24 da lei prescreve que a utilização de embrião humano em desacordo com seu artigo 5º, sujeitará o infrator a pena de detenção de um a três anos e multa.

Essa nova lei foi votada no Congresso Nacional com aprovação de 96% dos senadores e 85% dos deputados, denotando grande sucesso em sua aprovação. “Mas essa estatística do processo de elaboração da Lei n. 11.105/2005 não é, por si só, um indício democrático” (SÁ; NAVES, 2009, p.172), pois, apesar do sucesso de sua votação (restrita a pequenos grupos), durante a tramitação do projeto de lei, o Legislativo cometeu o grave equívoco de ignorar a opinião pública em algo que envolve toda a sociedade em sérios questionamentos éticos, morais e jurídicos. Assim, somente com a reflexão da sociedade em seus vários segmentos, é possível obter a geração de um Direito legítimo.

¹¹ Legislação que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CNTBio, dispõe sobre a política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995 e a Medida Provisória n 2.191-9. de 23 de agosto de 2001, e os artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

Acerca dessa construção democrática do Direito, esclarece Lúcio Antônio Chamon:

Somente em uma democracia constitucional pode ser gerado um Direito legítimo. E nisto estamos de pleno acordo com HABERMAS. Somente uma democracia pode, ao se justificar em normas capazes de garantirem as condições de geração legítima do próprio Direito, isto é, ao se justificar constitucionalmente, permitir que normas jurídicas, com a abertura à participação de todos, sejam construídas. Isso implica reconhecer que somente através de uma compreensão procedimental da democracia é possível articular de maneira construtiva a relação entre direitos fundamentais e soberania popular. Somente através de procedimentos públicos e institucionalizados, a reconhecerem e garantirem iguais direitos a todos os concidadãos de participação política, é possível gerar um Direito que seja reconhecido como legítimo. (CHAMON JUNIOR, 2008, p. 80).

E complementa o autor:

Isso significa dizer que o princípio de que “válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) às quais todos que por ela possam ver-se afetados pudessem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais”, ou seja, o princípio do discurso, quando de seu “entrelaçamento” com a forma jurídica moderna e com sua decorrente dimensão institucional, implica um princípio democrático, isto é, implica dizer que somente em uma democracia pode o direito da modernidade ser legitimamente produzido. (CHAMON JUNIOR, 2008, p.88).

Na mesma linha de raciocínio ao comentarem sobre os termos do processo legislativo de criação da nova lei de biossegurança, aferem Sá e Naves:

Na forma em que se encontra a Lei de Biossegurança, infelizmente somos forçados a acreditar que, ultrapassada a fase do “Estado” medieval, em que o príncipe era aquele que interpretava o Direito vigente em constante diálogo com a natureza ou com a divindade; ultrapassada também a fase moderna, na qual o príncipe se investia do poder legislador autoritário; podemos pensar que hoje, sem medo de errar, que ainda há príncipes, que reinam sobre a economia e aprovam leis sem considerar outros interesses. A Lei trouxe dispositivos que acreditamos serem benéficos para a sociedade. Porém, será que essa é a forma democrática de se tratar assuntos tão relevantes? A reflexão da sociedade, em seus vários segmentos, impõe-se como a única medida a legitimar assuntos que envolvem interesses de gerações presentes e futuras. E é dever do legislativo estimular tal reflexão. (SÁ; NAVES, 2009, p. 172).

Esse debate público que poderia ter sido promovido pelo Poder Legislativo através, por exemplo, de realização de audiências públicas com a oitiva de juristas, sociólogos, filósofos, médicos, ambientalistas, somente veio a acontecer após a entrada em vigor da lei, mas apenas com a oitiva de médicos, biólogos e

geneticistas quando do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do seu artigo 5º, o que será abordado no capítulo sexto.

Ultrapassada a matéria geral de regulamentação da nova lei de biossegurança, bem como os termos de seu processo legislativo, urge analisar o artigo dessa lei que versa sobre a utilização dos embriões *in vitro* em pesquisa e experimentação, para a obtenção das células-tronco embrionárias. É o que dispõe o artigo 5º:

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:

I) sejam embriões inviáveis; ou

II) sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 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. (BRASIL, 2005).

De acordo com o artigo 5º fica permitida no Brasil a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, desde que sua utilização ocorra com embriões provenientes da fertilização *in vitro*, inviáveis ou, se excedentes, que tenham no mínimo, três anos de congelamento. Contudo, para a obtenção das células-tronco, é obrigatória a autorização dos genitores. Referidas pesquisas ficam ainda sujeitas à aprovação dos comitês de ética sendo proibida a comercialização dos materiais biológicos.

Podem surgir algumas indagações a partir da interpretação desse artigo: em qual critério científico se embasa o estabelecimento do período de três anos de criopreservação? O que a lei quer dizer com embriões inviáveis e se inviáveis em que sentido?

Além da dificuldade de interpretação, melhor sorte não assiste à técnica legislativa adotada pela lei de biossegurança ao misturar em um único diploma legislativo a regulamentação de soja transgênica com a manipulação de embriões

humanos. Apesar das dificuldades apresentadas, o que é até certo ponto compreensível ao se tratar de temas ligados à biotecnologia, a nova lei de biossegurança constitui um marco para o avanço científico e tecnológico no país.

Assim, a atual lei de biossegurança ao permitir a pesquisa com embriões congelados, trabalha com a possibilidade de existência de embriões sobranes oriundos das técnicas de reprodução humana assistida (ainda sem regulamentação legal no Brasil), e condiciona sua utilização em pesquisa à autorização dos genitores.

Nesse sentido, a lei de biossegurança, ao traçar regras sobre um dos contornos do que seria o estatuto jurídico do embrião humano *in vitro* e criopreservado, estabelece sobre o seu destino, porém deixa de lado uma questão que lhe é anterior: a utilização da técnica de reprodução humana assistida que dá origem a esses embriões. Assim, somente com a regulamentação dessas técnicas, em especial sobre a forma e o número de embriões produzidos por meio da fertilização *in vitro*, será possível estabelecer um regime de proteção para o embrião, através de um tratamento normativo adequado.

4.2.1 A regulamentação da lei de biossegurança: decreto 5.591 de 22 de Novembro de 2005.

O Decreto 5.591 que entrou em vigor no dia 22 de novembro de 2005 para regulamentar dispositivos da Lei n. 11.105/05, traz em seu artigo 3º algumas contribuições para a interpretação do artigo 5º da citada lei.

O artigo 3º do decreto formula definições que contribuem para a solução do que sejam os embriões inviáveis e embriões congelados disponíveis, constantes do *caput* do artigo 5º da lei de biossegurança, nos seguintes termos:

Art. 3º: Para os efeitos deste decreto, considera-se:

[...]

XIII- embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.

XIV- embriões congelados disponíveis: aqueles congelados até o dia 28 de Março de 2005, depois de completados três anos contados a partir da data de seu congelamento. [...] (BRASIL, 2005).

O artigo 64 do Decreto dispõe que caberá ao Ministério da Saúde promover levantamento e manter cadastro atualizado de embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Sobre a determinação do tempo de congelamento, o decreto é omissivo, o que pode levar à constatação da falta de critérios da opção legislativa quanto à escolha do prazo de três anos de criopreservação dos embriões.

4.3 Resolução n. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina

A Resolução n. 1358 de 19 de Novembro de 1992 tem como objetivo traçar limites éticos para os médicos quando do emprego das técnicas de reprodução humana assistida. Embora não apresente o caráter de lei formal, uma vez que não emana do Poder Legislativo, é a única disposição no Brasil que trata sobre a reprodução assistida e sobre a criopreservação do embrião *in vitro*, não utilizado no procedimento de procriação.

Entre os princípios gerais, recomenda que as técnicas de reprodução humana não devem ser usadas para selecionar o sexo do futuro bebê ou qualquer outra característica biológica, exceto para evitar doenças. Proíbe a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana. Não limita o número de embriões a serem produzidos em cada tentativa de reprodução, entretanto, recomenda que não sejam transferidos para o útero materno, mais que quatro embriões, com o objetivo de evitar a gestação múltipla, já que a mesma Resolução veda aos médicos a prática da redução embrionária.

Nesse mesmo sentido, convém destacar que foi publicado, no Diário Oficial da União no dia 24 de Setembro de 2009, o novo Código de Ética Médica, que proíbe os médicos de criar embriões exclusivamente para pesquisa e de fazer a escolha do sexo do futuro bebê.

Conforme a Resolução n. 1.358/92, os beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida são os casais unidos em matrimônio ou em união

estável, podendo também ser beneficiária a mulher solteira, desde que considerada capaz nos termos da lei civil. De qualquer forma, o consentimento livre, esclarecido e por escrito é fundamental.

No tocante a gestação por útero de substituição, permite-se a sua utilização desde que não tenha fim lucrativo ou comercial e que as doadoras temporárias do útero pertençam à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Sobre a licitude da gestação de substituição por terceiros que não pertençam à família da doadora genética, esclarece a professora Ana Carolina Brochado Teixeira:

Entendemos que o pacto envolvendo terceiros é lícito e, por isso, válido, desde que obedeça a certos parâmetros. Primeiramente, é vedada a sua onerosidade, pois, “estando em jogo o estado de filiação, a natureza do direito envolvido não admite qualquer negociação, mormente remunerada. Atribuir um caráter econômico à avença viola o Princípio da Dignidade Humana, pois os atributos objetos da avença são ínsitos à personalidade dos envolvidos e, sobretudo, a uma vida humana que nascerá e que, por si só, merece ser respeitada. [...] Um requisito relevante para a configuração de validade do ajuste é a concordância da mulher hospedeira, ou mãe substituta, em se submeter à técnica, levando a gestação até o final, entregando a criança à mulher interessada e impossibilitada de gerar. Por conseguinte, neste ajuste prévio, a primeira deverá renunciar a todos os direitos parentais em relação à criança. O pacto também engloba o pagamento das despesas médicas, hospitalares e farmacológicas da gestante, uma vez que é vontade do casal interessado que a criança nasça saudável e para isso, é preciso que a gestante tenha uma gravidez tranqüila. [...] Destarte, o objeto do Pacto de Gestação de Substituição não viola os princípios constitucionais. Por isso, o referido pacto é válido e lícito, desde que não tenha cunho econômico, devendo prevalecer o direito à procriação. (TEIXEIRA, 2005, p.314-315).

No que diz respeito ao embrião, a Resolução n. 1358/92 dispõe sobre sua criopreservação, doação com fins reprodutivos, bem como sobre as intervenções que poderão ser realizadas sobre o mesmo, através do diagnóstico genético pré-implantatório (DGP).

A doação com fins reprodutivos deve ser gratuita, não devendo os doadores conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, o que denota altruísmo a opção pelo destino reprodutivo do embrião.

Os embriões excedentes das técnicas de reprodução devem ser criopreservados nas clínicas, uma vez que a Resolução proíbe seu descarte ou destruição. No que diz respeito ao destino desses embriões criopreservados, a Resolução n. 1358/92 dispõe de um importante instrumento de expressão da

autonomia privada dos genitores como corolário do exercício do direito reprodutivo a eles assegurado pela Constituição Federal. Os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, no momento da criopreservação, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Apesar da previsão acima mencionada, a Resolução é omissa no tocante ao destino dos embriões no caso de separação judicial do casal.

Sobre esse poder decisão, adverte Jussara Meirelles:

É preciso salientar, porém, que algumas recomendações contidas na Resolução n.1.358/92 parecem afastar-se do princípio constitucional de valorização da dignidade humana e do direito fundamental referente à vida. Assim, ao atribuir ao casal interessado o poder de decisão sobre o destino dos embriões pré-implantatórios, o que faz denotar certa titularidade em relação a eles. (MEIRELLES, 2004, p.173).

Por fim, recomenda a Resolução que toda intervenção sobre o embrião seja realizada com o objetivo de avaliar sua viabilidade ou detectar alguma doença hereditária e evitar sua transmissão, devendo a intervenção ser precedida do consentimento dos genitores.

4.4 Da tentativa de regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida: os projetos de leis

Como exposto anteriormente, no Brasil ainda não existe uma lei que regulamente a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Apesar da aprovação da lei de biossegurança, a mesma não tratou sobre as técnicas de reprodução e suas implicações, daí a necessidade de “uma regulamentação mais específica, na medida em que a questão da infertilidade venha a ser legalmente tratada.” (Scheidweiler, 2008, p.22).

Sobre essa necessidade de regulamentação esclarece Lima:

A atitude não legiferante gera inúmeras adaptações: Aplica-se por vezes, às novas situações as soluções próprias de situações vizinhas. Resulta disso que os mesmos textos legais são aplicados em várias hipóteses, que guardam pouca semelhança entre si. Noutras vezes, procede-se a

assimilações apressadas, encaixando-se novos fenômenos nas categorias clássicas, flagrantemente inadequadas. (LIMA, 2004, p.269-270).

No mesmo sentido, Scheidweiler:

Percebe-se facilmente os envolvimento éticos e os riscos que estão presentes na utilização destas técnicas em face da ausência de uma legislação que organize, estabeleça critérios e responsabilidade pelos desvios que podem, certamente ser provocados com a utilização desta técnica, sobretudo no que diz respeito à vida e aos direitos da mulher, do homem e da criança nascida de tais intervenções. Por mais que se discuta a questão da técnica médica, não se pode fugir das questões éticas e morais. O tema é carregado dessas questões, uma vez que o procedimento artificial induz a extensa utilização e manipulação de embriões, trazendo a possibilidade num futuro muito próximo da eugenia da prole e por consequência da espécie humana. (Scheidweiler, 2008, p.23).

Neste contexto, com a tentativa de suprir esse vazio legislativo, existem inúmeros projetos de leis em tramitação, de iniciativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que tratam sobre o tema da reprodução humana assistida.

Os principais projetos de leis sobre reprodução humana assistida de iniciativa da Câmara dos Deputados são os seguintes: projeto de lei 1.135, apresentado em 28 de Março de 2003, de autoria do Deputado Dr. Pinotti, (atualmente está apensado ao projeto de lei n. 2.855/1997¹²); projeto de lei 2.061 apresentado em 30 de Outubro de 2003, de autoria da Deputada Maninha, (atualmente está apensado ao projeto de lei n. 1.184/2003); projeto de lei 4.665 de 2001, de autoria do Deputado Lamartine Posella; e o projeto de lei 3.638 de 1993, de autoria de Deputado Luiz Moreira.

No que diz respeito ao Senado Federal constata-se a existência do projeto de lei n.90/1999 que também dispõe sobre reprodução humana assistida de autoria do senador Lúcio Alcântara. Este projeto sofreu modificações em 2001, originando dessas modificações o primeiro substitutivo, sendo que em 2003, através do seu segundo substitutivo, foi convertido no projeto de lei n. 1.184/2003 da Câmara dos Deputados.

O projeto de lei que mais evoluiu no processo de tramitação é o 1.184/2003, de autoria do então senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE). Ao projeto original, foram apresentados dois substitutos: o do senador Roberto Requião (PMDB/PR) e o do

¹² De autoria do Deputado Confúcio Moura e que também trata da reprodução humana, estando apensado ao projeto 1184/2003.

senador Tião Viana (PT/AC). As modificações propostas por estes dois substitutivos foram substanciais ao ponto de alterar o conteúdo da primeira versão.

Assim, por ser o projeto 1.184/2003 o que teve maior tramitação, bem como pelo fato dos outros projetos de leis estarem a ele apensados, suas disposições merecem destaque, sendo importante apresentar o tratamento jurídico dado por este projeto ao embrião e à utilização das técnicas de reprodução.

4.4.1 Projeto de lei 1184/2003

O projeto 1184/03, composto de 26 artigos, tem como princípio geral a regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

O projeto permite que casais em união estável ou unidos pelo casamento e mulheres solteiras sejam beneficiários das técnicas, desde que prestem seu consentimento de maneira livre e esclarecida. O projeto proíbe entretanto, a gestação de substituição¹³.

Essa vedação de utilização da gestação de substituição ofende o direito à procriação assegurado pela Constituição Federal, já que impede a livre constituição da família. Conforme Ana Carolina Brochado Teixeira:

Nesse sentido, a gestação de substituição é uma das formas para que as mulheres impossibilitadas de gerar concretizem a maternidade desejada. É avençado um pacto entre ela e a futura portadora do embrião, que deve ser revestido pela gratuidade. Caso contrário, haveria violação ao Princípio da Dignidade, que não pode ser tolerado. (TEIXEIRA, 2005, p.321).

Um possível conflito positivo de maternidade não pode ser óbice à realização de um projeto parental pautado pelo afeto e constitucionalmente assegurado através do exercício de livre planejamento familiar.

Urge solucionar a controvérsia surgida do conflito positivo de maternidade. Quem é a mãe? A verdadeira mãe é aquela que intencionou ter um filho e

¹³ Interessante destacar que na Espanha a atual lei 14/2006 (reprodução humana) também proíbe a gestação por substituição. Proibição que também existia na lei 35/1988, já revogada.

viu-se impossibilitada de concebê-lo em razão de problemas físicos, uma vez que a maternidade atravessa caminhos do afeto, e este, por sua vez, percorre as trilhas do desejo. (TEIXEIRA, 2005, p.321).

Assim, a proibição da gestação de substituição além de impedir o exercício do direito à procriação, ofende também o novo modelo de família inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já que “as relações parentais foram as que mais sofreram transformações em seu conteúdo, pois de uma vinculação formal e hierarquizada assumiu uma vertente mais afetiva, já que vivenciada em uma família democrática”. (TEIXEIRA, 2008, p.251).

Nesse sentido, é esclarecedor o apontamento de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Deve-se conferir plenitude ao direito de todo ser humano fundar uma família, isto é, um núcleo de afetividade constituído por pais e seus descendentes. Cabe ao Estado garantir este direito, uma vez que, conforme disposição do art. 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade. Como é sabido social e culturalmente, a forma mais comum de família é a composta pelos pais e seus descendentes. Ora, é inaceitável garantir a instituição, sem garantir suas formas de criação ou a geração de seus membros. (TEIXEIRA, 2005, p.311).

A importância concedida à pessoa através da nova ordem constitucional, no sentido de se permitir o livre desenvolvimento de seus projetos e relações parentais, como forma garantia da plenitude de sua dignidade, não pode ser impedido através da proibição da gestação de substituição, pois:

[...] independente de deter ou não patrimônio, a pessoa passou a ter relevância ímpar para a ordem jurídica, a partir do momento em que sua dignidade deve ser preservada e promovida. Importa a sua realização em sua ontologia, de modo que tenha sua personalidade exaltada. Em função da pessoa qualquer instituição merece ser sacrificada, uma vez que ela tem caráter meramente instrumental. Não mais tem vida própria. (TEIXEIRA, 2008, p.253).

No tocante aos embriões obtidos *in vitro* o projeto de lei 1184/2003 limita o número de sua criação. Melhor dizendo, o artigo treze dispõe que apenas dois embriões podem ser produzidos e transferidos para o útero da receptora, determinando ainda a obrigatoriedade de transferência a fresco de todos os embriões obtidos.

Sobre essa limitação, afirma Szaniawski:

Efetivamente, só resta em matéria de reprodução humana assistida um caminho! Evitar, limitar e proibir a concepção de embriões na escala em que vem sendo produzidos o que resulta em embriões excedentes. Nenhuma argumentação consegue justificar a não limitação da criação de embriões excedentes, que deve ser evitada ao máximo, a fim de se evitar o grande holocausto que se pratica em todo o mundo, com as eventuais crianças que estão para nascer! (Szaniawski, 2001, p.107).

Essa limitação¹⁴ de um lado, apresenta uma proteção ao embrião, uma vez que não serão produzidos embriões além dos necessários para a implantação, inexistindo daí a necessidade de congelamento e de nova regulamentação sobre os possíveis destinos dos embriões excedentes. De outro lado, essa mesma limitação cria um embaraço para o sucesso da técnica de reprodução assistida, pois na maioria das vezes são necessários mais de dois embriões para que a gravidez aconteça.

O projeto declara ainda que os embriões *in vitro*, antes de sua implantação no útero materno, não são dotados de personalidade civil. Opção curiosa e até certo ponto desnecessária, já que o mesmo projeto limita a criação de embriões e como consequência obriga a transferência a fresco para o útero materno. Portanto, é contraditório esclarecer que o embrião não possui personalidade civil, já que o mesmo não será congelado. A pesquisa e a experimentação com embriões são proibidas pelo mesmo projeto, permitindo-se apenas a experimentação com embriões transferidos para o útero e espontaneamente abortados, desde que tenha a autorização dos genitores.

Oportuna é a ponderação de Heloisa Helena Barboza, quando da análise do projeto de lei n. 90 e seus substitutivos:

De qualquer modo, como se vê dessas breves considerações sobre o Projeto n. 90, a matéria concernente às técnicas de reprodução assistida está a exigir disciplina própria, em razão dos múltiplos efeitos jurídicos que produz. Mesmo assim, certamente restarão lacunas a serem preenchidas e lapidações do intérprete deverão ser feitas, com o fito de se obter uma lei que previna e/ou resolva, dentro do máximo possível, o difícil problema gerado pela interferência do homem em um processo até então do domínio da natureza. (BARBOZA, 2004, p. 248).

¹⁴ Esse regime garantista de limitação do número de embriões produzidos em laboratório vigorou na Espanha de 2003 até 2006, quando por pressão da Comissão Nacional de Reprodução Assistida essa limitação deixou de existir, pois a mesma estava impedindo o sucesso do emprego das técnicas de reprodução assistida.

Do panorama legislativo acima apresentado identifica-se que o único tratamento normativo dispensando ao embrião *in vitro* acontece por meio do artigo 5º da nova lei de biossegurança. Entretanto, a referida norma apenas concede um destino para o embrião excedente das técnicas de reprodução humana assistida, deixando desabrigada a situação jurídica do embrião no Brasil. Faz-se necessária uma regulamentação anterior ao destino do embrião, o que somente virá a acontecer com a promulgação de uma lei sobre as técnicas de reprodução assistida, já que é a utilização de uma dessas técnicas, qual seja a fertilização *in vitro*, que permite em laboratório a criação desses embriões.

5 A ESPANHA E O TRATAMENTO JURÍDICO DO EMBRIÃO *IN VITRO*

“A primeira questão que terá de ser resolvida consiste em determinar qual é o significado que o embrião humano *in vitro* possui para a sociedade atual? Levando-se em conta que configura uma realidade nova derivada do desenvolvimento técnico. Qual deveria ser seu estatuto moral e jurídico?

Carlos Maria Romeo Casabona

É oportuno apresentar neste trabalho a experiência espanhola no que diz respeito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida e o tratamento legislativo destinado ao embrião *in vitro*, uma vez que a Espanha situa-se entre os primeiros países do mundo no plano legislativo em matéria de reprodução humana medicamente assistida. Desde 1988, este país enfrenta a questão e oferece, especificamente no tocante à condição jurídica do embrião, um conjunto normativo inovador, o que pretende analisar a seguir.

Assim, a Espanha nos últimos vinte anos vem regulamentando o uso das técnicas de reprodução humana assistida através de diversas leis. A primeira lei a tratar do assunto foi a Lei n. 35/88, legislação que foi parcialmente modificada em 2003 pela Lei n. 45/03, que por sua vez foi revogada no ano de 2006 pela Lei n.14/06, que atualmente regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida.

As técnicas de reprodução humana assistida são amplamente utilizadas na Espanha, diante dos inúmeros casos de infertilidade apresentados no país. Nesse sentido, a exposição de motivos da Lei n. 35/88 já atestava a existência de mais de 700.000 casais estéreis em idade fértil. Daí a necessidade de tratamento legislativo para a referida matéria.

As citadas leis além de regulamentarem o uso das técnicas, também dispõem sobre a situação jurídica do embrião decorrente da utilização das mesmas e não implantado no útero materno, ficando criopreservado nas clínicas de reprodução humana. Como será demonstrado, as leis buscam dar um destino a esses embriões, como por exemplo, doação para atender ao projeto parental de outros casais e permissão para utilização dos embriões em pesquisa e investigação científica, mediante o atendimento a certos requisitos.

Como no âmbito da comunidade europeia não existe uma norma geral sobre o exercício do direito ao planejamento familiar pelas pessoas e diante da carência de um consenso normativo, vale ressaltar a liberdade legislativa que cada país europeu tem para regulamentar a utilização dessas técnicas e suas consequências.

Especificamente no tocante à investigação científica com células de origem humana, e à experimentação com embriões não utilizados nas técnicas de reprodução medicamente assistida, ensina Casabona:

A respeito da União Européia, deve-se destacar que não possui uma competência legislativa direta para regular a investigação no âmbito comunitário, constituem uma função dos países membros. Conseqüentemente, a Diretriz n.98/79/CE, relativa aos instrumentos médicos, remete em relação com estes assuntos os dispositivos do Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina. (CASABONA, 2004 p.138).

Assim, no que diz respeito à ordem normativa sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e sobre o estatuto jurídico do embrião *in vitro* criopreservado, existe na Espanha além de uma ampla regulamentação através de leis nacionais, o respeito a certas normas internacionais. É importante destacar o convênio já mencionado pelo professor Casabona que é a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, também conhecida como Convenção de Oviedo, firmada no ano de 1997, vigente em muitos países europeus, tendo entrado vigor na Espanha no dia 1º de janeiro de 2000.

A Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina traz em seu artigo 18 um dispositivo sobre a pesquisa e a experimentação com embriões humanos. O referido artigo permite que os Estados autorizem a pesquisa com embriões, desde que a lei inclua alguma forma de proteção ao mesmo, não se permitindo a criação de embriões com finalidade exclusiva para pesquisas científicas.

É neste cenário legislativo que será apresentada a utilização das técnicas de reprodução humana assistida na Espanha, e como se dá a situação jurídica do embrião humano *in vitro*, não utilizado no respectivo procedimento e congelado nos centros de reprodução humana.

É importante destacar que em todas as leis pesquisadas existe uma distinção terminológica, como se fosse uma medida de proteção genérica quanto à utilização do termo embrião, ou seja, o termo pré-embrião é usado para designar o embrião *in vitro*, e o termo embrião quando o ente já se encontra abrigado no útero materno. Diante desta distinção, percebe-se que na Espanha, quando se fala em pré-embrião, as normas permitem uma atuação maior em relação ao embrião. Para a presente pesquisa, como já exposto no capítulo terceiro o termo embrião será utilizado para

designar o embrião *in vitro* ainda não implantado no útero materno, buscando demonstrar qual a proteção recebida pelo mesmo no ordenamento jurídico espanhol.

Da análise dessa legislação percebe-se também que o embrião recebe proteção, porém com intensidade inferior em relação ao nascituro e ao ser humano já nascido. Dessa maneira, as sanções previstas para as infrações contra a proteção do embrião são menos graves que as estabelecidas para os nascituros, assim como para as pessoas já nascidas.

5.1 A primeira lei espanhola sobre reprodução humana assistida: Lei n. 35 de 22 de Novembro de 1988

Em 22 de novembro de 1988 entrou em vigor na Espanha a Lei n.35/88, que dispunha sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e a situação dos embriões humanos oriundos das mesmas. Sendo considerada uma das legislações mais permissivas de sua época no âmbito europeu, a Lei n.35/88, em sua exposição de motivos, justificava a necessidade de permissão da utilização dessas técnicas em virtude dos inúmeros casos de infertilidade existentes na Espanha.

A exposição de motivos também apontava como marco histórico da reprodução assistida, o nascimento em 1978, na Inglaterra, de Louise Brow, considerada o primeiro bebê de proveta do mundo, acenava para os primeiros nascimentos advindos da utilização da fertilização *in vitro* ocorridos na Espanha no ano de 1984. Ressaltava também a importância da utilização das novas tecnologias médicas e científicas em prol da humanidade, mas com parcimônia favorecendo sempre a dignidade humana e respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos.

A lei espanhola n. 35/88 bem como as legislações subseqüentes, no tocante à reprodução humana assistida e investigação biomédica, podem ser consideradas verdadeiros microssistemas jurídicos, uma vez que tratam de matéria complexa, com força descodificadora e princípios próprios, contendo disposições civis, administrativas e penais.

É com esse intuito que o item II da exposição de motivos da Lei n. 35/88 justificava a necessidade de sua promulgação, para cobrir o vazio jurídico até então

existente no país, nos seguintes termos: “as novas técnicas de reprodução assistida tem sido geradoras de tais vazios, por suas repercussões jurídicas de índole administrativa, civil e penal”.¹⁵ (ESPANHA, 1988, tradução nossa).

Nesse contexto, o artigo 1º da Lei n. 35/88, ao determinar o objeto de sua regulamentação, estabelece que as técnicas de reprodução assistida têm como finalidade fundamental a atuação médica na esterilidade humana para facilitar a procriação quando outras práticas terapêuticas tenham sido descartadas, como inadequadas ou ineficazes. Dispõe que as técnicas também podem ser utilizadas para prevenção ou tratamento de enfermidades genéticas ou hereditárias.

A revogada lei permitia a utilização das técnicas por mulher solteira, mediante o consentimento da mesma que deveria ocorrer de forma livre, expressa, consciente e por escrito; e casada, com o consentimento expresso do marido. Entretanto, a lei vedava a utilização da maternidade sub-rogada, ou seja, da utilização do útero de substituição, declarando nulo através do artigo 10º qualquer contrato nesse sentido. Determinava ainda que a filiação dos nascidos mediante gestação de substituição era determinada pelo parto, com o nítido intuito de evitar a utilização da conduta proibida.

No que diz respeito à realização da fertilização *in vitro* (técnica de reprodução humana que dá origem aos embriões) o artigo 3º da lei proibia a fecundação de óvulos humanos com fins distintos da reprodução, ou seja, a criação de embriões humanos só poderia ser realizada com a finalidade reprodutiva, jamais para os fins de investigação científica ou experimentação. Já o artigo 4º não apresentava limites quanto ao número de embriões que poderiam ser produzidos e transferidos ao útero materno, deixando a cargo da ciência determinar o número adequado para assegurar uma gestação.

Sobre a experimentação e investigação científica com embriões, permitia-se a pesquisa apenas com embriões inviáveis ou mortos, ou seja, a lei somente permitia a investigação com embriões *in vitro* excedentários e criopreservados, quando inviáveis. Entretanto, apesar de a lei restringir a pesquisa aos embriões inviáveis, a mesma não exigia nenhum prazo de congelamento mínimo como requisito para a experimentação.

¹⁵ Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal.

De outro lado, em relação aos embriões viáveis excedentes de um projeto reprodutivo, a lei não permitia sua utilização em pesquisas, embora determinasse através do artigo 11.3 um prazo máximo de criopreservação. Assim, o artigo 11.3 da Lei n. 35/88 estabelecia um prazo máximo de cinco anos de congelamento, sendo que o vencimento desse prazo acabaria implicando na destruição do embrião por meio de seu descongelamento. Isso acontecia porque naquela época havia dúvidas sobre a viabilidade de desenvolvimento do embrião no útero materno após esse tempo em estado de criopreservação.

Apesar da existência do mencionado lapso temporal, conforme informa Sánchez (2008), muitos centros de reprodução assistida da Espanha se opuseram ao descongelamento, mesmo após o vencimento do prazo, o que deu lugar ao armazenamento de um grande número de embriões congelados sem um destino claro.

Nesse sentido, sobre essa possível viabilidade marcada através de um prazo, observou Trias:

Isso define as características da viabilidade, porque basta que o prazo determinado pela lei não se tenha esgotado para que o embrião seja considerado viável e, portanto, sobre ele não se poderá realizar nenhum tipo de experimentação, manipulação ou intervenção que não tenha por objeto o diagnóstico e o tratamento de enfermidades, como consequência da proteção da saúde do próprio embrião, incluída como dignidade humana. No momento do término dos prazos assinalados, isto é, os quatorze dias previstos no art. 15, 1, b da Lei 35/1988, contados a partir da fecundação, ou os cinco anos previstos no art. 11.3 da mesma lei, para a conservação de embriões congelados; o embrião deixa de ser considerado bem jurídico protegido constitucionalmente e passa a ser considerado coisa. Então, já pode ser objeto de experimentação porque a ausência de vida real ou provável extingue a razão de uma legislação protetora. (TRIAS, 2002, p.121)

Em relação às intervenções no embrião *in vitro*, a lei só admitia o diagnóstico genético com o objetivo de melhorar a viabilidade do próprio embrião, ou seja, com a finalidade de detectar doenças hereditárias, visando tratar a moléstia, evitar sua transmissão ou desaconselhar à implantação do embrião no útero materno. Todo esse processo só era possível mediante a obtenção do consentimento livre e esclarecido dos genitores.

Assim, naquela época na Espanha, a lei estabelecia um regime jurídico de proteção para o embrião *in vitro* que fosse viável durante um determinado tempo.

Como consequência dessa proteção o destino do embrião viável era a reprodução ou a criopreservação pelo prazo máximo de cinco anos. Conforme Sánchez:

Na verdade, a única alternativa de decisão para os pais a respeito de seus embriões sobranes viáveis era a utilização em seu próprio projeto reprodutivo, ou doá-los altruisticamente a outros pais que necessitam também com fins reprodutivos. (SÁNCHEZ, 2008, p.62, tradução nossa).¹⁶

É oportuno mencionar a posição do Tribunal Constitucional Espanhol quando chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade da Lei n. 35/88. A sentença número 116 de 17 de Junho de 1999, proferida pelo Tribunal ao julgar um recurso interposto pelo grupo parlamentar popular sobre a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei n. 35/88, determinou a constitucionalidade da mesma.

Nas palavras de Casabona, o entendimento é o de que: “de acordo com o Direito e o Tribunal Constitucional espanhol, a Constituição Espanhola outorga exclusivamente proteção ao embrião *in vitro* viável; isto significa que o embrião não-viável não goza de proteção constitucional”. (CASABONA, 2004, p.136).

Nesse sentido, o Tribunal ao declarar a constitucionalidade da lei deixa claro em um de seus fundamentos que os embriões *in vitro* não gozam de uma proteção equiparada a dos já implantados no útero materno, estabelecendo na prática uma diferenciação para o nível de proteção. Assim, protege o embrião como um bem jurídico, mas não como uma pessoa capaz de ser titular de direitos. Essa graduação no nível de proteção pode ser vista, de certa maneira, em todas as leis espanholas, especialmente quando da distinção terminológica por elas adotada: pré-embrião e embrião.

5.2 Lei n. 45/2003: modificação parcial da Lei n. 35/1988

Na Espanha, com o objetivo de dar um destino ao grande número de embriões excedentes congelados, bem como o de evitar a sobra de embriões resultantes da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, e o seu

¹⁶ De hecho, la única alternativa de decisión para las parejas respecto de sus embriones sobranes viables era la de utilizarlos para su propio proyecto reproductivo, o la de donarlos altruisticamente a otras parejas que lo necesitaram también com fines de reproducciónn.

conseqüente congelamento, foi promulgada a Lei n. 45 de 21 de Novembro de 2003, também conhecida com lei “Pastor da Reprodução”, que reformou parcialmente a Lei n. 35/88, em especial seus artigos 4º e 11. Conforme Atienza: “é certo que a reforma de 2003 partia do pressuposto que, ao limitar a três o número de oócitos fecundados a cada ciclo, se colocaria fim ao problema dos pré-embriões sobrantes”¹⁷. (ATIENZA, 2008, p.05, tradução nossa).

A justificativa da Lei n. 45/03 além de afirmar a necessidade de conceder um destino aos embriões excedentes congelados antes da sua vigência, também manifestou-se favorável as novas descobertas científicas, especialmente as que envolvem as células-tronco embrionárias que apresentam possibilidade de tratamento para doenças incuráveis.

Importante destacar que a exposição de motivos coloca a existência de embriões sobrantes como um problema grave e informa ainda que a reforma operada pela Lei n. 45/03 foi elaborada com base na Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina. Nesse sentido:

O objetivo da reforma contida nesta lei é o de resolver o problema grave e urgente da acumulação de pré-embriões humanos sobrantes, cujo destino não está determinado. Em sua elaboração se atendeu às exigências derivadas da Convenção de Oviedo para a proteção dos direitos humanos e a dignidade do ser humano, em respeito às aplicações da biologia e da medicina de 4 de abril de 1997. [...] (ESPANHA, 2003, tradução nossa)¹⁸.

A Lei n. 45/03 criou um regime de proteção maior para o embrião *in vitro* gerado após sua entrada em vigor, em relação à proteção estabelecida pela Lei n. 35/88 ao limitar o número de três oócitos que poderiam ser fecundados e transferidos para o útero de uma mulher, evitando com essa limitação a existência de embriões excedentes. Para Sánchez:

Dentro desta modificação legal se estabeleceu que, salvo em casos patológicos excepcionais, já não poderia gerar embriões sobrantes, para o que se fixou como regra geral um máximo de três fecundações de oócitos que poderiam ser transferidos para a mulher no mesmo ciclo. Só nos citados casos excepcionais, o prazo de conservação dos embriões que se

¹⁷ Es cierto que la reforma de 2003 partía del supuesto de que, al limitar a três el numero de ovócitos fecundados em cada ciclo, se pondría fin AL problema de los preembriones sobrantes.

¹⁸ El objetivo de la reforma contenida en esta ley es el de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, cuyo destino no está determinado. En su elaboración se han atendido las exigencias derivadas del Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de 4 de abril de 1997

congelaram poderia prolongar até a idade fértil da mulher. (SÁNCHEZ, 2008, p.66, tradução nossa)¹⁹

A Lei n. 45/03 ao alterar o artigo 4º da Lei n. 35/88 com a imposição de uma limitação para o número de embriões que poderiam ser fecundados, acabava evitando a gestação múltipla e a conseqüente prática da redução embrionária. Ainda nessa linha de proteção ao embrião *in vitro*, a lei de 2003 estabeleceu uma obrigação para as pessoas que fossem beneficiárias das técnicas de reprodução humana assistida, ao exigir a comprovação da inexistência de embriões congelados em outros centros de reprodução, impedindo a criação de novos embriões antes da utilização dos já congelados.

Quanto aos embriões congelados antes da entrada em vigor da Lei n. 45/03, a mesma apontava quatro destinos possíveis para aqueles: manutenção da criopreservação; doação com fim reprodutivo para atender ao projeto reprodutivo de outras pessoas; doação para experimentação científica ou o descongelamento, que implicaria necessariamente na destruição do embrião. Essas opções eram concedidas aos genitores ou à mulher solteira. Nesse sentido apontava a primeira disposição final da Lei n. 45/03:

Disposição final primeira. Destino dos pré-embriões criopreservados antes da entrada em vigor desta lei.

1. Os pais genitores, ou a mulher em seu caso, determinarão o destino dos pré-embriões supranumerários que tenham sido criopreservados antes da entrada em vigor desta lei, podendo eleger entre as seguintes opções: a manutenção da criopreservação até que sejam transferidos de acordo com o estabelecido no artigo 11 da lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida; a doação sem ânimo de lucro, com fins reprodutivos a outros pais que os solicitem, segundo o previsto nos artigos 5, 7, 8 e 9 da lei 35/1988; o consentimento para que as estruturas biológicas obtidas com o descongelamento possam ser utilizadas com fins de investigação, dentro dos limites previstos na presente disposição final. (ESPANHA, 2003, tradução nossa)²⁰

¹⁹ Dentro de esta modificación legal se estableció que en lo sucesivo, salvo em casos patológicos excepcionales, ya no podrían generarse embriones sobrantes, para lo que se fijó como regla general una limitación de um máximo de três fecundaciones de ovócitos que pudieran ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo. Solo em los citados casos excepcionales, el plazo de conservación de los embriones que se congelaram podia prolongarse hasta el final de la edad fértil de la mujer.

²⁰ Disposición final primera. Destino de los preembriones criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.

1. Las parejas progenitoras, o la mujer en su caso, determinarán el destino de los preembriones humanos supernumerarios que hayan sido criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, pudiendo elegir entre las siguientes opciones: el mantenimiento de la criopreservación hasta que le sean transferidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; la donación, sin ánimo de lucro, con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten, según lo previsto en los artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley 35/1988; el consentimiento para que las estructuras biológicas

Da vigência da Lei n. 45/03 constata-se a instauração na Espanha de um regime de proteção maior ao embrião *in vitro* do que ao estabelecido pela Lei n. 35/88, ao se proibir a existência de embriões excedentes quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, evitando com isso a necessidade de sua criopreservação. Entretanto, de maneira oposta constata-se também uma ausência de proteção para os embriões gerados e congelados antes da sua vigência, através da instalação dos possíveis destinos para os mesmos.

Esse regime garantista de proteção estabelecido para os embriões gerados na Espanha a partir de 23 de novembro de 2003, vigorou por um curto espaço de tempo, ou seja de novembro de 2003 até maio de 2006, quando entrou em vigor a nova lei sobre técnicas de reprodução assistida (Lei n. 14/06), que revogou integralmente as leis n. 35 e n. 45, estabelecendo um novo regime legal para os embriões gerados antes e depois de sua vigência, o que será demonstrado na seção seguinte.

5.3 A vigente lei sobre técnicas de reprodução humana assistida: Lei n. 14/2006

Em 26 de Maio de 2006, foi promulgada na Espanha a Lei n. 14/06, sobre técnicas de reprodução humana assistida, que revogou completamente as leis 35/88 e 45/03, sendo a legislação que atualmente disciplina a matéria. Essa nova lei surgiu da pressão realizada pela Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida no governo espanhol, em razão das dificuldades trazidas pela reforma de 2003, quanto à realização e à eficácia das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Como já explicitado, um dos objetivos da Lei n. 45/03 foi limitar o número de três oócitos que poderiam ser fecundados e posteriormente transferidos para o útero da mulher, alterando assim o artigo 4º da Lei n. 35/88. Esse objetivo de criar um regime de proteção para o embrião assim gerado acarretou, na prática médica, um obstáculo para o sucesso do emprego das técnicas de reprodução humana, uma vez

obtenidas en el momento de la descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación, dentro de los límites previstos en la presente disposición final.

que a criação de apenas três embriões por ciclo reprodutivo não permite a obtenção do resultado final, qual seja, a gravidez, em todos os casos de infertilidade humana

De acordo com o item I da Exposição de Motivos da Lei n. 14/06, uma questão que impulsionou sua promulgação foi a necessidade de correção rápida apontada como indispensável pela Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida do tratamento diferenciado sobre os embriões gerados antes e após a Lei n. 45/03, até então em vigor.

Já o item II da Exposição de Motivos reafirma mais uma vez o grande uso das tecnologias de reprodução humana assistida no país no sentido de combater a infertilidade das pessoas. Decorre daí a necessidade de uma legislação adequada a dinâmica da própria ciência, que não petrifique seus próprios preceitos normativos.

Com esse ideal, entra em vigor na Espanha a nova lei sobre reprodução humana assistida que não impõe limites ao número de oócitos que poderão ser fecundados por ciclo reprodutivo (criação do embrião), bem como elimina as diferenças estabelecidas pela Lei n. 45/03 em relação aos embriões sobrantes existentes antes da entrada em vigor da mesma e os que podem surgir mais tarde, em seus possíveis destinos, sempre condicionados ao consentimento dos genitores e a certos requisitos legais, que serão mais adiante apresentados.

A Lei n. 14/06 mantém por um lado a proibição constatada na Lei n. 35/88 sobre a utilização do útero de substituição e, permite por outro lado, que a mulher solteira, considerada capaz, independentemente de sua orientação sexual, seja beneficiária das técnicas de reprodução humana assistida, mediante a prestação de seu consentimento livre e esclarecido.

Quanto à gestação por substituição, apesar da Lei n. 14/06 determinar que a maternidade decorre do parto e que é nulo qualquer contrato nesse sentido, não existe no texto da mesma nenhuma sanção penal para seu descumprimento. Com base nesse raciocínio, Atienza (2008) informa que aparentemente a gestação de substituição vem acontecendo na Espanha apesar da proibição, de acordo com o autor:

Finalmente, a gestação por substituição ou maternidade sub-rogada não está exatamente proibida na nova lei (não estão previstas sanções para os envolvidos em tais práticas), mas um contrato com essa finalidade é nulo de pleno direito. (art. 10.1) e se estabelece que “a filiação dos filhos nascidos por gestação de substituição será determinada pelo parto” (art. 10.2). Nas últimas semanas os meios de comunicação divulgaram

amplamente a existência na internet de diversas empresas que facilitam mães de aluguel e aparentemente há certo número de casais espanhóis que têm recorrido a essa prática, que é legal por exemplo, em diversos Estados dos Estados Unidos²¹. (ATIENZA, 2008, p.06, tradução nossa).

No que diz respeito ao embrião *in vitro*, importante apresentar as possibilidades trazidas com a lei de 2006, de atuação através do diagnóstico genético pré-implantatório, como forma de decisão dos possíveis destinos dos embriões criopreservados. Segundo Sánchez:

O nível de proteção do embrião na lei de reprodução de 2006, vem das possibilidades de atuação sobre o embrião, através, por exemplo, do diagnóstico genético pré-implantatório (DGP), e dos destinos possíveis que podem decidir os genitores e os centros, com especial relevância das opções de investigação e de destruição ou descongelamento. (SÁNCHEZ, 2008, p. 68, tradução nossa).²²

A lei permite a utilização diagnóstico genético pré-implantatório com as seguintes finalidades: detecção de enfermidades hereditárias graves e detecção de outras alterações que possam comprometer a viabilidade do embrião. A realização do diagnóstico deverá ser comunicada à autoridade sanitária correspondente que por sua vez deverá informar à Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida.

A nova lei sobre reprodução humana assistida confere aos futuros pais ou à mulher solteira várias opções sobre o destino dos embriões excedentes da utilização das técnicas de reprodução:

A lei de 2006 confere aos pais (ou a mulher solteira) uma série de opções sobre os embriões sobrantes das técnicas de fecundação *in vitro*, que se encontram criopreservados nos bancos dos centros: sua utilização pela própria mulher ou seu cônjuge, a doação com fins reprodutivos, a doação com fins de investigação ou o fim de sua conservação sem outra utilização. (SÁNCHEZ, 2008, p.71, tradução nossa)²³

²¹ Finalmente, la gestación por substitución o maternidad “subrogada” no está exactamente prohibida em la nueva ley (no hay previstas sanciones para quienes participan en esse tipo de prácticas), sino que un contrato con esa finalidad se declara “nulo de pleno derecho” (art 10.1) y se establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (art. 10.2). En las últimas semanas, los medios de comunicación se hicieron amplio eco de la existencia em internet de diversas empresas que facilitan madres de alquiler y, al parecer, hay un cierto número de parejas españolas que han recurrido a esa práctica que es legal, por ejemplo, em diversos Estados de los Estados Unidos.

²² El nivel de protección del embrión em la ley de reproducción de 2006, se deriva de las posibilidades de actuación sobre el embrión a través, por ejemplo, del diagnóstico genético preimplantatorio (em adelante DGP), y de los destinos posibles que pueden decidir los progenitores o los centros, con especial relevancia de las opciones de investigación y de destrucción o descongelación.

²³ La ley de 2006 confiere a las parejas (o mujer sola) una serie de opciones sobre los embriones sobrantes de las técnicas de fecundación <in vitro> que se hallan criopreservados em los bancos de

Eduardo Corral García, professor da Universidade de Cádiz, acredita que os destinos previstos na Lei n. 14/06 para os embriões excedentes acarretam a coisificação dos mesmos:

Daí que, quando a Lei de Reprodução Assistida aborda os possíveis destinos dos embriões sobranes crioconservados, os três primeiros o consideram como uma coisa que se pode utilizar ou doar, e o quarto acaba com a polémica que durante anos tem presidido os debates acerca do que fazer com os embriões conservados e não utilizados, e que motivou a reforma de 2003: o fim de sua conservação sem outra utilização... o que não é outra coisa que permitir sua morte²⁴. (GARCÍA, 2009, p. 190, tradução nossa).

Nesse sentido, a lei de 2006 trabalha com a possibilidade de existência de embriões sobranes uma vez que aponta as opções de destino em relação aos mesmos. É importante antes de adentrar o estudo sobre o destino desses embriões, ressaltar que a Lei n. 14/2006 cria um interessante sistema de renovação e/ou alteração do consentimento dos genitores. Estes têm que se posicionar a cada dois anos em relação aos embriões criopreservados. Se não o fizerem por duas vezes consecutivas, os embriões ficam à disposição dos centros, respeitando sempre as exigências de confidencialidade, anonimato e gratuidade.

Quanto ao tempo de criopreservação dos embriões, a Lei n. 14/06 ao contrário da Lei n. 35/88 não fixa um prazo certo e determinado, pelo contrário, a fixação do prazo de criopreservação pela nova lei é incerto. De acordo com o artigo 11.3 os embriões sobranes da utilização das técnicas de reprodução assistida podem ser criopreservados nos bancos autorizados, até o momento em que a beneficiária alcance as condições clínicas indicadas para gestação, ou melhor, para a prática da técnica de reprodução assistida.

De volta aos vários destinos possíveis dos embriões, a lei determina que para as opções de uso dos mesmos pela própria mulher ou pelo casal em seu próprio projeto reprodutivo; de doação com fins reprodutivos para terceiros e de doação para fins de investigação científica, os genitores podem escolher entre estas três opções. Sem nenhum condicionante prévio ou requisito especial, não exigindo a lei

los centros: su utilización por a propia mujer o su cónyuge, la donación com fines reproductivos, la donación com fines de investigación y el cese de su conservación sin otra utilización.

²⁴ De ahí que, cuando la LRA 2006 aborda los posibles destinos de los embriones sobranes crioconservados, los tres primeros lo consideran como una cosa que se puede utilizar o donar, y el cuarto despacha la polémica que durante tantos años há presidido los debates acerca de qué hacer com los embriones conservados y no utilizados, y que motivo la reforma de 2003: el cese de su conservación sin otra utilización...lo cual no es otra cosaque permitir su muerte.

também a existência de nenhum prazo de congelamento mínimo. Ou seja, para os três possíveis destinos citados, basta o consentimento dos genitores pois a lei não indaga sobre a viabilidade ou não dos embriões, nem mesmo exige a existência de certo lapso temporal, como antes estabelecido pelas leis n. 35/88 e n. 45/03.

Já em relação à opção de descongelamento/destruição dos embriões (cessão da manutenção sem outra utilização) a lei exige o cumprimento de um certo prazo de tempo. Assim os genitores que optarem por esse destino deverão aguardar o prazo máximo de criopreservação estabelecido pela lei, que se estende do dia do congelamento até o momento em que a beneficiária se qualifica como adequada clinicamente para a prática da técnica de reprodução assistida (artigo 11.3).

A opção dos genitores em doar os embriões para fins de pesquisa e experimentação será demonstrada na seção adiante, uma vez que a investigação científica com embriões humanos além de ser regulamentada pela vigente lei de reprodução humana assistida é também regulamentada pela lei de investigação biomédica de 2007, que revogou a antiga Lei n. 42/88, que dispunha sobre a utilização de embriões e fetos humanos em pesquisa.

5.4 Lei n. 14 de 03 de Julho de 2007: lei de investigação biomédica

As novas possibilidades apresentadas com o emprego do conhecimento biomédico, levaram a Espanha à promulgar no dia 03 de julho a Lei n.14/07 de investigação biomédica, uma vez que, essa mesma investigação aliada às ciências da vida produz instrumentos chaves para melhorar a qualidade, o bem-estar e a expectativa de vida das pessoas.

A necessidade de uma ordem normativa que dê resposta aos novos rumos da ciência e que garanta ao mesmo tempo a proteção ao direito das pessoas é afirmada no item II do preâmbulo da Lei n.14/07.

Esta lei tem como objeto a regulamentação da investigação biomédica relacionada diretamente aos seres humanos, ou seja, investigações relacionadas à saúde humana que impliquem em procedimentos invasivos; à doação e à utilização de oócitos, espermatozóides, pré-embriões (embriões *in vitro*) embriões e fetos humanos (nascituros), e suas células, tecidos e órgãos com fins de investigação

biomédica; ao tratamento e ao armazenamento de mostras biológicas e aos biobancos²⁵.

Os princípios que deverão ser adotados para qualquer atividade de investigação que constam na Lei n.14/07 são: a proteção da dignidade e identidade do ser humano; prevalência da saúde da pessoa que participe de uma investigação biomédica sobre o interesse da sociedade científica; respeito aos direitos humanos e à privacidade dos dados pessoais e das mostras biológicas; respeito ao princípio da precaução; liberdade científica exercida por meio da autorização dos projetos de investigação pelo comitê de ética²⁶.

Neste ponto é interessante comparar a opção legislativa brasileira com a espanhola no que diz respeito à forma de regulamentação da pesquisa com embriões humanos: enquanto a Espanha promulgou uma lei contendo noventa artigos de ordem civil, administrativa e penal, com princípios específicos e tendo como objeto a investigação biomédica exclusivamente em seres humanos, embriões, fetos, suas células, tecidos ou órgãos; o Brasil, ao misturar soja transgênica com embriões humanos congelados, promulgou a Lei n. 11.105/05 tendo como objeto de regulamentação principal os organismos geneticamente modificados e a permissão para pesquisa científica com células-tronco humanas obtidas de embriões *in vitro*.

Para o presente estudo serão demonstrados apenas os requisitos previstos pela Lei n. 14/07 relacionados à utilização dos embriões sobranes das técnicas de reprodução humana assistida em pesquisas e experimentações, conforme a Lei n. 14/06, com o objetivo de investigar qual é atualmente o regime legal vigente na Espanha no tocante a esses embriões congelados.

O título IV da Lei n. 14/07 dispõe sobre a obtenção e o uso de células e tecidos de origem embrionária, sendo que o capítulo primeiro estabelece os requisitos sobre a doação dos embriões *in vitro* para sua utilização em pesquisa. Assim o primeiro requisito para a doação dos embriões pelos genitores é a gratuidade, não podendo a doação comportar qualquer caráter lucrativo ou comercial. Portanto, a doação implica em renúncia, por parte dos doadores, de

²⁵ Estas técnicas de investigação constam do artigo 1º - objeto e âmbito de aplicação -, disposições gerais da Lei n.14/07.

²⁶ Artigo 2º, Lei n. 14/07.

qualquer direito de natureza econômica sobre os resultados obtidos com as investigações.²⁷

Segundo o artigo 32 da Lei n. 14/07, a doação dos embriões deve acontecer em concordância com o disposto na Lei n. 14/06, sobre as técnicas de reprodução humana assistida. Nele, o consentimento dos genitores, que pode ser revogado a qualquer momento é requisito indispensável da doação. A experimentação deve contar com um projeto técnico devidamente aprovado e autorizado. Sobre esses requisitos, Sánchez diz que:

Para todos os casos de doação de oócitos, pré-embriões e embriões é necessário a outorga do consentimento expresso dos genitores para as investigações concretas que se vão realizar, e, entre outros requisitos, que se respeitem os princípios éticos gerais, que exista um projeto de investigação autorizado pela autoridade estatal ou autônoma competente, autorização prévia da Comissão de Garantias para a Doação e utilização de Células e Tecidos humanos. (SÁNCHEZ, 2008, p.79, tradução nossa)²⁸

Ainda em relação à investigação científica visando à obtenção de células-tronco embrionárias, é interessante destacar a disposição constante do artigo 33 da Lei n. 14/07 que permite a utilização de qualquer técnica para obtenção dessas células, inclusive a ativação de oócitos mediante transferência nuclear, desde que não comporte a criação de um embrião exclusivamente com esse fim, ou seja, que não se crie embrião apenas para obtenção de suas células-tronco. Entretanto, esse dispositivo, no entendimento de Sánchez (2008) parece conter algo contraditório, uma vez que, a atividade de ativação de oócitos cria na verdade uma realidade biológica, semelhante ao embrião *in vitro*.

Nesse sentido, apesar de a Lei n. 14/07 vedar expressamente em seu preâmbulo e através de seu artigo 33, a prática da clonagem terapêutica, que é a criação de embriões apenas com fins de experimentação²⁹, parece ao mesmo tempo

²⁷ Art.7º, disposições gerais da Lei n. 14/07

²⁸ Para todos los casos de donación de ovócitos, preembriones y embriones se precisa de otorgamiento de consentimiento expreso y por escrito de los progenitores a las investigaciones concretas que se vayan a realizar; y, además, entre otros requisitos, que se respeten los principios éticos generales en esta matéria, que exista un proyecto de investigación autorizado por la autoridad estatal o autonómica competente, prévio informe de la Comisión de Garantias para la Donación y Utilización de Células y Tecidos Humanos.

²⁹ Essa proibição consta também da Resolução 1358/1992 do CFM, que estabelece no item 5: É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana (Conselho Federal de Medicina, 1992).

camuflar a autorização dessa técnica conforme exposto no parágrafo anterior. Sobre a clonagem terapêutica, atesta Casabona:

Existe um grande interesse por parte de algumas equipes científicas em utilizar embriões humanos *in vitro* visando às promissoras possibilidades de novas formas de tratamento de algumas doenças a partir de células-mãe. Um exemplo seria a criação de embriões por meio de técnicas de clonagem (mediante a transferência do núcleo de uma célula somática de um indivíduo, isto é, não reprodutora, a um óvulo humano previamente anucleado). Desse modo, utilizar-se-ia uma técnica idêntica a uma das variáveis da clonagem reprodutiva (por exemplo, a que possibilitou o surgimento da ovelha Dolly). Essa forma de clonagem não reprodutiva vem sendo denominada de clonagem “terapêutica”, porque com essa investigação pretende-se extrair células-mãe desses embriões para conseguir linhas celulares para posterior transplante (CASABONA, 2007, p.41)

Ainda em relação a criação de embriões humanos com fins exclusivos de pesquisa, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, veda expressamente em seu artigo 18 a realização da clonagem terapêutica, nos seguintes termos:

Experimentações com embriões *in vitro*.

1. Quando a experimentação com embriões *in vitro* estiver admitida pela lei, esta deverá garantir uma proteção adequada ao embrião.
2. Proíbe-se a constituição de embriões humanos com fins de experimentação

Para Casabona (2004), esta Convenção é considerada o primeiro regulamento europeu sobre direitos humanos que pode ser afetada pelas ciências da vida. Vale lembrar que a Espanha é signatária desta Convenção.

O Código Penal espanhol também tipifica a conduta da clonagem terapêutica como proibida, embora apresente certa dificuldade hermenêutica sobre seu alcance. Segundo Casabona:

Por outro lado, desde 1995 constitui-se delito a fecundação de óvulos humanos com fins distintos da procriação humana (art. 161.1 do Código Penal). Sem perder a dificuldade que é determinar o âmbito exato desta proibição, nestes termos não parece, pois, legalmente admissível, pelo menos *de lege lata*. (CASABONA, 2004, p.136).

Do estudo do conjunto normativo formado pelas leis n. 14/06 e n. 14/07 constata-se o surgimento na Espanha de uma nova forma de proteção ao embrião *in vitro*, através da opção do legislador em priorizar os destinos reprodutivos e de investigação, vedando de maneira expressa a criação de embriões com finalidade distinta de reprodução. Todavia, apesar de priorizar esses nobres destinos, o

ordenamento jurídico espanhol garante acima de tudo aos genitores a decisão de escolher qual será o destino dado ao embrião, o que denota um poder de titularidade dos beneficiários das técnicas de reprodução humana sobre o mesmo.

6 O JULGAMENTO SOBRE A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES EM PESQUISA REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“Os temas que envolvem o microsistema do Biodireito são por demais polêmicos, não sendo desejável que o Direito regule todas as condutas de forma absoluta, pois isso exclui a construção de uma autonomia privada que, paradoxalmente, o Direito pretende construir. De mais a mais, discussões como as que envolvem o Biodireito devem ser levadas ao âmbito da sociedade civil, no intuito de auferirmos soluções legítimas.

Assim, o caso concreto deve ser resolvido à luz da principiologia, buscando-se a decisão correta para o caso. Não somos favoráveis a um catálogo fechado de regras, pois a atitude do Direito é construtiva. Os problemas deverão ser analisados nas suas particularidades, por meio da análise do discurso de todos os envolvidos. E o microsistema do Biodireito, com princípios e fundamentos próprios, é o que melhor subsidia respostas que envolvam aspectos biomédicos”.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves.

O presente capítulo tem por objetivo o estudo do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510) realizado pelo Supremo Tribunal Federal que declarou constitucional o artigo 5º da lei de biossegurança, ao permitir a utilização dos embriões sobrantes das técnicas de reprodução humana assistida em pesquisa e experimentação científica para obtenção de células-tronco embrionárias.

Para tanto, serão analisadas as decisões dos ministros que participaram do julgamento, ressalvando-se que até o momento o acórdão com todos os votos ainda não fora publicado, assim o presente estudo se restringirá à análise dos votos dos ministros divulgados à comunidade acadêmica até o momento de conclusão deste trabalho.

6.1 A ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do artigo 5º da lei de biossegurança

A Lei n.11.105/2005 (nova lei de biossegurança) que entrou em vigor no dia 24 de março de 2005 permitiu através de seu artigo 5º a pesquisa e experimentação com células-tronco embrionárias retiradas dos embriões sobrantes das técnicas de

fertilização *in vitro*, mediante o atendimento a certas condições e requisitos, conforme exposto no capítulo quarto deste trabalho.

Imediatamente após a entrada em vigor da lei de biossegurança, seu artigo 5º foi alvo da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo então Procurador Geral da República o Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Na ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510) proposta no dia 30 de maio de 2005 no Supremo Tribunal Federal, Cláudio Fonteles pede que o citado artigo seja declarado inconstitucional e sugere que o STF realize audiências públicas para ouvir especialistas da área médica no assunto.

A petição inicial composta de treze laudas apresenta a argumentação do procurador sob o fundamento de que o artigo 5º da lei de biossegurança viola o direito à vida e à dignidade humana, insculpidos na Constituição Federal através dos artigos 5º caput e artigo 1º, inciso III, respectivamente.

A tese central da petição inicial é a de que o embrião é possuidor do direito à vida e detentor da dignidade humana, uma vez que a vida humana acontece na e a partir da fecundação. Apresentou na petição apenas argumentos médicos, biológicos e genéticos favoráveis à confirmação de sua tese.

Além do argumento de que a vida humana começa com a fecundação, o procurador afirma que as pesquisas científicas com células-tronco adultas têm demonstrado avanços mais promissores do que as pesquisas com células-tronco embrionárias. Assim, fundamentou o Procurador:

Fica, pois, assente:

- **que a vida humana acontece na, e a partir da fecundação: o zigoto**, gerado pelo encontro dos 23 cromossomos masculinos com os 23 cromossomos femininos;
- **a partir da fecundação porque a vida humana é contínuo desenvolver-se;**
- **contínuo desenvolver-se** porque o **zigoto, constituído por uma única célula**, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é **totipotente**, vale dizer, **capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos**, que se diferenciam e se auto-renovam, **constituindo-se em ser humano único e irrepetível.**
- **a partir da fecundação, a mãe acolhe o zigoto, desde então propiciando o ambiente a seu desenvolvimento**, ambientação que tem sua **etapa final** na chegada ao útero. Todavia, não é o útero que engravida, mas a mulher por inteiro, no momento da fecundação.
- **a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias**, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, **do que não se tem registro com as segundas.** (FONTELES, 2005, p.10).

No que diz respeito à posição de vários especialistas da área médica favoráveis à confirmação da tese de que o embrião humano é vida humana, cumpre destacar alguns trechos da petição inicial:

O embrião é o ser humano na fase inicial da sua vida. [...]
 Não se trata, então, de um simples amontoado de células. O embrião é vida humana. [...]
 Para não se dizer que se trata de conceitos ultrapassados verifiquei que TODOS os textos de Embriologia Humana consultados (as últimas edições listadas na Referência Biográfica) **afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito humano é fertilização (sic) pelo espermatozóide.**[...] (FONTELES, 2005, p.03-05).

Sobre os inúmeros e únicos argumentos médicos utilizados pelo Procurador, é oportuno transcrever a opinião dos autores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves sobre o fenômeno denominado por eles de medicalização do Direito:

Como fundamentação para a inconstitucionalidade material, o Procurador-Geral da República desfia um rosário de autores especializados em Ginecologia, em Bioética, em Biologia Celular, em perícia em sexualidade humana e em cirurgia para, unidos em coro, dizerem que a vida humana acontece na, e a partir da fecundação e que, portanto, inadmissível seria o descarte de embriões. [...] O interessante é que se esqueceu o Procurador-Geral de dizer que, mesmo na Medicina Genética, no estudo da Embriologia e da Biologia, há vozes dissonantes, que trazem outras tantas teorias divergentes. (SÁ; NAVES, 2009, p. 153-154).

Da análise da petição inicial, "que têm fundo biológico e pouco de jurídico" (SÁ; NAVES, 2009, p.153) o que causa estranheza e até um certo desconforto é o então procurador geral da República fundamentar todos os termos de seu pedido em verdades biológicas e científicas para a busca de uma resposta jurídica perante o STF. Ora, se uma questão é levada para a decisão do Poder Judiciário, a resposta para a mesma será jurídica e não médica ou biológica.

Novamente frisamos que, embora entrelaçados, Direito e Medicina possuem maneiras próprias de solução de problemas. Se a questão é jurídica, obviamente que a decisão deve ser jurídica. (SÁ; NAVES, 2009, p. 153-154).

Sobre os fundamentos da petição inicial, afirma Luís Roberto Barroso:

O ponto de vista contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias é respeitável, como são as múltiplas visões de mundo em uma sociedade pluralista, e deve ser enfrentado com seriedade científica e filosófica. É o que

se pretende fazer no presente estudo, no qual se percorrerão os argumentos jurídicos e biológicos que infirmam a tese na qual se baseia a oposição ao desenvolvimento de tais pesquisas. Será demonstrado, também, que a disciplina da matéria pela legislação atacada caracteriza-se pela prudência e pela moderação e que, em lugar de violar a vida e a dignidade humana, o tratamento dado ao tema promove esses valores de maneira adequada. (BARROSO, 2007, p.19).

Ao final de sua fundamentação Cláudio Fontelles pede a realização de audiência pública para a oitiva de nove especialistas da área médica, no sentido de confirmar a tese de que a fecundação marca o início do desenvolvimento da vida humana.

É bem-vinda a realização da audiência, debate que concretiza a participação pública em um julgamento, entretanto, o pedido do Procurador também causa desconforto por prever apenas especialistas da área médica em sua realização.

Mais uma vez a tese de Sá e Naves (2009) é confirmada: a “medicalização do Direito” através da busca de verdades unicamente na Biologia, Genética e Medicina.

A utilização de células-tronco em pesquisas científicas é um tema que envolve a sociedade como um todo, as gerações presentes e as futuras e não apenas os profissionais da área da saúde, além disso, se a busca pela solução de um “certo problema” foi levado ao Judiciário a decisão deve ser jurídica, pois “o processo de aplicação do Direito deve se valer de argumentos jurídicos no enfrentamento de pretensões normativas levantadas em seu bojo [...]”. (CHAMON JUNIOR, 2008, p.255).

A interpretação deve ser jurídica pois traduz a versão do direito como integridade. Conforme Dworkin:

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais e especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar. Essas interpretações mais concretas são indubitavelmente jurídicas porque dominadas pelo princípio de integridade inclusiva na prestação jurisdicional. (DWORKIN, 1999, p. 488-489).

Apesar da necessidade de que a prestação jurisdicional ocorra fundamentada em argumentos jurídicos, no sentido da realização do direito como integridade, percebe-se durante o julgamento da ADI a busca de verdades médicas e biológicas pelos ministros no decorrer da exposição de seus votos, o que será demonstrado nas próximas seções.

Retomando o tema da audiência pública, como marco da democracia brasileira e pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal o ministro relator da ADI 3.510 Carlos Ayres Britto determinou a realização da audiência pública que contou com a participação de vinte e dois especialistas da área médica. De acordo com o relator:

Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda humanidade, **determinei a realização de audiência pública**, esse notável mecanismo de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei n. 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo tribunal Federal. Dando-se que no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação que nos cabe julgar. (BRITTO, 2008, p.4).

Do debate promovido pela audiência pública constatou-se a existência de posições divergentes sobre o início da vida humana, uma no sentido de permitir a utilização dos embriões excedentários em pesquisa e outra em sentido oposto, ao entender inadequada a utilização dos mesmos em experimentações científicas. Assim duas correntes de pensamento se manifestaram no Supremo Tribunal Federal com a audiência.

Uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, [...]. Argumentando sobremais que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde a um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. [...] Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. [...]

A outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. [...] Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o

lógico início da vida, mas nem tudo e por igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher. (BRITTO, 2008, p.5-8).

Sobre as duas correntes de pensamento o ministro relator da ADI pronunciou que essa dicotomia de visão apresentada através da audiência pública será examinada “à luz do Direito, especialmente à luz do Direito Constitucional Brasileiro.” (BRITTO, 2008, p. 9-10).

Sem dúvida a utilização do mecanismo da audiência pública constituiu um fato importante para a história da construção da democracia no país, entretanto, o debate seria mais enriquecedor se contasse com a participação de outros setores da sociedade, tais como: juristas, filósofos, antropólogos, o que lamentavelmente não aconteceu. Com isso mais uma página da história da democracia foi construída e como exposto no capítulo quarto, esse debate seria ainda mais democrático e proveitoso se tivesse partido do Poder Legislativo, quando da elaboração da lei de biossegurança.

Em sede de informações, o Presidente da República manifestou-se pela improcedência da ação; no mesmo sentido foi a manifestação do então Advogado Geral da União e também do Congresso Nacional, através da seguinte argumentação:

Com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente. (BRITTO, 2008, p. 03).

Entretanto, essa não foi a posição do chefe do Ministério Público Federal ao manifestar-se no processo na posição de *custos legis*, “concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais sob a alça de mira da presente ação direta.” (BRITTO, 2008, p. 03).

Com a autorização do relator da ADI, foi admitida nos termos do artigo 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99 a manifestação de algumas entidades na condição de “*amicus curiae*” (amigos da corte). Os amigos da corte são terceiros que têm sua manifestação autorizada no processo em face da representatividade que apresentam e em virtude da relevância da matéria discutida na ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, foram autorizadas a manifestarem-se na ação direta na qualidade de “*amicus curiae*” as seguintes entidades representativas: Conectas Direitos Humanos;

Centro de Direitos Humanos (CDH); Movimento em Prol da Vida (MOVITAE); Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero (ANIS); Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). A participação dessas entidades possibilita aos Tribunais Superiores decidir a causa com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões, conferindo caráter pluralista ao processo.

Foi de fato um julgamento inédito para a história da suprema corte brasileira, não apenas pela natureza da matéria examinada, mas pela forma de abordagem na condução do julgamento, que ao permitir a realização da primeira audiência pública e a manifestação de terceiros na qualidade de “*amicus curiae*” inscreveu o Tribunal como construtor de uma verdadeira democracia, afastando-o do modelo hermenêutico clássico que sugere que o controle de constitucionalidade das normas se faça com o simples contraste entre a norma impugnada e a norma constitucional.

Não foi apenas a audiência pública que demonstrou a complexidade do tema que exigiu um pronunciamento da corte brasileira, mas a própria divergência entre os onze ministros que participaram do julgamento. Essa dicotomia de opiniões será demonstrada a seguir através da apresentação das idéias centrais dos votos de cada ministro divulgados na íntegra à comunidade acadêmica até o momento.

6.2 O início do julgamento: a posição do ministro Carlos Ayres de Britto e da ministra Ellen Gracie

Carlos Ayres de Britto, relator da ADI 3.510 foi o primeiro ministro a manifestar-se sobre a mesma, na sessão de julgamento realizada no STF no dia 05 de março de 2008. Logo após também se pronunciou a ministra Ellen Gracie, quando o ministro Carlos Alberto Menezes Direito ao pedir vistas dos autos ocasionou a suspensão do julgamento.

A técnica hermenêutica utilizada pelo relator para analisar a matéria da ADI pode ser demonstrada pelo seguinte raciocínio de interpretação: investigar não o momento em que a vida começa, fato que não encontra resposta na Constituição Federal, mas sim a partir de que momento a vida passa a ser protegida pelo direito, declarando ao final de seu voto a constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança. Esse norte hermenêutico também adotado pela ministra Ellen Gracie

vem confirmar a tese dos autores Sá e Naves, no sentido de que o direito, para decidir um caso concreto, não deve buscar unicamente verdades na biologia e medicina.

O relator ao analisar o artigo 5º³⁰ da lei de biossegurança chega à conclusão de que a realização de pesquisa e experimentação com embriões *in vitro* somente acontecerá após o atendimento às explícitas e cumulativas condições previstas no dispositivo legal citado na íntegra abaixo.

a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, por óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria prima da reprodução humana. [...]. c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data de publicação da lei, [...] marco temporal em que se dá por finda – interpreto – quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material [...], quer a obrigação do respectivo armazenamento pela clínicas [...], quer, enfim a certeza da íntegra permanência das qualidades biológicas-reprodutivas, dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador. [...]

O obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. [...]. Por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, [...] (BRITTO, 2008, p.16-18).

A importância de se permitir os avanços das ciências da vida (liberdade de investigação científica, assegurada pela Constituição) na busca da cura de inúmeras doenças (direito à saúde também garantido constitucionalmente) por meio das promissoras pesquisas com células-tronco retiradas dos embriões *in vitro* é também um dos argumentos utilizados pelo relator, no sentido de confirmar a constitucionalidade do artigo 5º atacado pela ADI.

Dando continuidade ao seu voto e adentrando ao tema da personalidade jurídica o ministro adota a teoria natalista, tomando por base a interpretação do artigo 2º do Código Civil, de onde é necessário o nascimento com vida para aquisição da personalidade jurídica (fenômeno esse que não possui o embrião). O relator parte da concepção de “indivíduo³¹ biograficamente qualificado” para designar a pessoa humana nascida e distanciá-la do embrião *in vitro*. O termo biográfico vai

³⁰ Para o relator o artigo 5º é um bloco normativo que parte do pressuposto da dignidade de toda forma de vida humana, ainda que existente fora do corpo de uma mulher.

³¹ O ministro adota a concepção de sujeito de direito como centro de imputação jurídica, o que coincide mais uma vez com a tese adotada por Sá e Naves (2009) ao fazer a distinção entre nascituro (referencial de imputação) e embrião *in vitro*, conforme exposto no capítulo terceiro desta pesquisa. Recebendo o embrião do relator da ADI a denominação de “heterodoxa realidade”.

além da realidade meramente biológica do ser vivo. Nesta acepção, o sujeito biograficamente falando, é aquele capaz de adquirir direitos, assumir obrigações. De acordo com o ministro:

Sujeito que não precisa mais do que sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres” propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição. (BRITTO, 2008, p. 23).

Para Carlos Ayres Britto a pessoa nascida não é igual ao embrião *in vitro*, porque este não é capaz de adquirir direitos e contrair deveres, uma vez que não possui o atributo da personalidade numa dimensão biográfica. A vida humana contida no texto constitucional é aquela “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.” (BRITTO, 2008, p. 24).

Na tese do relator é essa vida que a Constituição protege, pois aquela não dispõe quando a vida humana começa, não mencionando também nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Sobre a técnica hermenêutica utilizada, mais uma vez o relator, afirma que:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio (sic) da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição dotada de compostura física e natural.** [...]

E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é **de um silêncio de morte** permito-me o trocadilho, a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (BRITTO, 2008, p. 24).

Sobre o início da vida humana o relator não nega que a mesma comece com a fecundação, entretanto é categórico em fazer a distinção entre o embrião *in vitro*, o feto e a pessoa humana.

Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece como condenado à aporia ou indecidibilidade), **mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro.** (BRITTO, 2008, p. 36).

Em outro ponto das setenta e duas laudas de seu voto onde aborda a questão do planejamento familiar, o ministro indaga se há base constitucional para utilização das técnicas de reprodução humana assistida como forma de garantir e atender o direito à procriação de um casal adulto infértil, resposta que apresenta como afirmativa.

Ainda ao discorrer sobre a questão do planejamento familiar o ministro formula uma segunda pergunta que guarda relação direta com a primeira: ao fazer uso das técnicas de reprodução assistida, fica o casal obrigado a utilizar em seu próprio projeto reprodutivo todos os embriões fecundados? “Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10?” (BRITTO, 2008, p.48).

Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos [...]. (BRITTO, 2008, p.49).

Após a demonstração da autonomia privada do casal em relação ao planejamento familiar, o relator chega a outra síntese para buscar fundamentar sua posição: a lei de transplantes de órgãos e tecidos e a morte cerebral em comparação ao embrião *in vitro*.

Se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art.5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, **então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada.** (BRITTO, 2008, p.66).

São esses os argumentos utilizados pelo ministro relator Carlos Ayres Britto³² para julgar improcedente o pedido constante da ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do artigo 5º da lei de biossegurança.

³² Após julgar improcedente a ação, ao final de seu voto o ministro formula um pedido de desculpas, nos seguintes termos: “Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.” (BRITTO, 2008, p.72).

A ministra Ellen Gracie também votou pela declaração de constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, ao entender que a lei de biossegurança confere minuciosa proteção ao embrião, participando da mesma postura, do relator que entende que a questão central da ADI deve ser investigar não quando a vida começa, mas sim a partir de que momento recebe proteção do direito, especificamente da Constituição Federal.

O alerta feito pela ministra chama a atenção nas primeiras frases de seu voto sobre a expectativa gerada com o julgamento da ADI e a função do Supremo Tribunal Federal: fazer o controle das normas à luz da Constituição e não oferecer respostas que não estejam previstas pela mesma, ou seja, verificar a harmonia do artigo 5º com o texto constitucional. Assim se pronunciou a ministra:

É indiscutível o fato de que a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, pela delicadeza do tema nela trazido, gerou, como há muito não se via, um leque *sui generis* de expectativas quanto à provável atuação deste Supremo Tribunal Federal no caso ora posto. [...] Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo o constituinte originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988. (GRACIE, 2008, p. 02).

A existência de embriões sobranes congelados é uma realidade que decorre da utilização de uma das técnicas de reprodução humana assistida (situação ainda não regulamentada por lei no Brasil), que busca atender ao desejo de ter um filho por uma pessoa infértil. Essa prática que acaba por gerar embriões excedentários, foi difundida décadas antes da entrada em vigor do artigo 5º e deixada de lado pelo então Procurador Geral da República quando da propositura da presente ação. Ou seja, o artigo 5º ao dar um destino a esses embriões sobranes veio apenas dar uma resposta sobre o destino desses milhões de embriões já há muito tempo congelados nas clínicas de reprodução. Ellen Gracie afirma que:

Não há como negar que o legislador brasileiro, representante da vontade popular, deu resposta a uma inquietante realidade que não mereceu maiores considerações na peça inicial da presente ação direta. A fertilização *in vitro*, como técnica de reprodução humana assistida, tem ajudado, desde o nascimento da britânica Louise Borwn, há quase trinta anos, a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos pelo método natural. Porém a utilização

desse procedimento gera, inevitavelmente, o surgimento de embriões excedentes, muito deles inviáveis, que são descartados ou congelados por tempo indefinido, sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados em algum órgão uterino e prossigam na formação de uma pessoa humana. Penso que o debate sobre a utilização dos embriões humanos nas pesquisas com células-tronco deveria estar necessariamente precedido sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade. (GRACIE, 2008, p. 03-04).

Esse “esquecimento” do Procurador Geral da República também foi alvo de críticas por parte dos autores Sá e Naves:

É curiosa a “opção” legislativa, e – porque não dizer – do Ministério Público! Ora, se a Lei de Biossegurança permite a pesquisa em embriões humanos congelados, a conclusão é óbvia: ela permite que na reprodução assistida, haja embriões excedentes ou sobrantes. Assim, o Procurador-Geral da República preocupou-se com a experimentação médica de células-tronco embrionárias, mas não se ocupou de uma prática muito mais antiga e difundida, que também leva milhares de embriões à morte: a fertilização *in vitro*. (SÁ; NAVES; 2009, p.156).

A ministra Ellen Gracie entende que o artigo 5º oferece um conjunto de restrições que objetivam a proteção do embrião *in vitro*, proteção essa que pode ser vislumbrada da seguinte forma: uso das células embrionárias apenas em pesquisa; proibição de fertilização de óvulos humanos com o objetivo de pesquisas; somente os embriões obtidos por meio da fertilização *in vitro* e não utilizados pelos genitores podem ser objeto de pesquisa; os embriões de uso permitido são aqueles inviáveis ou com três anos de congelamento, tempo razoável para decisão de implantação no útero materno pelos genitores; expresso consentimento dos genitores para utilização dos embriões em pesquisa; aprovação do projeto de pesquisa pelo comitê de ética responsável e proibição de comercialização do embrião humano. Diante dessas condições, observou a ministra:

Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte. (GRACIE, 2008, p. 08-09).

Apoiada nesses argumentos, a ministra Ellen Gracie através do voto de nove laudas julga improcedente o pedido formulado na ADI, pois, “o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de

reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos”. (GRACIE, 2008, p. 09).

Após a leitura dos votos do ministro Carlos Ayres Britto e da ministra Ellen Gracie, o próximo ministro a votar seria Carlos Alberto Menezes Direito que antes de apresentar sua posição pediu vistas dos autos, o que ocasionou a suspensão do julgamento até o dia 28 de maio de 2009, data em que o julgamento foi retomado com a decisão dos demais ministros o que será demonstrado na seção seguinte.

6.3 A continuação do julgamento da ADI e a posição dos demais ministros

O julgamento da ADI 3.510 fora retomado pelo Supremo Tribunal Federal no dia 28 de maio de 2008 com a leitura do voto do ministro Carlos Alberto Menezes Direito. O ministro votou pela improcedência do pedido, declarando constitucional o artigo 5º, desde que tenha uma interpretação conforme à Constituição. Para o ministro, o embrião é desde a fecundação um indivíduo, um representante da espécie humana.

Entretanto, até o momento de conclusão desta pesquisa, a íntegra do voto do ministro Carlos Alberto Menezes Direito não fora divulgado à comunidade acadêmica. Permanece também sem divulgação os votos dos ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, que votaram pela improcedência do pedido, declarando o artigo 5º constitucional. Assim, conforme exposto no início deste capítulo, o presente estudo se aterá à análise dos votos divulgados à comunidade acadêmica até o momento.

O ministro Ricardo Lewandowski adota como técnica hermenêutica a concepção da vida como um bem coletivo e o princípio da dignidade humana como uma metanorma, ou seja, um postulado normativo, de onde emanam os demais direitos. Antes disso, o ministro faz uma análise da Declaração de Bioética da UNESCO de 2005; aborda diversas correntes doutrinárias sobre o início da vida e aponta a proteção recebida pelo embrião em diversos países, fazendo ao final uma comparação com a ordem normativa brasileira.

Nas primeiras páginas do seu voto, Lewandowski menciona os avanços das ciências biomédicas, em especial a utilização de células-tronco embrionárias em

pesquisa, designando-as de “supercélulas”, e que essas pesquisas ensejam profundas interrogações sobre o início e o fim da vida o que envolve a própria existência coletiva:

Segundo sugerem alguns pesquisadores, as células-tronco embrionárias não sofreriam as limitações das células-tronco somáticas, retiradas de um organismo já formado, as quais somente poderiam reproduzir determinados tipos de tecidos, enquanto aquelas, ao revés, teriam o potencial de formar toda e qualquer célula humana, em razão do que são chamadas de “pluripotentes”. [...] Sem embargo das auspiciosas promessas reveladas pelas pesquisas com células-tronco embrionárias, elas têm sido objeto de acirradas controvérsias, quer porque a obtenção desse material genético exige a destruição de um organismo vivo, decorrente da fertilização de gametas humanos-mesmo, segundo alguns, esse conjunto primordial de células não constitua uma pessoa no sentido moral ou jurídico da palavra-, quer porque podem levar, se livres de qualquer controle, a resultados desconhecidos, colocando em risco a própria existência da espécie humana tal como hoje a conhecemos. (LEWANDOWSKI, 2008, p.04-06).

Sobre as interrogações suscitadas pelas pesquisas genéticas, afirma o ministro:

Não é preciso fazer um grande esforço intelectual, nem mergulhar profundamente no passado, para listar os malefícios que decorreram do uso indevido ou equivocado da ciência e do instrumental técnico por ela desenvolvido. Basta lembrar as atrocidades cometidas das duas Guerras Mundiais, o efeito estufa motivado pela queima de combustíveis fósseis, a contaminação dos solos, dos rios e dos oceanos fruto da industrialização desenfreada, o buraco na camada de ozônio, que circunda a Terra, provocado pelo uso descontrolado dos clorofluorcarbonetos (CFCs), empregados em equipamentos de refrigeração, o acidente ocorrido na usina nuclear de Chernobyl, no norte da Ucrânia, resultante do emprego descuidado da energia atômica, as deformidades causadas em crianças cujas mães tomaram o analgésico e antiinflamatório Talidomida etc. (LEWANDOWSKI, 2008, p.08).

Esses avanços científicos permitiram o surgimento dos direitos de quarta geração, decorrência da carência do ser humano em face dos avanços da tecnologia e bioengenharia. A preocupação com as descobertas da ciência e sua manipulação chegou também ao plano internacional, através da necessidade de “estabelecer balizas éticas e jurídicas, de âmbito universal, quanto aos seus fins, resultados e procedimentos”. (LEWANDOWSKI, 2008, p.13).

No plano internacional o ministro apresenta a Declaração da UNESCO de 2005 sobre Bioética e Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e sem prejuízo da liberdade de pesquisa está obrigado a cumprir suas disposições no campo normativo interno:

O Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura é signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional.

Em outras palavras, a produção legislativa, a atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso País devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional, sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1988. (LEWANDOWSKI, 2008, p. 17).

Após essas reflexões iniciais, o ministro Ricardo Lewandowski passa a adentrar o cerne de sua metodologia hermenêutica no que diz respeito aos preceitos constitucionais arguidos de violação pelo artigo 5º da lei de biossegurança: vida e dignidade do embrião *in vitro*.

Em relação ao início da vida humana, o ministro apresenta inúmeras posições filosóficas, religiosas e científicas, que confirmam mais uma vez a falta de consenso entre as várias correntes doutrinárias sobre quando começa a vida humana, chegando à seguinte conclusão:

Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado – e nem vocacionado – para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor preparadas.

No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Dentre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de Novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio **não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter supralegal ou**, até mesmo como norma dotada de **dignidade constitucional**, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte. (LEWANDOWSKI, 2008, p. 17-20).

A discussão travada nos autos não deve se limitar a saber se os embriões são ou não possuidores de vida antes de sua implantação no útero materno, mas sim, no direito à vida como um bem coletivo. Ou seja, o STF deve debater o tema da constitucionalidade ou não das pesquisas com embriões *in vitro* partindo da concepção de vida como bem pertencente à humanidade como um todo.

Assim, cumpre partir do pressuposto de que o **direito à vida** – bem essencial da pessoa humana, sem o qual sequer é possível cogitar de outros direitos – **não pode ser encarado, sob uma perspectiva meramente individual**, devendo, ao revés, ser pensado como um **direito**

comum a todos os seres humanos, que encontra desdobramento, inclusive e especialmente, no plano da saúde pública. De fato, analisar essa magna questão tão somente sob a perspectiva de um eventual direito à vida dos zigotos produzidos in vitro, considerados de per si, pode levar, data vênica, a posições maniqueístas, contra ou a favor da vida, contra ou a favor das pesquisas científicas, desviando a discussão de seu ponto principal, que segundo penso, deve centrar-se na extensão em que se permitirá a manipulação – ainda que revestida das melhores intenções – do patrimônio genético dos seres humanos, tema, a meu ver, de transcendental importância (LEWANDOWSKI, 2008, p. 17-20).

A teoria assumida pelo ministro de que o direito à vida é um bem coletivo, merece ser revisitada, ou melhor, deve ser pensada apenas sob o enfoque jurídico, deixando de lado qualquer influência valorativa ou argumento de autoridade, uma vez que ser humano não pode ter o exercício de um direito subordinado à vontade coletiva. Acerca do tema é de suma importância a lição de Sá e Naves:

Como pode ser visto, a premissa da qual partiu a tese empossada pelo Ministro Lewandowski na defesa do *direito* à vida é, preponderantemente política, o que deve ser repensado, pois a tutela da vida biológica se difere da vida juridicamente tutelada. A vida resguardada no artigo 5º, *caput* da Constituição da República do Brasil, é um direito na medida em que é encarada como uma esfera de liberdade individual que permite com que a pessoa possa dela usufruir e assumir a sua existência enquanto ser irrepetível. Tratar a vida como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade, é encará-la, sob um enfoque político, que pode revelar um dever, isto é, uma esfera de não liberdade imposta ao indivíduo por meio da obrigação de viver. (SÁ; NAVES, 2009, p. 161-162).

A interpretação judicial de um caso deve ser construtiva, afastada dos valores pessoais do julgador e voltada para os destinatários do julgamento, assumindo o direito como um conjunto de princípios. Essa é a teoria criada por Dworkin na busca da integridade no direito. Assim, o intérprete deve analisar o caso sob julgamento com base nas decisões tomadas no passado, com a finalidade de escrever uma nova página da história do direito, coerente com esse mesmo passado. Assumir o direito à vida como um bem coletivo, é encarar o direito a partir de argumentos de autoridade, como se o direito se resumisse a um catálogo fechado de regras. Entretanto, segundo Dworkin, “a atitude do direito é construtiva: sua finalidade no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.” (DWORKIN, 1999, p.492).

Outro argumento utilizado por Lewandowski em seu raciocínio argumentativo foi a assunção do princípio da dignidade humana como um postulado, “que constitui

o núcleo axiológico de todas as declarações e tratados de proteção dos direitos fundamentais vigentes no plano internacional”. (Lewandowski, 2008, p. 27). Para o ministro a dignidade é um valor que diz respeito a toda coletividade, constitui o cerne dos direitos fundamentais, é um dos pilares da República Federativa do Brasil. “A **dignidade da pessoa humana**, nesse sentido, **corresponde a uma baliza axiológica**, que deve reger as relações entre governantes e governados”. (Lewandowski, 2008, p. 28). A dignidade é ostentada como um valor pertencente a maior hierarquia no ordenamento jurídico, é o “valor-fonte” do qual emanam os demais valores.

Nesse contexto, Lewandowski assume a dignidade da pessoa humana como:

Um **postulado normativo**, ou seja, **uma metanorma**, que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado, aqui, como já assinalado, não apenas sob a ótica individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo. (Lewandowski, 2008, p. 31).

Essa concepção do princípio da dignidade humana como um postulado, traz consigo o emprego de argumentos valorativos. Não deve existir hierarquia entre os princípios constitucionais, conforme atesta Sá e Naves:

Uma vez mais argumentos valorativos são empossados por Lewandowski na defesa da dignidade como postulado. Tratar a dignidade humana como *metanorma* é colocá-la sobre um patamar hierárquico normativo que na ordem constitucional não deve subsistir. A dignidade humana é um princípio constitucional que concorre com os demais princípios componentes do sistema constitucional, de modo a ser com eles compatíveis. (SÁ; NAVES, 2009, p. 161-162).

O direito não pode ser concebido como um sistema convencionado de regras, com espaço para a existência de um princípio que deve ser considerado como uma “metanorma” ou um “super princípio”. Pelo contrário, a integridade do direito é alcançada através da concepção do direito com um conjunto de princípios, coerentes entre si. Conforme Dworkin:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 1999, p.291).

Aceitar o direito como integridade é assumir em um julgamento a busca pela melhor decisão possível para o caso. E na busca dessa melhor decisão, as convicções políticas e pessoais do magistrado deverão ser restringidas:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. [...] Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer - se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas convicções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas convicções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável -, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre a adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio. (DWORKIN, 1999, p. 305-306).

Retomando aos demais termos do voto de Lewandowski, especialmente no que concerne ao plano normativo internacional, o ministro aborda a questão da pesquisa de células-tronco com menção à França (distinção entre pessoas e coisas), Alemanha (importação de embriões para pesquisa), Países Baixos (o embrião é considerado digno de proteção), Estados Unidos da América (limitação do período de existência até o qual se faz pesquisas com os embriões) e Espanha (proibição de criação de embriões com fins exclusivos de pesquisa).

Após a análise da legislação desses países o ministro chega à conclusão de que a Lei n. 11.105/05 é deficiente, nos seguintes termos:

O *caput* do art. 5º da Lei de Biossegurança, impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade, considerada a técnica deficiente com que foi redigido, a rigor, **não veda a geração de embriões humanos exclusivamente para pesquisa. Também, não impõe nenhum limite numérico à sua produção, nem estabelece qualquer restrição temporal à manipulação destes.** (Lewandowski, 2008, p. 36).

Penso, portanto, que, à luz da legislação comparada e, em especial, da Resolução do CFM sobre a reprodução assistida, que o art. 5º, *caput*, da lei de Biossegurança precisa ser harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, compreendidos na acepção que lhes conferi acima. (Lewandowski, 2008, p. 42).

Visando adequar o artigo 5º à sua concepção de vida e de dignidade humana, Lewandowski formula um conceito sobre o que deve significar a inviabilidade de um embrião, e entende que o consentimento dos genitores para a utilização dos embriões em pesquisa deve ser prévio, informado e obtido de maneira expressa.

Nesse ideal observa ainda a necessidade de um órgão nacional superior aos comitês de ética e pesquisa que deverão à ele ser subordinados. Estabelece também critérios para o uso de embriões criopreservados, onde apenas aqueles que não tiverem potencialidade de vida (inviáveis) podem ser objeto de pesquisa e experimentação, uma vez que o ministro considera o prazo de três anos do inciso II do artigo 5º infundado e destituído de justificativa razoável, obrigando os genitores a “arcar com o ônus não só moral e jurídico, mas também econômico, quando for o caso, de preservá-los, até que se revelem inviáveis para a implantação *in anima nobile*”. (Lewandowski, 2008, p. 50).

Dessa forma, a vida como um bem coletivo e a dignidade humana como uma metanorma são os argumentos chaves utilizados pelo ministro Ricardo Lewandowski para posicionar-se pela procedência parcial do pedido constante na ADI 3.510, dando ao artigo 5º da lei de biossegurança interpretação conforme à Constituição. O efeito aditivo que leva à alteração do texto da lei é no voto do ministro um elemento de fácil identificação:

Em face de todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra:

- I) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;
- II) inc. I do art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;
- III) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido;
- IV) § 1º do art 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado;
- V) § 2º do art 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005. (Lewandowski, 2008, p. 55-56).

6.3.1 Ministro Eros Grau

O ministro Eros Grau antes de adentrar aos termos de seu voto, faz uma ponderação sobre a importância do pedido de vistas formulado pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Esse tempo, segundo o ministro, serviu para refletir melhor sobre os argumentos utilizados no julgamento da ADI, pois “o tempo é elemento indispensável da prudência.” (GRAU, 2008, p. 01). Para o ministro o debate instalado em torno da constitucionalidade da Lei n. 11.105/05, não opõe ciência e religião, porém religião e religião, ao fazer uma crítica na fé da verdade científica, como algo fanático e sobre o interesse de mercado que se encontra por detrás das descobertas científicas:

Alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos. Portam-se, alguns deles, com arrogância que nega a própria Ciência, como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fossemos parvos. [...] É necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso. [...] Quais interesses aí se manifestam, na escala que vai das patentes até o biopoder? [...] Não nos iludamos: levantado o véu, o que há sob ele---não obstante, é verdade, as melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento----é o mercado. (GRAU, 2008, p. 02-03).

Convicções particulares do julgador, argumentos políticos e valorativos, escondidos sob o manto de um julgamento jurídico, podem ser vislumbrados nas palavras do ministro Eros Grau, o que mais uma vez não coaduna com a teoria de Dworkin, anteriormente exposta. Conforme o ministro:

Decidiremos sob sentimentos herdados da nossa história pessoal, sentimentos éticos e, mais ainda, em cada um de modo diverso, de ordem religiosa (para afirmar ou negar). Porém a fundamentação da decisão contemplada em cada voto será literalmente jurídica. (GRAU, 2008, p.03).

O cerne da interpretação do ministro Eros Grau no julgamento da ADI 3.510 dá-se através da distinção entre nascituro e embrião *in vitro*, partindo do pressuposto de que o embrião ainda não implantado no útero materno não possui vida. Ancorado em Teixeira de Freitas, o ministro aponta os inúmeros direitos já resguardados ao nascituro pela legislação civil, para ao final concluir que se o nascituro tem direitos assegurados é, o mesmo, pessoa. Conforme Eros Grau:

Os nascituros podem receber doações [art. 542 do Código Civil], figurar em disposições testamentárias [art. 1.799 do Código Civil] e mesmo ser adotados [art. 1.621 do Código Civil]. A ele assegurados direitos, não tenho dúvida em afirmar que o nascituro - - - vale dizer, o embrião apenas formado no ventre materno - - - é pessoa. [...] O embrião - - - insisto neste ponto - - - faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. (GRAU, 2008, p.05-06).

Na citação acima, Eros Grau refere-se ao embrião já implantado no útero materno, que é denominado pela lei civil de nascituro. Para o ministro, na Lei n. 11.105/05, o embrião recebe outra conotação, uma vez que fora do útero materno o processo vital não pode ser desencadeado. A mesma palavra, assume assim em contextos diferentes, significados diversos. Segundo o ministro:

No contexto do artigo 5º da Lei 11.105/05, embrião é ovulo fecundado fora de um útero materno. A partir desses óvulos fecundados - - - fertilizados --- *in vitro* é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito legal. Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que a vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana. [...] que o útero é a morada da vida e que apenas no âmbito desta morada, que é o local familiar do embrião, surge efetivamente a vida. É lá que se dá - - - e só lá - - - a necessária estadia da vida anterior ao nascimento. (GRAU, 2008, p. 08).

Para o ministro, o embrião objeto da Lei n.11.105/05 não é possuidor de vida, nem de dignidade:

Não há vida humana no óvulo fecundado fora do útero que o artigo 5º da lei 11.105/05 chama de embrião. A vida estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado. Por isso não tem sentido cogitarmos, em relação a esses “embriões” do texto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade de atribuível a alguma pessoa humana. (GRAU, 2008, p. 08-09,).

Foi com base nessa argumentação que o ministro Eros Grau votou pela constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança, mas através do voto aditivo buscou dar limites ao exercício da investigação científica, ao conferir novo sentido normativo ao artigo 5º, em especial à proibição das pesquisas com embriões viáveis, o que causa certa estranheza já que para o ministro o embrião *in vitro* não possui vida a ser protegida pelo direito. Nesse sentido, esclarecem os autores Sá e Naves:

Ora, se o embrião, como dito pelo próprio ministro Eros Grau, não tem vida humana a ser protegida nem dignidade atribuível a alguma pessoa

humana, por que os embriões viáveis não poderiam ser destruídos para a obtenção de células-tronco? (SÁ; NAVES, 2009, p.166).

No mesmo sentido do ministro Ricardo Lewandowski, Eros Grau utiliza da técnica de interpretação conforme à Constituição com efeito aditivo. Eis a íntegra da parte dispositiva de seu voto:

Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:

[I] pesquisas e terapias mencionadas no *caput* do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º];

[II] a "fertilização in vitro" referida no *caput* do art. 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados;

[III] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados - - - ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, *caput* - - - será admitida somente quando ela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco (GRAU, 2008, p.12-13).

6.3.2 Ministro Marco Aurélio Mello

Já o ministro Marco Aurélio Mello votou pela constitucionalidade do artigo 5º sem aditivo, uma vez que o mesmo vê com restrições a técnica de interpretação conforme à Constituição, afirmando nas primeiras páginas de sua decisão:

É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo, contrariando e não protegendo a Constituição Federal, o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas se fazem presentes. Também é de todo impróprio o Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de aconselhamento. Em processo como este, de duas uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. (MELLO, 2008, p.01-02).

Após a exposição dos requisitos do artigo 5º, o ministro adota como cerne de sua atividade hermenêutica para o julgamento da ADI a seguinte interrogação: “Ante tais requisitos, cabe indagar, simplesmente, onde reside a ofensa do citado artigo 5º à Carta Federal a ponto de levar à declaração de inconstitucionalidade”. (MELLO, 2008, p.03). Para tanto, assume em seu voto um compromisso de atuação jurídica³³, com fincas a realizar um julgamento livre de argumentos morais, pragmatistas ou valorativos, nos seguintes termos:

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto alvo de exame há de ser técnico-jurídico, valendo notar que a declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. (MELLO, 2008, p.04).

Nas razões de sua decisão, o ministro vê os dispositivos do artigo 5º como limitações protetivas e até proibitivas de certas atividades científicas. Para ele os embriões *in vitro* referidos pela Lei n.11.105/05 jamais se transformarão em uma pessoa por dois motivos: tratando-se de embrião inviável este não possui a capacidade para se desenvolver no útero materno, e no caso de embriões viáveis o lapso de três anos é tempo suficiente para os genitores decidirem sobre a implantação ou não do embrião no útero materno. “Os embriões jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento”. (MELLO, 2008, p.08).

No que diz respeito ao direito à vida, o ministro adota a tese de vida numa acepção biográfica, no mesmo sentido adotado pelo ministro relator da ADI. Para Marco Aurélio Mello não é toda forma de vida que é protegida pela Constituição:

³³ Conforme Chamon Junior: Aplicar o Direito envolve uma determinada estratégia e tipo de argumentação que não se confunde com os discursos legislativos. É nítido que em um discurso legislativo, de construção do Direito, argumentos éticos - aqui especificamente assumidos como referidos a valores, ao preferível ou ao “interessante”, a mim, ou a meu “grupo” – argumentos morais – referidos à idéia de justiça – e argumentos pragmatistas – envolvidos em uma idéia de meios e fins, ou seja, orientados à determinação de meios e fins adequados à consecução de determinado projeto – bem como, porque não, também argumentos jurídicos, são todos, determinantes, centrais, na tomada de decisão legislativa e conseguinte aprovação, ou não, de determinada proposta. Por outro lado, aqueles argumentos éticos, morais e pragmatistas não podem ser determinantes na aplicação do Direito. (CHAMON JUNIOR, 2008, p. 232)

Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou do resultante de opção legal – após estupro, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro* já sabidamente sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe. (MELLO, 2008, p.09-10).

De outro lado, a preocupação do ministro reside na necessidade de conferir um destino aos embriões sobranes da técnica de fertilização *in vitro*, uma vez que a imposição de transferir todos os embriões para o útero é “transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurando na Constituição”. (MELLO, 2008, p.11). Para o ministro a doação dos embriões para pesquisa e experimentações com células-tronco é um nobre destino que atende à solidariedade humana, promove a saúde e permite o desenvolvimento científico na busca de curas para inúmeras enfermidades.

Acerca do assunto o ministro apresenta informações sobre os seguintes países: África do Sul, Alemanha, Austrália, China, Cingapura, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos da América, França, Índia, Israel, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Suíça, Turquia. Informa também que na pesquisa realizada em janeiro de 2008 no Brasil, pelo Instituto IBOPE, o índice de aprovação pela população para a pesquisa com a utilização de células-tronco embrionárias chegou a 95% (noventa e cinco por cento).

Baseado nessa argumentação o ministro Marco Aurélio Mello assim se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança:

Acompanho o relator, ministro Carlos Ayres Britto, e os que o seguiram no voto proferido e julgo improcedente o pedido formulado na inicial, assentando a harmonia do artigo 5º da lei atacada com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º e com o princípio da razoabilidade. (MELLO, 2008, p.16).

6.3.3 Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

Outro voto favorável à constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança foi o da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Entende a ministra que a permissão para a pesquisa científica com células-tronco embrionárias não viola o direito à vida, pelo contrário, concretiza a vida para aquelas pessoas que buscam no tratamento a possibilidade de uma nova vida.

No tocante à dignidade humana também não há violação, mas sim valorização da dignidade ao utilizar o embrião em pesquisa ao invés de descartá-lo. Conforme Sá e Naves, mais uma vez argumentos são empossados valorativos na decisão:

Admitindo também a dignidade humana como um valor absoluto e buscando em Kant a sua fundamentação filosófica (o homem como fim em si mesmo), Cármen Lúcia sustentou por outro lado, que a utilização de células-tronco embrionárias em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agridem à dignidade humana, mas ao contrário, valoriza-a, posto que, seria melhor o aproveitamento dos embriões nas pesquisas do que descartá-los, pois assim os embriões estariam sendo utilizados para a dignidade da vida. (SÁ; NAVES, 2009, p.163).

Como observações preliminares, a ministra enfatiza que as pesquisas com células-tronco são legítimas e desejáveis, porque a pesquisa científica “diz com a vida, com a dignidade da vida, com a saúde, com a liberdade de pesquisar, de se informar, de ser informado, de consentir, ou não, com os procedimentos a partir dos resultados.” (ROCHA, 2008, p. 01).

Ainda em suas ponderações iniciais a ministra demonstra sua preocupação com a expectativa da comunidade diante do julgamento deixado a cargo do STF. Preocupação essa que também ficou constatada na maioria dos votos analisados neste trabalho. Para a ministra a resposta para a cura dos inúmeros males não está no Tribunal, para ela essa cura virá ao longo do tempo, ainda não precisado, pela ciência.

Já no mérito, a ministra suscita a necessidade de distinção entre as finalidades de pesquisa e terapia constantes do *caput* do artigo 5º da lei de biossegurança, com o objetivo de se analisar a constitucionalidade do mesmo. Tratamento é uma forma de acesso aos cuidados da saúde; já a terapia pode englobar além do tratamento, terapias experimentais, sendo que experimentos realizados com o ser humano não se compatibilizam com a dignidade humana. A literalidade do artigo 5º. *caput*, conforme a ministra poderia levar ao entendimento equivocado de que a terapia experimental estaria autorizada desde o início da vigência da lei de biossegurança.

Daí a necessidade de se interpretar a norma, quanto à terapia, como dotando-se de conteúdo estrito e coerente com a regra constitucional, que assegura o direito ao tratamento, logo a terapia como forma de tratamento a partir de bases e resultados científicos consolidados e aceitos pelos

órgãos e instituições competentes, impedindo-se assim, a auto-oferta do paciente como experimentação com animal nobre, o que não há de ser tido como compatível com a dignidade humana. (ROCHA, 2008, p. 11).

No que diz respeito à violação do direito à vida que aconteceria conforme apontado pelo Procurador Geral da República ao se permitir o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, entende a ministra ser importante a busca do significado de violabilidade, e o seu contrário que é vedado constitucionalmente em relação ao direito à vida. Com esse objetivo, a ministra passa ao estudo de outros direitos fundamentais (saúde, liberdade) que tornam possível a efetivação do direito à vida.

Para a ministra, a liberdade de pesquisa prevista pela Constituição garante, àqueles que padecem de alguma enfermidade, a efetivação do direito a uma vida digna. Nessa esteira encontra-se o artigo 5º da Lei n. 11.1105/05.

Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado. (ROCHA, 2008, p. 18).

Para Cármen Lúcia a utilização dos embriões em pesquisa está em consonância com o artigo 199 § 4º da Constituição, uma vez que o embrião *in vitro* tem a natureza da substância humana constante do citado diploma constitucional:

Logo, não apenas haveria incompatibilidade entre a norma constitucional e a norma legal questionada, como ainda se poderia afirmar que a lei cuida de um fator humano que não mais pode ser utilizado para os fins a que inicialmente ele se destinou. (ROCHA, 2008, p.19).

No que concerne ao princípio da dignidade humana formula a ministra a seguinte premissa:

Mas há que se compreender esse princípio para o fim de se esclarecer se estaria ele sendo agravado na espécie em pauta e como aplicá-lo em face das múltiplas possibilidades abertas, por exemplo, pela liberdade humana, que com as suas pesquisas científicas podem conduzir à melhoria de sua condição, o que é uma forma de dignificação da vida. (ROCHA, 2008, p.22).

Conforme exposto no voto da ministra, a utilização de células-tronco em pesquisa não viola a dignidade humana, mas age em sua valorização. “Conhecer para ser. Essa a natureza da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, que não afronta, mas busca, diversamente, ampliar as possibilidades de dignificação de todas as vidas.” (ROCHA, 2008, p.26).

Ao apresentar suas razões fundadas em Kant, ficam visíveis mais uma vez os argumentos valorativos:

O que é uma dignidade não tem valoração; é pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço. [...] a dignidade é impossível de ser avaliada. (ROCHA, 2008, p.28).

Em outro ponto de seu voto, afirma Cármen Lúcia que:

Intangível e inviolável, a dignidade humana não permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem. E por isso mesmo é que, também em ocasião anterior, salientei que “como o direito não pode deixar de considerar o direito à vida digna como o direito fundamental excelente, aquele que se sobrepõe axiologicamente a qualquer outro e que informa o sistema constitucional e infraconstitucional de modo determinante em toda a sua extensão,[...] (ROCHA, 2008, p.38).

Com base na argumentação acima apresentada a ministra Cármen Lúcia decide pela constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança nos seguintes termos:

Pelo exposto, voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para a) considerar válidos os dispositivos questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, e b) assentar interpretação conforme quanto à palavra terapia, incluída no caput e no § 2º, daquele mesmo artigo, a qual somente poderá se referir a tratamento levado a efeito por procedimentos terapêuticos cuja utilização tenha sido consolidada pelos métodos de pesquisa científica aprovada nos termos da legislação vigente. (ROCHA, 2008, p.45).

6.3.4 Ministro Cezar Peluso

O ministro Cezar Peluso antes de expor as razões de sua decisão achou por bem refutar vários argumentos levados ao processo pelos que nele se pronunciaram

considerados no seu entendimento, irrelevantes para o deslinde da causa. Os argumentos que, nas palavras do ministro consideram-se menos sólidos são os seguintes: analogia entre morte cerebral e início da vida; utilização mais promissora das células-tronco adultas em pesquisa científica do que as células-tronco embrionárias; a interpretação do conceito de vida e pessoa por meio de leis ordinárias, tais como o Código Penal (aborto) e o Código Civil (nascituro); conceituação subjetiva de vida, pessoa e da ostentação da dignidade constitucional, (são conceitos que devem ser construídos dentro do ordenamento constitucional); a autorização da pesquisa que poderia levar ao comércio de embriões e noções de paternidade responsável para justificar a utilização das técnicas de fertilização *in vitro*, são também argumentos considerados irrelevantes para Cezar Peluso.

A questão central da causa para o ministro reside em dois pontos que são abordados ao longo de seu voto: ausência de vida nos embriões humanos congelados e ostentação em grau diverso de dignidade pelo embrião em relação à pessoa humana.

No tocante à ausência de vida, Cezar Peluso após fazer a distinção entre embrião *in vitro*, nascituro e pessoa nascida, formula como ponto de partida para sua argumentação a seguinte indagação:

A pergunta nevrálgica a que deve a Corte responder é se a tutela constitucional da vida se aplica, na integralidade de seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e aos crioconservados. (PELUSO, 2008, p.09).

O esforço hermenêutico do ministro reside em constatar o grau de diferença de proteção constitucional concedido às pessoas nascidas e aos embriões. Em ambos, o ministro identifica o predicado da humanidade (identidade da matéria-prima), mas a presença de vida somente existe nas pessoas nascidas. “Para efeito de ampla e integral tutela da Constituição da República, deve haver vida, e vida de pessoa humana [...]” (PELUSO, 2008, p.10).

Em virtude dessa identidade de “matéria prima” existente no embrião e na pessoa nascida, afirma o ministro:

As divergências toleráveis ao propósito, essas concernem e restringem-se ao problema de sua caracterização, em termos absolutos ou relativos, como pessoa, pois, a despeito de o código genético completo, enquanto conjunto das disposições suficientes para, sob certa condição externa, se desenvolver e transformar em ser humano autônomo, já estar inscrito no

embrião, não se pode reduzir a complexidade da pessoa humana como organismo vivo e, sobretudo, como sujeito de direito, ao aspecto puramente biológico de sua mera completude ou perfeição genética, encravada na célebre “escada torcida em forma helicoidal”. (PELUSO, 2008, p.12).

Cezar Peluso concorda com o fato de que a vida humana tem início com a fecundação, mas para ele resta saber se esse fato tem a força capaz de legitimar o juízo de inconstitucionalidade do artigo 5º, atacado pela ADI, sob o argumento de proteção do direito à vida, o que “é de todo negativa a resposta”. (PELUSO, 2008, p.14).

Para fundamentar sua resposta o ministro aponta para uma questão anterior à pesquisa com células-tronco embrionárias, qual seja, a sobra dos embriões nas clínicas de reprodução humana assistida, o que é tido por lícito e até mesmo moralmente legítimo. Assim, no mesmo sentido da ministra Ellen Gracie, Peluso chama atenção para o “esquecimento” por parte do autor da ADI da produção ilimitada de embriões, e mais, da aceitação por parte de Cláudio Fonteles de um congelamento indeterminado dos embriões sobranes, o que demonstra aparente contradição por parte do Procurador.

Partindo dessa premissa Cesar Peluso acredita que não agride à Constituição a utilização desses embriões aparentemente sem destino em pesquisas e experimentações científicas. Nas palavras do ministro:

Se, de regra, aos defensores dessa concepção não parece eticamente censurável, nem insultuosa à Constituição da República – antes, a muitos se lhe afigura prática legítima –, a produção de tantos embriões predestinados a longa crioconservação ou a pronta destruição consentida embora escusada pelas exigências técnicas e finalidade médico-reprodutiva do processo em que se dá, não lhes poderia aparecer inconstitucional, nem censurável que a lei tenha previsto a esses embriões sorte diversa, evidentemente útil e nobre, que é a de se prestarem a objeto de promissoras investigações científicas em proveito da raça humana, cuja subsistência, integridade e aperfeiçoamento na história é o alvo último das preocupações da Constituição e de todo o ordenamento jurídico. (PELUSO, 2008, p. 15).

Em outro ponto o ministro define a vida como movimento autógeno nos seguintes termos:

Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui capacidade de movimento autógeno. E isso não têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de

etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva,[...] (PELUSO, 2008, p. 23).

Sobre a necessidade de implantação do embrião no útero materno, como fato concretizador do movimento autógeno, esclarece o ministro:

Ninguém tem dúvida de que, esse fato objetivo, futuro e incerto, da introdução do embrião em útero de mulher, o processo não retoma o curso geneticamente programado e, pois, não chega ao estágio em que pode atualizar-se a potência vital naquele contida. Logo, a fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição *sine qua non* de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como processo ou projeto. (PELUSO, 2008, p. 26).

Assim para Peluso o congelamento dos embriões interrompe esse processo de desenvolvimento que só acontece com a implantação do embrião no útero materno. “Os embriões humanos ditos excedentários, não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito”. (PELUSO, 2008, p.27).

Para o ministro os embriões ostentam dignidade, porém em grau diverso daquele conferido pela Constituição à vida das pessoas humanas. Esse grau de dignidade conferido ao embrião pode ser vislumbrado mediante as inúmeras condições impostas pelo artigo 5º da lei de biossegurança para a permissão de pesquisa com os embriões humanos. O embrião de acordo com o ministro é protegido pelo ordenamento jurídico, “mas tal proteção lhe não assegura direito subjetivo de evoluir e de nascer” (PELUSO, 2008, p.37).

A parcela de dignidade conferida ao embrião *in vitro* resulta, segundo o ministro, do próprio artigo 5º, ora atacado:

A legislação infraconstitucional posta sobre o tema, à qual os críticos lhe não regateiam os atributos de “prudência e moderação”, cerca de eficientes e compreensíveis cuidados o manejo desse nobre material genético, aliás em reverente e linear submissão às exigências constitucionais. Veda-lhe a comercialização. Proíbe a produção intencional de embriões para pesquisas. Obriga as instituições e serviços de saúde a obter autorização dos respectivos comitês de ética e pesquisa. Tipifica como crime, punível com detenção de um a três anos e multa, o uso de embriões em descordo com o disposto no art. 5º. Pune, com penas de reclusão ainda mais acerbadas, a engenharia genética em material genético ou embrião humano (art.25), bem como a clonagem humana (art.26). (PELUSO, 2008, p.38).

Ao contrário da ministra Cármem Lúcia, o ministro Cezar Peluso fez uso da técnica de interpretação conforme à Constituição, para julgar improcedente o pedido da seguinte forma:

Diante do exposto, julgo **improcedente** a ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que dou interpretação conforme à Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins já declarados (a, b e d). (PELUSO, 2008, p.44).

As disposições a, b e d mencionadas pelo ministro são referentes à criação de embriões apenas para pesquisa (a), forma de atuação dos comitês de ética no tocante à pesquisa com embriões (b) e sobre a regulamentação da atividade de pesquisa por outros órgãos além dos comitês de ética (d), disposições que conferem ao artigo 5º da lei de biossegurança a seguinte interpretação:

Item (a):

Para ser mais claro e preciso, nem a Constituição nem a lei permitem produção de embriões humanos por fertilização *in vitro* senão para fins reprodutivos no âmbito de tratamento de infertilidade, nem tampouco o uso de excedentes em pesquisas ou intervenções genéticas que não sejam de caráter exclusivamente terapêutico. (a) (PELUSO, 2008, p.40).

Item (b):

É que os membros dos comitês estão obrigados a: a) revisar os protocolos de pesquisa, para os aprovar, até sob condições, ou não; b) acompanhar os desenvolvimento (sic) dos projetos; c) receber denúncia de abusos e irregularidades, fazendo instaurar sindicância a respeito e decidindo sobre a continuidade, modificação ou suspensão da pesquisa (item VII. 13, letra a, b,d, f e g). E os da Comissão Nacional de Ética têm dever de aprovar e acompanhar os protocolos nas áreas temáticas de genética e de reprodução humanas, provendo normas específicas no campo da ética em pesquisa, bem como de rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente (item VII.4, letras c, d e f). E, considerando que todos são, para esses efeitos, reputados servidores públicos *lato sensu*, submetem-se àquele tipo penal (art. 319 do Código Penal), mas sem prejuízo de incorrerem nas penas dos delitos previstos nos arts. 24, 25, e 26 da Lei n. 11.105/2005, por omissão imprópria, quando, dolosamente, deixarem de agir de acordo com tais deveres. (b). (PELUSO, 2008, p.43).

Item (d):

Também tenho por indispensável submeter as atividades de pesquisa ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, "Ministério da Saúde, (o) Conselho Nacional de Saúde e (a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária", na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte. (d). (PELUSO, 2008, p.44).

6.3.5 Ministro Gilmar Ferreira Mendes

O último ministro a votar foi o Presidente do STF, Gilmar Ferreira Mendes, que dá início a seu voto fazendo alusão à importância das Cortes Constitucionais para a realização da democracia. Nas palavras do ministro:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae* com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como o representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (MENDES, 2008, 03-04).

Para o ministro a questão a ser enfrentada não é perquirir quando a vida humana tem início ou fim, posição também adotada pelos ministros Carlos Ayres Britto e Ellen Gracie, mas como o Estado deve participar na proteção do embrião, em face das novas tecnologias. Constata ainda, que a lei de biossegurança é deficiente, mas que a declaração de sua inconstitucionalidade traria um vazio ainda maior para o ordenamento jurídico. Para ele a Lei n. 11.105/05 é lacunosa, utilizando a citação de várias legislações estrangeiras para confirmar a lacuna da lei brasileira, em especial sobre a ausência de uma cláusula de subsidiariedade. Menciona a importância dos princípios esperança e responsabilidade que devem nortear a aplicação das novas tecnologias, são essas as idéias centrais utilizadas pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes em sua argumentação no julgamento da ADI 3.510.

Para o ministro, o Estado deve atuar de acordo com o princípio da responsabilidade³⁴ na regulamentação normativa sobre a biotecnologia. Para tanto utiliza a formulação da responsabilidade elaborada pelo filósofo Hans Jonas:

O princípio da responsabilidade - ensina Hans Jonas - contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dúvida de sua liberdade que nenhuma

³⁴ Sobre o princípio da responsabilidade e o biodireito, ver o capítulo 2 deste trabalho.

mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder. (MENDES, 2008, p.08).

A utilização do princípio da responsabilidade não tem, de acordo com o ministro, o objetivo de paralisar o desenvolvimento da ciência, mas sim de que a realização da mesma aconteça pautada em uma nova ética, “uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica.” (MENDES, 2008, p.08).

Em contraposição ao princípio da responsabilidade, o ministro apresenta o princípio da esperança³⁵ (liberdade e progresso), formulado por Ernst Bloch. Essa união entre os dois princípios visam ao equilíbrio (proporcionalidade) no exercício da atividade científica, “permite que nossa evolução constitucional ocorra entre a *ratio* e a *emotio*.” (MENDES, 2008, p.10).

Nesse sentido, o norte hermenêutico na concepção de Gilmar Mendes para o julgamento da ADI, reside em:

A questão está em saber se a Lei n. 11.105, de 24 de Março de 2005, regula as pesquisas científicas com células tronco embrionárias com a prudência exigida por um tema ético e juridicamente complexo, que envolve diretamente a própria identidade humana. A questão, assim, envolve uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade. (MENDES, 2008, p.10).

Quando o ministro, examina o conteúdo da Lei n. 11.105/2005, em especial seu artigo 5º, sob a argumentação acima colocada constata a existência de um vazio normativo, consequência da deficiência da lei, que fica ainda mais realçada quando da comparação do tratamento do tema pela legislação estrangeira.

O que causa perplexidade, por outro lado, é perceber que, no Brasil, a regulamentação de um tema tão sério, que envolve profundas e infundáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, seja realizada por um, apenas um artigo. A vaguidade da lei deixou a cargo do Poder Executivo a regulamentação do tema, que o fez por meio dos arts. 63 a 67 do Decreto n. 5.591, de 22 de Novembro de 2005. O referido decreto ainda contém remissões normativas a atos administrativos específicos de órgãos como o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e por isso pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas

³⁵ O “princípio da esperança” de Ernst Bloch encoraja o sonho que busca e constrói, que vislumbra um futuro melhor e, vencendo o medo que paralisa e restringe, busca concretizá-lo. A esperança diferente do medo, não é sentimento passivo que aprisiona. Ela se expande, alarga os homens, alimenta a utopia, deseja o êxito, e deve valer-se dos meios que podem auxiliar a realização do sonho de uma vida liberta da necessidade: o progresso técnico e a invenção. (MÖLLER, 2009, p.33).

como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). (MENDES, 2008, p.11-12).

Sob esse argumento o ministro fundamenta sua tese na dogmática alemã que consiste na diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Ubermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Após o estudo da jurisprudência alemã, o ministro constata mais uma vez a deficiência brasileira:

Uma análise comparativa do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto pode demonstrar que, de fato, não se trata apenas de uma impressão inicial; a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot). (MENDES, 2008, p.16).

Além da jurisprudência³⁶ e legislação³⁷ da Alemanha, o ministro faz um estudo sobre a legislação da Austrália (pesquisa apenas com embriões inviáveis), França (pesquisa com ampla regulamentação), Espanha³⁸ (proibição de criação de embriões humanos apenas com fins de pesquisa) e México (a pesquisa com seres humanos deve observar os princípios éticos), onde constata em todos esses países a existência da chamada cláusula de subsidiariedade. Para o ministro, a observância desta cláusula atende ao postulado da proporcionalidade e da precaução na utilização de novas tecnologias, como forma de dar tratamento responsável às pesquisas científicas.

A cláusula de subsidiariedade consiste na realização de pesquisas envolvendo seres humanos apenas quando for impossível obter o resultado necessário por outro método idôneo. É um dispositivo semelhante ao existente no Código de Nuremberg. Sobre essa cláusula na legislação alemã, afirma o ministro:

³⁶ Segunda decisão na Alemanha sobre o aborto (BverfGE, 88, 203, 1993).

³⁷ Lei Stammzellgesetz (StZG), que dispõe sobre a importação e a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas na Alemanha, que somente permite a pesquisa de células-tronco com embriões importados de outros países. Por isso, para o ministro a pesquisa neste país é restritiva e com importantes limitações.

É curiosa a opção alemã de importação de embriões para pesquisa, que traz lembranças sobre a prática nazista da Segunda Guerra Mundial, a exemplo do que foi praticado pelos médicos nazistas em face dos judeus.

³⁸ Ao apresentar a legislação espanhola o ministro omite em seu voto a permissão da Lei n. 14/06 no sentido de autorizar a pesquisa científica com embriões *in vitro* viáveis. Aquele em sua exposição realça apenas a permissão espanhola para pesquisa e experimentação e com embriões mortos ou inviáveis. Para uma maior elucidação da matéria, ver capítulo 5 deste trabalho.

A lei alemã exige que as pesquisas com células tronco embrionárias sejam motivadas por elevados objetivos (hochrangigen Forschungszielen) ou sejam destinadas ao desenvolvimento de procedimentos terapêuticos, de diagnóstico ou de prevenção aplicados a seres humanos, com **cláusula de subsidiariedade**. Isto é, só podem ser realizadas pesquisas quando todas as hipóteses foram exaustivamente testadas com células de animais; e somente podem ser realizadas com células-tronco embrionárias (§ 5, Abs. 2 StZG). (MENDES, 2008, p.17-18).

Mais uma vez constata o ministro diante do estudo da legislação estrangeira a deficiência da lei brasileira, diante da ausência de uma cláusula expressa de subsidiariedade, e se ocupa novamente de apontar suas lacunas:

A lei brasileira, numa lacuna contudente, estabelece apenas que as instituições de pesquisa e serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. [...] Além disso, é importante observar que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma cláusula de subsidiariedade, [...]. A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. (MENDES, 2008, p.27).

Sobre o vazio jurídico que poderá surgir com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º, observa o ministro:

O artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 é, portanto, deficiente em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco. A declaração de sua inconstitucionalidade, com a conseqüente pronúncia de sua nulidade total, pode causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. (MENDES, 2008, p.28).

A constatação da existência de lacunas no direito pelo ministro Gilmar Mendes, leva à conclusão de que o ministro compreende o direito através de uma postura convencionalista, onde o mesmo se reduz apenas a um conjunto de regras convencionalizadas. Essa constatação merece ser rediscutida à luz dos ensinamentos de Ronald Dworkin e Lúcio Chamon Junior.

Sobre o convencionalismo e as lacunas do Direito, profere Dworkin:

“O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política.” Esse é o ponto de vista da maioria dos leigos e o hino dos conservadores em questão de direito. [...] Segundo, o convencionalismo corrige a opinião popular do leigo, para quem sempre existe um direito a ser aplicado. O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não haviam sido

resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem da autoridade convencional para resolvê-los. (DWORKIN, 1999, p.141-142).

Para o convencionalismo estrito³⁹, existem lacunas no direito que autorizariam um poder discricionário do juiz:

O convencionalismo estrito deve declarar uma “lacuna” no direito, que requer um exercício de um poder discricionário extralegal por parte do juiz para criar um novo direito sempre que uma lei for vaga, ambígua ou problemática de alguma maneira, e não houver outra convenção sobre o modo de interpretá-la. Ou quando a intenção de uma cadeia de precedentes for incerta, e os juristas na chegarem a um consenso sobre sua força. (DWORKIN, 1999, p. 155).

Caso semelhante de existência das lacunas no direito foi analisado pelo autor Lúcio Chamon através do voto vencido da ministra Ellen Gracie na ADPF/54 (arguição de descumprimento de preceito fundamental, onde se discute a criminalização da antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos), onde a ministra também constatou a existência de lacunas na lei brasileira. A “cegueira” da ministra Ellen Gracie reduzida na concepção de que o direito se reduz a textos normativos leva o autor à seguinte conclusão:

O que com isso afirmamos, é que o Direito, desde agora, tem sim, uma resposta ao caso. E essa resposta, diante da exigência de imparcialidade normativa, não nos pode ser fornecida em face das convicções individuais, supostas intenções legislativas, expectativas ou esperanças particulares. Essa resposta há que ser reconstruída assumindo o Direito como um sistema de princípios capaz de ser coerentemente interpretado na reconstrução da única resposta adequada a esta situação em específico. Do contrário, estaríamos abrindo ao Direito a uma interpretação valorativo-axiológica em que um determinado intérprete-aplicador, imporia em face das questões pelo caso suscitadas, seus valores particulares, [...] (CHAMON JUNIOR, 2008, p. 218).

De acordo com Chamon Junior a compreensão do direito como um sistema idealmente coerente de princípios, não permite a existência de lacunas no ordenamento jurídico, o que implica também na imposição de limites ao Poder Judiciário.

³⁹ Para Dworkin (1999) existem dois tipos (formas ou versões) de convencionalismo: estrito e moderado. Dessa maneira, para o professor da Universidade de Oxford, o convencionalismo estrito restringe a lei de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, como a legislação e o precedente. O moderado, insiste em que o direito de uma comunidade inclui tudo o que estiver dentro da extensão implícita dessas convenções. Para o moderado não existe lacunas no direito, pois para essa corrente é possível interpretar qualquer caso que possa surgir. (DWORKIN, 1999, p. 152-155).

Significa dizer, pois, ao mesmo tempo, que essa concepção do Direito, como sistema de princípios, não só permite um acompanhamento jurídico – e jurisdicional – de novas questões e situações até então não familiares, mas também, por outro lado, vem a limitar essa mesma atividade jurisdicional. Compreender o Direito como um sistema idealmente coerente de princípios também implica impor limites à atuação do Poder Judiciário no que aqui nos interessa, ou seja, à atividade de aplicação do Direito. Limites implicados na própria constituição de sua atividade. Isso porque não mais será qualquer resposta, como pretendia Kelsen, aquela assumida, racionalmente, como uma resposta válida. Afinal, para cada caso, e a isso o juízo competente há que observar, há uma resposta adequada que deve ser construída pelos atores no, e autores, do processo, devendo todos se esforçar para escrever um novo capítulo da história do Direito que desde o passando vem se atualizando. (CHAMON JUNIOR, 2008, p. 238-239).

Ao conceber o direito como um conjunto coerente de princípios, as respostas “às deficiências” da Lei n. 11.105/05 apontadas pelo ministro podem ser resolvidas através da aplicação dos princípios do biodireito, mas para tanto é necessário abandonar a visão convencionalista de que o direito se resume a um conjunto de normas pré-estabelecidas e assumir na interpretação do direito uma postura capaz de buscar o ideal de coerência normativa e da integridade do próprio direito.

Diante dessa postura convencionalista, o ministro conclui pelas lacunas da lei de biossegurança e assim justifica a utilização do voto com aditivo.

Dessa maneira, baseado em argumentos de autoridade para preencher o suposto vazio gerado pelas lacunas, manifestou-se o ministro:

Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio da responsabilidade.

Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. (MENDES, 2008, p.36).

Após o estudo dos votos dos ministros do STF sobre a permissão para utilização do embrião *in vitro* em pesquisa, a técnica hermenêutica de interpretação conforme à Constituição, adotada pelos ministros: Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Alberto Menezes Direito; Ricardo Lewandowski; Eros Grau e Cezar Peluso, no julgamento da ADI 3.510 merece atenção mais detalhada.

Referida técnica consiste na declaração de constitucionalidade da norma atacada, com a manutenção da mesma no ordenamento jurídico, desde que

interpretada conforme à Constituição, onde a interpretação que deve ser seguida é geralmente incorporada de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.

Como a utilização dessa técnica acaba trazendo aditivos para a leitura do texto atacado de inconstitucional, sua utilização apresenta limites, onde Gilmar Ferreira Mendes afirma que:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme a Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. (MENDES, 2009, p.307)

Apesar do risco apresentado pela interpretação conforme à Constituição, os limites impostos para sua utilização nem sempre são obedecidos. Nesse sentido esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de se definir. [...]

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.[...]

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. (MENDES, 2009, p.1.307-1308).

Da afirmação acima transcrita, observa-se que os limites existentes entre a função de julgar e a de legislar, mais uma vez não foram considerados pelos ministros ao se valerem da referida opção hermenêutica no julgamento da ADI, uma vez que assumiram na parte dispositiva de suas decisões posturas dignas de verdadeiros legisladores, e não de julgadores ao decidir sobre o controle abstrato de constitucionalidade de um ato normativo. Conforme Sá e Naves:

[...] vários Ministros começaram a fazer as vezes de legislador, na medida em que mantiveram a constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005, por meio da interpretação conforme a Constituição, regulando, inclusive, o procedimento que dá origem aos embriões excedentários que deram causa à polêmica debatida na ADI n. 3.510. (SÁ; NAVES, 2009, p. 170).

O direito como integridade, de acordo com a teoria de Dworkin pressupõe a diversidade das funções de legislar e de julgar. Quando o julgador assume o papel de legislador, acaba adotando uma postura política, com base em argumentos de autoridade, que não correspondem à integridade do direito.

O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que a pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum momento pertinente do passado. (DWORKIN, 1999, p. 293).

No julgamento da ADI 3.510 o Presidente do STF assume esse tipo de interpretação como uma atuação criativa do Tribunal, no sentido de justificar a utilização do voto com aditivo, como se fosse algo inerente à função de julgar. O que no final serve apenas para confirmar a atividade legislativa exercida pelo Tribunal, percebida nos seguintes termos:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (MENDES, 2008, p.35).

Não obstante à técnica de interpretação utilizada por alguns dos ministros do STF, a coerência do ordenamento jurídico exige do julgador uma postura mais séria e responsável diante de casos como o da ADI 3.510. A tentativa de suprir o vazio legislativo através de uma técnica hermenêutica “aditiva” não atende à integridade do direito. Assim, no caso da ADI o ideal seria a declaração por parte do STF da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 5º, e não a criação de novas normas jurídicas, papel que cabe ao legislador.

A coerência na realização de um julgamento exige do julgador uma força e um esforço sobre-humano para construir a decisão correta. Na concepção de Dworkin esse é o papel do “juiz Hércules” que assume o direito como integridade.

Do estudo do julgamento da ADI constata-se a árdua tarefa hermenêutica empreendida pelo STF no sentido de verificar se o embrião *in vitro* resultante das técnicas de reprodução humana é detentor de vida e dignidade humana. Ou melhor, em que termos o embrião *in vitro* recebe proteção do ordenamento jurídico. Apesar dessa trabalhosa tarefa, a corte constitucional brasileira não deixou de lado sua postura convencionalista e pragmatista. De acordo com os ensinamentos de Lúcio Chamon Junior:

O Judiciário não pode fugir de seu papel de aplicação normativa e, pois, de garantia dos direitos fundamentais em casos controversos e difíceis. A busca por uma solução adequada exige um esforço interpretativo que, embora não seja óbvio, é capaz de ser realizado desde que assumamos, responsabilmente, a tarefa de realização e garantia dos direitos fundamentais em cada caso. Significa dizer que reconhecer – e não inventar – jurisdicionalmente um direito ou um dever não convencionalmente firmados pelo Legislativo não implica extrapolar os limites da função jurisdicional; antes representa o esforço de se construir, reconstruindo o Direito, a solução que ao caso, e sob o manto da busca, da maior maneira possível, pela igual realização dos direitos fundamentais, seja capaz de ser então assumida como a solução adequada ao caso. (CHAMON JUNIOR, 2008, p.199-200).

O direito é prática social argumentativa que desde o passado vem se construindo. É um conjunto coerente de princípios, onde a interpretação jurídica deve buscar a melhor decisão possível em face do caso concreto. Assim o “juiz Hércules” assume o caso concreto como se fosse o único e, livre de argumentos convencionais e pragmatistas, apresenta sua interpretação do caso. Interpretação essa que foi construída e reconstruída, ou seja, foi realizada buscando compreender o passado das interpretações anteriores a ela, no sentido de construir mais uma página da história do direito, que desde o passado vem se construindo. É essa a proposta de Ronald Dworkin da integridade no direito.

Nesse contexto, o estudo dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADI 3.510 demonstrou que a suprema corte brasileira ainda trabalha com a compreensão de direito calcada em posturas pragmatistas e convencionalistas. A análise desses votos constatou a necessidade de mudança da postura hermenêutica adotada pelos ministros na condução da tarefa jurisdicional. Assim, incumbe aos

intérpretes desta corte constitucional buscar a integridade do direito, como proposta por Dworkin, pois o direito é ao mesmo tempo produto e fonte da interpretação.

7 CONCLUSÃO

As técnicas de reprodução humana assistida ao atenderem ao legítimo interesse humano de procriar trouxeram consigo inúmeras indagações éticas e jurídicas, muitas das quais permanecem ainda hoje sem respostas. Neste trabalho buscou-se estudar uma dessas indagações, qual seja, o tratamento jurídico do embrião humano oriundo da utilização da fertilização *in vitro* no ordenamento brasileiro.

O sucesso da técnica de fertilização *in vitro* está atrelado ao número de embriões criados em laboratório para posterior transferência ao útero materno. Dessa forma, cria-se uma espécie de reserva de embriões que não são transferidos a fresco para o útero, sendo crioconservados em nitrogênio líquido, para tentativas posteriores, caso a gravidez não ocorra quando da primeira tentativa.

Nesse contexto, constatou-se que diante do ordenamento jurídico brasileiro esses embriões excedentários ou sobrantes das técnicas de reprodução humana assistida enquanto crioconservados nas clínicas ou centros de reprodução não recebem o tratamento jurídico de pessoa. Mas isso não significa que os mesmos devam ser tratados como coisa, uma vez que o ordenamento pátrio confere-lhes uma proteção particular o que impede sua coisificação.

Essa constatação foi possível por meio da reconstrução do significado de personalidade jurídica, assumida como referencial de imputação de direitos e deveres. Para tanto, partiu-se da comparação entre o nascituro (ser concebido no ventre materno) e embrião (ainda não implantado no ventre materno) no âmbito da ordem normativa brasileira.

Dessa comparação percebe-se que o ordenamento jurídico confere ao nascituro o poder de participar mediante representação de inúmeras situações jurídicas, tais como doação, recebimento de herança através de testamento, reconhecimento de sua paternidade, etc, o que lhe confere efetivamente direitos e deveres, no sentido de garantir o futuro exercício de uma autonomia privada.

Já para o embrião *in vitro* o ordenamento jurídico não confere a mesma realidade, pois em nenhuma norma há a existência de possibilidade de participação em situação jurídica, tal qual o nascituro. Daí ser inadequado conferir ao embrião o mesmo tratamento outorgado pela ordem jurídica ao nascituro.

Não se nega com a presente pesquisa o fato de que biologicamente a vida humana começa com a concepção, independente do local da fecundação, mesmo ainda não existindo no seio jurídico uma determinação sobre o início da vida humana. No mesmo sentido não há como negar a identidade do material humano existente no embrião, o que de certo impede sua instrumentalização.

Entretanto, esse material humano, enquanto realidade embrionária crioconservada nas clínicas de reprodução, não recebe do ordenamento jurídico brasileiro o *status* de pessoa, ou seja, não é considerado como sujeito de direito detentor da personalidade jurídica.

Essa conclusão não significa que o embrião *in vitro* não mereça uma proteção específica, a fim de que lhe seja afastada a condição de coisa. Essa proteção decorre do conjunto de condições impostas pelo artigo 5º da lei de biossegurança. Referida lei, ao permitir a pesquisa e experimentação científica com as células-tronco embrionárias existentes no embrião impõe por meio do artigo 5º condições que impedem a coisificação do mesmo.

Essa proteção pode ser vislumbrada por meio das seguintes condições: é vedada a comercialização dos embriões; proíbe-se a criação de embriões através da clonagem terapêutica, o que impede uma criação deliberada apenas com finalidade de investigação; as pesquisas com os embriões devem ser aprovadas pelos comitês de ética em pesquisa; os embriões utilizados em pesquisa devem ser aqueles excedentes do projeto de reprodução humana, inviáveis ou congelados há mais de três anos nas clínicas de reprodução e em qualquer caso, além dessas condições é necessário o consentimento dos genitores para que a pesquisa possa ser realizada.

Não obstante a existência de proteção concedida ao embrião *in vitro*, a mesma ainda não acontece de maneira integral, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro não existe regulamentação normativa sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, situação que dá origem a esses embriões. Dessa forma, essa proteção somente vai acontecer com a entrada em vigor de uma legislação específica, que respeite a integridade e dignidade humana em todas as suas etapas, é o que se espera.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.380p.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.248-269.

ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 113-144.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 672p.

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.73-93.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro. V.35, p.03-28, jul/set 2008.

ATIENZA, Manuel. **Sobre la nueva ley de reproducción humana asistida**. Universidad de la Rioja, vol. 20, n. 69, 2008. Disponível em: <<http://www.bioeticayderecho.ub.es>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

AVELINO, Daniel; DINIZ, Débora. **Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias**. São Paulo, v.43, n.3, maio/jun2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0034-89102009005000026&script=sci_arttext. Acesso: em 20 out. 2009.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. **Bioética fundamental**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002, p.140-154.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, Direito e reprodução assistida. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.) **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva: 2003, p.55-71.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.01-39.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.248-269.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Bioética, Biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.225-249.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.41-75.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.1-22.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 359p.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 7, mar/abr.2007, p.1-37. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

BERIAIN, Iñigo de Miguel. A biotecnologia é uma ameaça para o direito? In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.) **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p.77-106.

BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n.5 e 6, p.238-248, 1º e 2º sem. 2000.

BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. 2001. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Belo Horizonte.

BORGES, Janice Silveira. Dignidade do ente por nascer. In: Fiuza, César; SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Direito Civil: Princípios jurídicos no direito privado**. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.87-115.

BRASIL. **Ministério Público Federal**. Petição inicial da ADI n.3510. Procurador-Geral da República: Cláudio Fonteles. Brasília, 16 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus/portal/petiçãoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADI&processo=3510>>. Acesso em: 24 set. 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto do Ministro Eros Grau.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto do Ministro Cezar Peluso.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, mar./maio 2008. Voto do Ministro Marco Aurélio Mello.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAHALI, Yussef Said (Org.) **Mini-Códigos RT**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Lei Federal 8974, de 05 de janeiro de 1995. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2004-2006/2005/Lei/L8974.htm>. Acesso em: 24 set. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Lei Federal 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CNTBio, dispõe sobre a política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995 e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2004-2006/2005/Lei/L_11.105.htm>. Acesso em: 24 set. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Decreto 5.591 de 22 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 24.set. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Lei Federal 9263, de 12 de Janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>>. Acesso em: 24.set. 2009.

BRASIL. Projeto de lei n. 11.184, de junho de 2003. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sligl/MostrarIntegra.asp?CodTeor=137589>>. Acesso em: 24.set. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 426/GM**, de 22 de março de 2005. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Disponível em <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-426.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Média e alta complexidade**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id_area=832>. Acesso em: 20 ago. 2009.

BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental. Contribuição para o debate no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.12, p.237-252, out./dez. 2002.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O direito Biomédico e a Bioética In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.13-39.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento médico informado na relação médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.128-172.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Investigação e terapia com células-mãe embrionárias. Qual regulamento jurídico para a Europa? In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.) **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, p.124-154.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O desenvolvimento do direito diante das biotecnologias. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.) **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p.30-64.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 285p.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 226p.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n.17: Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, 1999, p.261-296.

CÓDIGO de Nuremberg. **Tribunal Internacional de Nuremberg**, 1947. Disponível em: <<http://www.ufcspa.edu.br/pesquisa/cep/pdf/nuremberg.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.358/1992**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1640_2002.htm>. Acesso em: 16 mar. 2009.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenio de Oviedo**, 1997.
><http://forumfamiliae.blogspot.com/2006/02/conveno-de-oviedo-conveno-para-proteco.html>>. Acesso em: 15 set. 2009.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. [S.l]:UNESP, [1998?],191p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 416p.

DECLARAÇÃO de Helsinki. **Associação médica mundial**, 1964/2000. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>>. Acesso em: 17 jan. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 656p.

DÍAZ, Jorge Alberto Álvarez. El estatus biológico del embrión humano. Nuevas repercusiones bioéticas y biojurídicas. **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao, n.28. p.195-209, ene./jun.2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 938p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

ESPAÑA. Gobierno LEY 35/1988, de 22 de noviembre. Sobre técnicas de reproducción asistida. Boletín Oficial Del Estado, Madrid, n. 282, 24 nov. 1988. Disponível em: <http://www.congreso.es.constituicion/ficheiros/leyes/espaa/l0351988.pdf>. Acesso em: 24.set.2009.

ESPAÑA. Gobierno. LEY 45/2003, de 21 de noviembre. Sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Disponível em: <http://www.derecho.com//boe/ley-45-2003-modifica-ley-35-1988-tecnicas-reproduccion-asistida/>. Acesso em: 24.set.2009.

ESPAÑA. Gobierno. LEY 14/2006, de 26 de mayo. Sobre técnicas de Reproducción humana asistida. Disponível em: http://www.noticiasjuridicas.com/base_datos/Adimn/14-2206.html#a6. Acesso em: 24.set.2009.

ESPAÑA. Gobierno. LEY 14/2007, de 3 de Julio. Investigación biomédica. Boletín Oficial Del Estado, Madrid, n. 159, 04 jul. 2007. Disponível em: <http://www.congreso.es.constituicion/ficheiros/leyes/espaa/l0142007.pdf>. Acesso em: 24.set.2009.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.55 -71.

FERNANDES, Márcia Santana. Uma abordagem jurídica e bioética sobre as patentes envolvendo células-tronco humanas. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.236-297.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.24-59.

FIUZA, César. Direito Civil. **Curso Completo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.1152p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 224p.

GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord) **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.263-276.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da dignidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 333p.

GARCÍA, Eduardo Corral. **La desprotección jurídica Del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica**. Universidad de la Rioja, vol. 20, n. 69, 2009. Disponível em: <<http://www.aebioetica.org.rtf/02-BIOETICA-69.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.238p.

HABERMAS, Jünger. **O futuro da natureza humana**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.99-154.

LILIE, Hans. Contracepção e Esterilização. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. (Org.) **Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.127-132.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O uso de amostras biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação. Uma breve reflexão. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.159-178.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Filiação e Biodireito: Uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.251-280.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 586p.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 354p.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.85-97.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.) **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.83-95.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do Embrião. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.163-177.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão: Discurso inicial sobre o Biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.) **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008, p.9-18.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1485p.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.23-53.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conceito normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.105-147.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser, os direitos sucessórios do embrião humano**. Belo Horizonte: New Hampton Press Ltda, 2007.160p.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no direito privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Direito**

Civil. Princípios jurídicos no direito privado. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.55-86.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade civil na reprodução assistida.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. 293p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 346p.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 366p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização:** normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 11 out. 2009.

RELATÓRIO Belmont. **Diretrizes e princípios éticos para a proteção de objetos humanos de pesquisa. Comissão nacional para a proteção de objetos humanos na pesquisa biomédica e comportamental,** 1979. Disponível em: <http://www.ecu.edu/irb/docs/Belmont%20Report_Spanish.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2010.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 110p.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. BORGES, Janice Silveira A alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord). **Manual de direito das famílias e das sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.227-249.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Direito civil: atualidades II.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.179-208.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 154p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97 com as alterações introduzidas pela Lei 10.211/01**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.154p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. O microsistema do biodireito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.185-195.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 364p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Personalidade civil do ser humano e direitos da personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n.5 e 6, p.192-204, 1º e 2º sem. 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Biotecnologia e aspectos relevantes da nova Lei de Biossegurança, **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 8, n.15, p. 9-21, 1º sem.2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.) **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p.107-146.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da personalidade civil do nascituro: uma discussão sobre ontologias jurídicas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n.17, p.23-32, 1º sem.2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Investigaciones com células troncales embrionárias em Brasil y La (In)constitucionalidad del artículo 5º de la ley de Bioseguridad (Parte I). **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao, n.28. p.177-191, ene./jun.2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Investigaciones com células troncales embrionárias em Brasil y La (In) constitucionalidad del artículo 5º de la ley de Bioseguridad (Parte II). **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao, n.29. p.151-166, jul./dic.2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. 156p.

SÁNCHEZ, Fernando Abellan-Garcia. El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988 a la clonación de nuestros días. **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao, n.28. p.59-83, ene./jun.2008.

SANTIAGO, Robson Luiz Santiago. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.) **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p.119-143.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.) **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p.19-30.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. **Utilização das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos**: Uma análise crítica à luz dos limites impostos pela Lei n 11.105/2005. 2006. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

SCHETTINI, Beatriz. Reprodução assistida e direito: aspectos filosóficos para uma reflexão contemporânea sobre a condição jurídica do embrião humano. In: ARANTES, Bruno Camilloto; BARBOSA, Renata Almeida; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata (Org.) **Hermenêutica jurídica**: uma análise contemporânea da interpretação e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Clássica, 2008, p.282-294.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 224p.

SERRÃO, Daniel. Estatuto moral do embrião: a posição do Conselho Europeu. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.) **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p.147-148.

SIRVENT, José Chofre. **Reproducción asistida y Constitución [Espanhola] (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)**. Novos estudos jurídicos, vol. 8, n 1, p-145-174.jan-abr 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. O embrião excedente - o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do projeto de lei do Senado n. 90/99. **Revista Trimestral de direito Civil**. Rio de Janeiro, v.8, p.83/, out./dez. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire

de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.115-130.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.309-322.

TEIXEIRA. Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.251-273.

TEIXEIRA. Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.301-319.

TEIXEIRA. Ana Carolina Brochado; BAÊTA, Heloísa Maria Coelho. Princípio da justiça e doação de órgãos e tecidos. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.92-123.

TRIAS, Encarna Roca i. Direitos de Reprodução e Eugenia. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.) **Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p.100-126.

UNESCO. **Declaração sobre bioética e direitos humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2009.

ZATZ, Mayana. **Células-tronco**. Disponível em <<http://www.portadeacesso.com/artigos-leis/ct/ct-zats-varella.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2010.