



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**  
**NATÁLIA LIMA MIRA GOMES**

**DIREITOS À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE ÀS  
INOVAÇÕES BIOMÉDICAS COM EMBRIÕES DESCARTADOS**

Tubarão  
2011

**NATÁLIA LIMA MIRA GOMES**

**DIREITOS À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE ÀS  
INOVAÇÕES BIOMÉDICAS COM EMBRIÕES DESCARTADOS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.  
Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Sandra Luiza Nunes Angelo de Mendonça Fileti, Esp.

Tubarão

2011

**NATÁLIA LIMA MIRA GOMES**

**DIREITOS À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE ÀS  
INOVAÇÕES BIOMÉDICAS COM EMBRIÕES DESCARTADOS**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 22 de junho de 2011.

---

Professora e orientadora Sandra Luiza Nunes Angelo de Mendonça Fileti, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Erivelton Alexandre Mendonça Fileti, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Maurício Daniel Monçons Zanotelli, Me.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Com todo meu respeito e admiração, dedico esta monografia aos meus pais, João Gualberto Gomes e Sônia Lima Gomes, que em minha vida foram o apoio essencial, indispensável e exemplo de vida a ser seguido; e à minha irmã, Carolina Lima Mira Gomes, pelo apoio, incentivo e carinho durante toda essa trajetória.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus por ter me dado forças, por estar sempre comigo e pela chance de concluir mais uma etapa da minha vida.

A toda minha família, em especial aos meus pais, João Gualberto Gomes e Sônia Lima Gomes, que se dedicaram totalmente e nunca mediram esforços na minha educação, formação e por quem sou hoje. Pelo apoio e incentivo em toda a minha caminhada. À minha irmã, Carolina Lima Mira Gomes, pelo carinho, amizade, atenção e pela confiança em mim depositada.

Aos meus amigos e colegas de classe que me ajudaram e estiveram juntos comigo, não só nestes cinco anos e meio, mas também, aqueles que me acompanharam desde sempre. Obrigada pelo companheirismo e pela verdadeira amizade.

Aos professores do curso de Direito, em especial a minha orientadora e professora Sandra Luiza Nunes Angelo de Mendonça Fileti, pela dedicação a mim dispensada e ensinamentos no auxílio à concretização desta monografia.

Por fim, agradeço a todos pela atenção, respeito e confiança e aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para que este trabalho fosse realizado. Meu eterno agradecimento.

## RESUMO

A presente monografia trata dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana frente às inovações biomédicas aplicadas aos embriões descartados provenientes de fertilização *in vitro*. A pesquisa objetiva apurar como os avanços que envolvam novas técnicas de biotecnologia poderão mudar as concepções doutrinárias a respeito do início da vida humana. Visa, ainda, analisar os aspectos jurídicos dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, iniciando pelo direito constitucional, discorrendo sobre os princípios fundamentais envolvidos, bem como os aspectos civis dos mesmos e sua natureza jurídica. Utilizou-se para a coleta dos dados acostados a pesquisa bibliográfica, calcada nas fontes imediatas jurídico-formais, especialmente a lei, doutrina nacional e algumas traduções de direitos comparados e humanos e, ainda, artigos científicos, filosóficos, religiosos e jurídicos fundamentados na legislação pátria. O método de abordagem escolhido para o desenvolvimento da pesquisa foi o dedutivo. Para tanto, inicialmente, foram abordados os conceitos de vida e dignidade, direitos fundamentais, direito à vida, bioética e biodireito. Seguiu-se para o estudo específico do embrião humano alcançando seu estatuto jurídico, conceito, desenvolvimento, evolução de sua proteção jurídica frente ao princípio da dignidade da pessoa humana e a titularidade dos direitos fundamentais do embrião. Passou-se à apreciação da Lei de Biossegurança no tocante aos seus avanços biomédicos, as práticas de utilização do embrião, assim como a ausência de legislação pátria específica ao tema entelado. Por derradeiro, apresentou-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, que discutiu o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, que refere o uso dos embriões para fins de pesquisa. Com efeito do estudo realizado, constatou-se a importância das pesquisas com embriões descartados oriundos de fertilização *in vitro*, sendo este amparado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Embrião Humano. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Lei de Biossegurança. Fertilização *In vitro*.

## ABSTRACT

This monography deals with the rights to life and human dignity in the face of biomedical innovations applied to discarded embryos from *in vitro* fertilization. The research aims to investigate how the advances that involve new techniques of biotechnology may change the doctrinal conceptions about the beginning of human life. It also aims to examine the legitimate aspects of surplus embryos from *in vitro* fertilization, starting with constitutional law, discussing the fundamental principles involved and the civilian aspects of themselves and their legal nature. It was used for data collection aosta literature, based on immediate sources of legal-formal, especially the law, national doctrine and some translations compared and human rights, and also scientific papers, philosophical, religious and legal grounds in the legislation homeland. The method of approach chosen for the development of the research was deductive. For that, initially, were addressed the concepts of life and dignity, fundamental rights, right to life, bioethics and biolaw. Followed for the specific study of the human embryo reaching their legal status, concept, development, evolution of its legal protection against the principle of human dignity and their fundamental rights of the embryo. Went to the assessment of the Biosecurity Law in relation to their biomedical advances, their practice of using the embryo as well as the absence of legislation specific to the country theme screened. For last, presented the position of the Supreme Court on direct action of unconstitutionality 3510, which discussed the article 5 of law number 11.105/2005, which refers to the use of embryos for research purposes. Indeed the study noted the importance of research on discarded embryos from *in vitro* fertilization, which is supported by the constitutional principle of human dignity.

Keywords: Human Embryo. Principle of Human Dignity. Biosecurity Law. *In Vitro* Fertilization.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	8
1.2 JUSTIFICATIVA.....	8
1.3 OBJETIVOS .....	9
1.3.1 Objetivo geral .....	9
1.3.2 Objetivos específicos.....	9
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	10
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO.....	10
<b>2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA</b> .....	12
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO .....	14
2.2 A VIDA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE: INÍCIO DA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	19
2.3 A RELAÇÃO DO DIREITO À VIDA COM O SIGNIFICADO E CONTEÚDO DOS CONCEITOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO .....	21
2.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NO BRASIL.....	24
<b>3 O EMBRIÃO HUMANO E SEU ESTATUTO JURÍDICO</b> .....	29
3.1 O EMBRIÃO E A ENGENHARIA GENÉTICA .....	30
3.2 AS FASES DE DESENVOLVIMENTO DO EMBRIÃO E A INDIVIDUALIDADE HUMANA .....	33
3.3 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO FRENTE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	37
3.4 OS EMBRIÕES HUMANOS COMO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	40
<b>4 OS AVANÇOS BIOMÉDIOS E A LEI DA BIOSSEGURANÇA</b> .....	43
4.1 A FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DOS EMBRIÕES DESCARTADOS .....	46
4.2 ARTIGO 5º DA LEI Nº 11.105/2005 – A LEI DA BIOSSEGURANÇA.....	50
4.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN 3510.....	52
4.4 UTILIZAÇÃO DOS EMBRIÕES DESCARTADOS DE ACORDO COM A LEI Nº 11.105/2005.....	56
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	62

# 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico tem a finalidade de analisar os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana frente às inovações biomédicas com embriões descartados provenientes de fertilização *in vitro* de acordo com a legislação pátria. A pesquisa objetiva apurar como os avanços que envolvam biotecnologia poderão mudar as concepções doutrinárias a respeito do início da vida humana.

## 1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida frente às inovações biomédicas existentes, já que essas vêm desempenhando avanços benéficos para a saúde e o tratamento de doenças do ser humano como pessoa.

Considerando que não há uma legislação específica sobre a proteção do embrião e o fato de tratar-se da manipulação da vida humana no seu início, faz-se a seguinte pergunta: O Direito, atualmente, diante das pesquisas com embriões *in vitro*, tem capacidade de acompanhar o ritmo dos avanços biomédicos sem abordar assuntos constitucionais sobre as inovações que envolvam biotecnologia?

## 1.2 JUSTIFICATIVA

A abordagem da utilização dos embriões descartados, oriundos de fertilização *in vitro*, nas pesquisas humanas, desencadeia, principalmente, a falta de proteção que é dada frente a estes procedimentos biomédicos, como também, a falta de atuação correta do Direito no ordenamento jurídico brasileiro em relação às pesquisas científicas, que podem ser consideradas imorais e antiéticas, e ainda, realizadas sem fiscalização e regulamentação apropriadas.

O tema foi escolhido tendo em vista a constante evolução da ciência, bem como, a incapacidade do Direito de acompanhar tal ritmo, já que faz referência aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, gerando consequências nos mais diversos setores da sociedade.

Os avanços biomédicos trazem resultados benéficos para a humanidade, mas ocasionam uma série de interrogações em situações que devem ser objeto de profunda reflexão. Diante de tal fato, será analisada a possibilidade perante o ordenamento jurídico de utilização dos embriões humanos descartados para fins de pesquisa e terapia, o qual se relaciona diretamente com a discussão acerca da proteção do início do direito à vida.

E, verificando que a legislação pátria é deficiente, deve ser buscado através da melhor interpretação e aplicação dos princípios constitucionais em conjunto com o disposto na Constituição Federal de 1988, a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 visando a solução para a utilização desses embriões humanos.

### 1.3 OBJETIVOS

#### 1.3.1 Objetivo geral

Analisar os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana frente às inovações biomédicas com embriões descartados provenientes de fertilização *in vitro*, levando em consideração princípios constitucionais e jurídicos, éticos e morais, bem como abordar a discussão no meio doutrinário, na intenção de obter uma resposta satisfatória para o problema presente neste trabalho.

#### 1.3.2 Objetivos específicos

Verificar a deficiência do ordenamento jurídico brasileiro quanto à utilização de embriões descartados, bem como o início da proteção à vida, posto que não apresenta uma

solução adequada sobre a proteção e descarte do embrião humano oriundo de fertilização *in vitro*.

Demonstrar a necessidade de proteger o embrião através de legislação específica que esteja sob a égide dos princípios constitucionais, como os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, tendo como objeto as pesquisas científicas com os embriões descartados.

#### 1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para a obtenção dos objetivos propostos, proceder-se-á a análise de bibliografia na área do direito constitucional, no que concerne às obras gerais sobre os princípios da dignidade humana e do direito à vida. Serão analisadas também, bibliografias na área da biologia para que possa haver uma boa explanação sobre o embrião humano e seu desenvolvimento, bem como as técnicas de fertilização *in vitro* e reprodução assistida.

Igualmente, verificar-se-á os entendimentos que vêm prevalecendo quanto às pesquisas, se estas ferem ou não o princípio da dignidade humana.

Utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e o procedimento monográfico para o estudo da doutrina relativo ao tema e de todo o material encontrado a respeito das pesquisas com embriões descartados.

#### 1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

A temática foi dividida em três capítulos, com a finalidade de melhor abranger o conhecimento buscado. Como início da investigação, fez-se necessário identificar o princípio da dignidade humana e o início da vida, bem como os demais direitos fundamentais relacionados a esta questão.

No segundo capítulo coube entender a vida embrionária, passando pelo processo natural de fecundação, na qual se identifica o embrião nidado; e pela reprodução assistida, que tem como fruto o embrião *in vitro*.

Foi necessário, também, entender o conceito de embrião para o Direito, a existência de proteção dos direitos fundamentais ao embrião, bem como à dignidade. O embrião

descartado é estudado quanto a sua posição para o Direito, bem como quanto a sua utilização, verificando-se as possibilidades existentes para ele na condição em que se encontra.

Posteriormente, diante das novas possibilidades propostas pela ciência, há referência ao artigo 5º da Lei de Biossegurança em todos os seus aspectos, inclusive pelo exame do julgamento do referido dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 proposta.

Perante o conflito existente entre o direito à vida do embrião e o direito à vida digna, tratou-se de entender essa afronta (avanços biomédicos x legislação) na busca da prevalência de um direito predominante na utilização do embrião.

## 2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA

Antes de iniciar o estudo acerca do direito dos embriões à vida, é necessário analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, face a sua relevância jurídica como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Etimologicamente, a palavra princípio, do latim *principiu*, substantivo masculino, significa:

(a) momento ou local ou trecho em que algo tem origem, começo; (b) causa primária; (c) elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; (d) preceito, regra, lei; (e) (por extensão) base, germe; (f) (estudo da linguagem) restrição geneticamente imposta a uma gramática; (g) (filosofia) origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento; (h) (lógica) na dedução, a proposição que lhe serve de base, ainda que de modo provisório, e cuja verdade não é questionada.<sup>1</sup>

No plural, o termo princípios significa (filosofia) as proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado.<sup>2</sup>

Os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins, dando unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando as tensões normativas.<sup>3</sup>

Para Santos<sup>4</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio basilar presente nas Constituições da maioria dos países ao redor do mundo, com maior destaque no Ocidente; de um lado, para instituir o valor representado pelo ser humano em qualquer ordem jurídica e, de outro, para promover todos os esforços no sentido de evitar as experiências históricas, já vivenciadas pela humanidade, de aniquilação do ser humano.

Demais disso, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, esta-se a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana. A unidade da Constituição, na melhor doutrina do constitucionalismo contemporâneo, só se traduz compreensivelmente quando

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: O minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 1393.

<sup>2</sup> FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 78.

<sup>3</sup> Ibid., p. 82.

<sup>4</sup> SANTOS, Emerson Martins. **O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido “in vitro”**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 12 – jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055-Emerson\\_Martins\\_dos\\_Santos\\_\(concepcao\\_in\\_vitro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055-Emerson_Martins_dos_Santos_(concepcao_in_vitro).pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2011.

tomada em sua imprescritível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber, forma e matéria, razão e valor.<sup>5</sup>

É um princípio cuja aplicação tem o reconhecimento do homem como ser digno de proteção. Portanto, o princípio jurídico da dignidade é fundamento da República e exige como pressuposto que a vida humana esteja acima de todas as coisas. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.<sup>6</sup>

A pessoa tem dignidade exatamente por ser pessoa, de modo que o princípio da dignidade é o primeiro de todos, ou seja, seu valor está acima de qualquer outro direito.<sup>7</sup>

Jacinto situa a dignidade humana como “elemento norteador e concretizador do Estado Democrático de Direito brasileiro, haja vista que o conceito contemporâneo de Estado de Direito traz como o seu conteúdo legitimador a concretização dos direitos fundamentais.”<sup>8</sup>

A importância e indispensabilidade do ser humano permeiam a difícil conceituação da dignidade, que longe de ter significado unívoco, é fundamento, princípio, direito e valor basilar de todo direito brasileiro.<sup>9</sup>

Garcia assevera:

Quando unificados os conceitos de dignidade e pessoa, tem-se o entendimento de que o homem é ponto de partida e de chegada; que o homem não admite substituição equivalente; que o homem é o único ser que compreende um valor interno e, que por final, não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana.<sup>10</sup>

A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide.<sup>11</sup>

O direito à vida integra-se a pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (Constituição Federal, artigo 7º) ou prestação de alimentos (Constituição Federal, artigos 5º, LXVII, e 229), pouco importando que seja idosa (Constituição Federal, artigo 227), portadora de anomalias

<sup>5</sup> JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana** – princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2008, p. 26.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**, ano 91, Revista dos Tribunais, n. 797, março 2002, p. 15.

<sup>7</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 43.

<sup>8</sup> JACINTHO, op.cit., p. 26.

<sup>9</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29.

<sup>10</sup> GARCIA, Edinês Maria Sorman. **O fundamento da consagração da pessoa humana no texto constitucional brasileiro de 1988**. SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David. 15 anos da Constituição Federal em Busca da Efetividade. Bauru: Faculdade de Direito de Bauru, 2003, p. 213.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24. Nesse sentido, ratificando o art. 2º do Código Civil onde: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

físicas ou psíquicas (Constituição Federal, artigos. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.<sup>12</sup>

Como informa Roberto, o direito à vida possui íntima ligação com a dignidade, ou poderia dizer, ainda, a plenitude da vida. Isto significa que o direito à vida não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente.<sup>13</sup> Vem declarado como garantia fundamental no caput do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>14</sup> Muito além do que um direito, a vida humana é também considerada como valor, conforme pondera Silva “(...) constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos”<sup>15</sup>, isso porque há a necessidade da existência da vida humana para que sejam garantidos todos os demais direitos.

Independentemente de crenças religiosas ou convicções filosóficas ou políticas, a vida é um bem ético. O direito à vida é inerente à condição humana, razão pela qual é de primordial importância, para a humanidade, o respeito à origem, à conservação e à extinção da vida. O respeito à vida é o fundamento de todos os demais direitos humanos, pois, “constitui-se no pré-requisito à existência e ao exercício dos demais direitos.”<sup>16</sup>

## 2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO

Pereira<sup>17</sup> explica que a expressão “dignidade da pessoa humana” é uma criação da tradição kantiana<sup>18</sup> no começo do século XIX. No ordenamento nacional, a dignidade da

<sup>12</sup> DINIZ, 2002, p. 22.

<sup>13</sup> ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **O Direito à Vida**. Disponível em: <<http://www.uel.br/cesadireito/doc/estado/artigos/constitucional/artigodireitoavida.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2011.

<sup>14</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 03 abr. 2011.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivado**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.198.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 143.

<sup>17</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95.

<sup>18</sup> “Os seres cuja natureza depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meio e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”. KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 99.

pessoa humana<sup>19</sup> é proclamada logo no início da Constituição Federal Brasileira vigente, sob o título “dos princípios fundamentais”, representando a base do Estado Democrático de Direito, servindo de fundamento para todos os demais direitos.

Para que o indivíduo humano tenha a possibilidade de existir, de se realizar, é indispensável que este tenha assegurado a inviolabilidade de sua vida e de sua dignidade, sob pena de não haver razão de ser de todos os demais direitos. A Constituição Federal consagra a vida humana como valor supremo, declarando-a inviolável.<sup>20</sup>

Não é permitido admitir que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana, presente em qualquer regime jurídico das sociedades democráticas como princípio fundamental, pelo fato de tratar de um direito humano essencial a ser observado e aplicado de forma a garantir que as pessoas tenham uma vida digna.<sup>21</sup>

O conceito de dignidade humana mostra-se de difícil definição.<sup>22</sup> Seu sentido foi sendo construído e compreendido ao longo do tempo e mediante as ações praticadas pelo próprio ser humano.

Deve-se esclarecer que a dignidade é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e (deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.<sup>23</sup>

Propõe Sarlet, o presente conceito de dignidade da pessoa humana:

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>24</sup>

Informa Silva<sup>25</sup> que a dignidade é reconhecida a toda pessoa humana na medida em que ela se apresenta como um sujeito ético individual, isto é, um ser revestido de

<sup>19</sup> Artigo 1º, inciso III. CF. BRASIL.

<sup>20</sup> “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, (...)”. CF. BRASIL.

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 49-50.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 38.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>24</sup> SARLET, 2008, p. 42.

<sup>25</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002, p. 192.

potencialidade suficiente para se determinar, por intermédio da razão, para a ação em liberdade.

O valor da dignidade da pessoa humana atribui-se ao centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro, dando sentido à interpretação das normas em geral. Consagra-se, portanto, “a dignidade humana como verdadeiro superprincípio”<sup>26</sup>, tendo em vista que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade.”<sup>27</sup>

Na linguagem natural, sentido literal da palavra, expressa em dicionário comum, a dignidade é conceituada como modo de proceder que inspira respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; distinção; qualidade de digno; honestidade.<sup>28</sup>

Buscando uma conceituação jurídica, Silva<sup>29</sup> dá significado a palavra dignidade, sendo derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedora do conceito público.

Na concepção de Kant<sup>30</sup> o ser humano considerado como pessoa coloca-se acima de qualquer preço, pois como pessoa não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou até mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, ou seja, ele possui uma dignidade, que equivale a um valor interno absoluto, através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os demais seres racionais do mundo.

Portanto, a dignidade apresenta-se como a base de todos os valores morais, a composição de todos os direitos do homem, como sendo tudo aquilo que não tem preço e que não pode ser objeto de troca; fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesma e não como objeto ou meio para se atingir outros fins, como bem explicitou Kant.

Na visão de Silva:<sup>31</sup>

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não

<sup>26</sup> Superprincípio da dignidade: “No sentido de que mais importante do que a própria vida é a vida com dignidade. “A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora”. PIOVESAN, 2006, p. 49-50.

<sup>27</sup> PIOVESAN, loc. cit.

<sup>28</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 248.

<sup>29</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267.

<sup>30</sup> KANT, 1997, p. 276.

<sup>31</sup> SILVA, José, 2006, p. 109.

podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos exigência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Segue destacando o autor<sup>32</sup> que a pessoa humana constitui-se em um bem, dotada de dignidade própria, que significa o seu valor, não podendo ser sacrificada em benefício de qualquer interesse coletivo.

A dignidade complementa e protege o ser humano em todos os sentidos de seu ser, fazendo com que toda a estrutura jurídica garanta a existência do ser humano combinada com suas características únicas.<sup>33</sup>

Nery estabelece que “o homem em sua dignidade é o fundamento de toda moral, e o Direito se curva a esse primado para traçar o conceito de que necessita para implementar a célula mestra da Ciência Jurídica<sup>34</sup>, que é delinear o que vem a ser sujeito de direitos e obrigações.”<sup>35</sup>

É a dignidade que fornece ao Direito subsídios para a ampla existência do ser humano e sua garantia, já que toda pessoa é detentora de dignidade.<sup>36</sup> A dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos fundamentais, reconhecendo esses direitos em todos os seus aspectos jurídicos.

De ampla significação e abrangência, a dignidade da pessoa humana propõe a proteção dos direitos da pessoa. Não se trata de algo que emana de suas características pessoais, mas que advém de seu status de ser humano e das relações para com outras pessoas.<sup>37</sup> Para tanto, Garcia ressalta, a exemplo do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

<sup>32</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 62.

<sup>33</sup> SARLET, 2008, p. 44.

<sup>34</sup> “(...) norma jurídica o real objeto do direito, ficando a conduta humana com um caráter de pressuposto material da norma, apenas configurando objeto de estudo da ciência jurídica quando constitui relação jurídica previamente prevista em norma”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

<sup>35</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 136.

<sup>36</sup> SARLET, 2008, p. 46.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 47.

“Todas as pessoas que, biologicamente consideradas, são os seres humanos nascidos de mulher, são destinatários do princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>38</sup>

Moraes dispõe:

(...) é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>39</sup>

Também Sarlet:

Onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>40</sup>

Ao tempo em que a dignidade da pessoa humana vai servir de prerrogativa para a avaliação de conceitos constitucionalmente assegurados, também irá atuar quando a contraposição de direitos fundamentais será relativa a alguns daqueles direitos que compõem a essência da dignidade da pessoa.<sup>41</sup>

O que importa ressaltar é que a dignidade, em relação a todos os direitos, assume a função de norte, de fronteira ou de alicerce na concretização de todo e qualquer direito. Muitas vezes tais direitos são concretizações mediatas e remotas do princípio da dignidade humana, cuja materialização deve ser sempre considerada através da realização próxima da dignidade humana, aqui considerada como padrão ético máximo. Em que pese haver dissensões sobre se a dignidade da pessoa, enquanto posição subjetiva individual é ou não, absoluta, não há dúvidas de que, quando posto como princípio da hermenêutica, a dignidade humana assume a sua função de prover unidade material aos sistemas constitucionais. E aí sim, adquire foros de absoluto para a ordem jurídica.<sup>42</sup>

A dignidade seria, então, um valor que decorre do ser humano consciente de si e dos demais integrantes da sociedade, atribuindo a todos o mesmo tratamento que recebem, em especial, no que se refere ao direito à vida.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> GARCIA, 2003, p. 222.

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 128-129.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

<sup>41</sup> SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Dignidade da pessoa humana**: uma prerrogativa de todos. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2642, 25 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17485>>. Acesso em: 5 maio 2011.

<sup>42</sup> JACINTHO, 2008, p. 138.

<sup>43</sup> Ibid., p. 138.

## 2.2 A VIDA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE: INÍCIO DA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana constituem a essência dos direitos humanos, em razão de sua intangibilidade. Tudo o que venha contrariar esse processo vital, estará contrariando o previsto expressamente da Constituição<sup>44</sup> no que determina o artigo 5º ao garantir “a inviolabilidade do direito à vida”.

O direito à vida está garantido pela norma constitucional em cláusula pétreia (artigo 5º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar.

Daí conter uma força paralisante total de toda legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-la por força do art. 60, § 4º, da Constituição Federal. O art. 5º da norma constitucional tem eficácia positiva e negativa. Positiva, por ter incidência imediata e ser intangível ou não emendável, visto que não pode ser modificado por processo normal de emenda. Possui eficácia negativa por vedar qualquer lei que lhe seja contrastante, daí sua força vinculante, paralisante, total e imediata, permanecendo intangível, ou não emendável pelo poder constituinte derivado, exceto por meio de revolução ou de ato de novo poder constituinte originário, criando e instaurando uma novel ordem jurídica. O direito à vida deverá ser respeitado antes a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta, sob pena de se destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico. Seria inadmissível qualquer pressão no sentido de uma emenda constitucional relativa à vida humana, como por exemplo, a referente à legalização do aborto, pois o art. 5º é cláusula pétreia.<sup>45</sup>

A vida é direito de todos e um bem inviolável. Sendo o primeiro de todos os direitos, é oriundo do jusnaturalismo<sup>46</sup>, posto que a vida humana e o direito à sobrevivência são anteriores a qualquer regramento jurídico existente, sendo considerado um direito natural.

Nas palavras de Rocha:

“Um direito primário, personalíssimo, essencial, absoluto, irrenunciável, inviolável, imprescritível, indisponível e intangível, sem o qual todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo.”<sup>47</sup>

Moraes<sup>48</sup> lembra que a Constituição Federal proclama o direito à vida cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

<sup>44</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n53/fjunqueiratexto.html>>. Acesso em: 12 maio 2011.

<sup>45</sup> MORAES, 2003, p. 130.

<sup>46</sup> “Corrente tradicional do pensamento jurídico, que sustenta a existência de um direito natural superior ao direito positivo”. LEMBO, Cláudio. **A pessoa e seus direitos**. Barueri: Manole, 2007, p. 11.

<sup>47</sup> ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa com células-tronco**: Limites Éticos e Jurídicos. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008, p. 111.

<sup>48</sup> MORAES, 2003, p. 137.

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da república federativa do Brasil, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.<sup>49</sup>

O direito à vida é pressuposto de existência da sociedade, e também do próprio Estado. Como primeiro dos direitos, o direito à vida resguarda o bem maior protegido pelo Estado, a vida humana. Descreve Fabríz:

A vida, antes de ser um direito, é pressuposto e fundamento maior de todos os direitos. A vida, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, configura-se como um princípio que deve ser observado a todos sem distinção, de modo que os seus titulares são todas as pessoas que se encontram submetidas ao ordenamento jurídico brasileiro.<sup>50</sup>

Dentro dos direitos e garantias existentes, o direito à vida é considerado o mais indispensável, e que nas palavras de Diniz: “por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade”<sup>51</sup>, levando a crer que em decorrência da vida é que se originam todos os demais direitos, e em razão disso existe toda a estrutura normativa protetiva.

Alarcón sustenta que a “generalidade e abrangência do conceito vida humana previsto na Constituição Federal deve ser alargado em decorrência das situações inovadoras da ordem social que requerem uma maior abrangência da cobertura jurídica da expressão.”<sup>52</sup>

Prossegue o autor<sup>53</sup> supra que, frente às inovações tecnológicas tem-se que readequar o conceito vida humana como forma de aplicá-lo e resguardá-lo dentro da proposta constitucional, principalmente no que se refere aos embriões *in vitro*, que serão abordados no capítulo seguinte.

Quanto à intangibilidade da vida humana, Diniz afirma que: “(...) está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável.”<sup>54</sup>

<sup>49</sup> MORAES, 2005, p. 61.

<sup>50</sup> FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 267.

<sup>51</sup> DINIZ, 2002, p. 20.

<sup>52</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 187-188.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>54</sup> DINIZ, *op.cit.*, p. 23.

Deve haver uma reflexão acerca do respeito pela vida humana, isto porque é dever do Estado e dos demais integrantes da sociedade assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer ataque a este direito estaria afrontando a Constituição Federal.

### 2.3 A RELAÇÃO DO DIREITO À VIDA COM O SIGNIFICADO E CONTEÚDO DOS CONCEITOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO

O encontro da ética, da biologia, da medicina com o progresso da biotecnologia provocou uma mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando outra imagem à ética médica e, conseqüentemente, originando um novo ramo do saber, qual seja, a bioética.<sup>55</sup>

O termo bioética foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, num sentido ecológico, considerando-a a “ciência da sobrevivência”. [...] A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.

Esse sentido é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, que fundou, em 1971, na Universidade de Georgetown, o Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics e passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida. Com isso a bioética, como prefere Jean Pierre Marc-Vergnes, é uma ética biomédica. Essa ideia sedimentou-se com a divulgação da obra *The principles of bioethics*, escrita por Beauchamp e Childress, em 1979.

A *Encyclopedia of bioethics* definiu, em 1978, a bioética como “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Na segunda edição, em 1995, deixando de fazer referências aos valores e princípios morais, passou a considerá-la como o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar. Com isso adaptou-se o pluralismo ético atual na área da bioética.

Tratando de bioética, Fabriz conceitua:

“(...) representa um estudo acerca da conduta humana no campo da vida e saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelos avanços das pesquisas biomédicas e tecnocientíficas.”<sup>56</sup>

A bioética preocupa-se com a manutenção da ética diante do avanço da ciência, principalmente no que se refere ao relacionamento direto com o ser humano, isso porque, a relação da ética com o progresso da biotecnologia e com as ciências da vida, cada vez mais

<sup>55</sup> DINIZ, 2002, p. 6.

<sup>56</sup> FABRIZ, 2003, p. 73.

interfere de forma significativa nas formas tradicionais de agir dos profissionais tanto da área da saúde como das ciências jurídicas, tornando a relação entre Ética, Direito e Medicina mais presente.<sup>57</sup>

Ainda, Barchifontaine define bioética como:

(...) um mecanismo de coordenação e instrumento de reflexão para orientar o saber biomédico e tecnológico, em função de uma proteção cada vez mais responsável da vida humana. A bioética, por ser um ramo da ciência que procura estar a serviço da vida, engloba em suas reflexões os aspectos sociais, políticos, psicológicos, legais e espirituais. É uma reflexão sobre o resgate da dignidade da pessoa humana frente aos progressos tecnicocientíficos na área da saúde, frente à vida.<sup>58</sup>

Para Pessini, bioética é a ciência que estuda, no campo específico das ciências da vida, “a oralidade humana, estando nesta inclusa a ética médica tradicional”, porém indo além desta ao considerar outros “problemas éticos não levantados originalmente pelas ciências biológicas, não sendo primordialmente de ordem médica.”<sup>59</sup>

Pondera Silva que a reflexão sobre a bioética “congrega, sob o foco de uma concepção personalista da humanidade, desde as questões clássicas da deontologia médica até os modernos dilemas da ecologia política.”<sup>60</sup>

O próprio enfoque original da Bioética, proposto originalmente por Potter, conforme Diniz<sup>61</sup>, “evoluiu a ponto de hoje alcançar a microbioética, que trata dos conflitos oriundos da relação médico-paciente, substituindo a ética médica tradicional, e de uma macrobioética, que trata de questões ecológicas ligadas à sobrevivência da humanidade. Mais recentemente, surge o termo Biodireito.”<sup>62</sup>

O conceito de bioética é tão extenso quanto o campo que este ramo de estudo ocupa, sendo muitas as áreas de sua aplicação. A bioética configura-se numa matéria multidisciplinar, envolvendo outras ciências. Há uma conexão com a Filosofia, com a Biologia e com o Direito. A ciência jurídica tem um papel fundamental na tarefa de definição dos limites aos avanços tecnológicos propugnados pela bioética. E, esta missão, torna-se mais visível a partir do momento em que os direitos fundamentais da pessoa humana são postos em risco.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> PESSINI, et. al., 2005, p. 11.

<sup>58</sup> Ibid., p. 33-34.

<sup>59</sup> Ibid., p. 11.

<sup>60</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 167-168.

<sup>61</sup> DINIZ, 2002, p. 13.

<sup>62</sup> “A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo têm enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas [...] Com isso, como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito [...]” Ibid., p. 9.

<sup>63</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 9.

A Constituição Federal de 1988<sup>64</sup> proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bem jurídicos reconhecidos constitucionalmente<sup>65</sup>, que poderiam ser afetados pelo mau uso da liberdade da pesquisa científica.

Havendo conflito entre a liberdade de atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, prevalecerá o respeito à dignidade humana<sup>66</sup>, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, já estudado em tópico anterior.

Diniz informa que “nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo à pessoa humana e sua dignidade. A liberdade científica sofrerá as restrições que forem imprescindíveis para a preservação do ser humano na sua dignidade.”<sup>67</sup>

O tratamento que o Direito possa dispensar à regulação das questões da Bioética – é sabido, conecta-se também a outros valores, além do direito à vida, também consagrados nas Cortes Constitucionais, como por exemplo, os direitos à dignidade da pessoa humana, à intimidade e à liberdade. É precisamente a articulação desses direitos fundamentais o caminho a trilhar para desvendar ou construir soluções jurídicas para os difíceis casos que envolvem a Bioética e o Biodireito.<sup>68</sup>

A bioética e o biodireito não poderão ficar de lado nessa realidade e o fato de os conceitos jurídicos terem ficado ultrapassados, pois como acentuou Habermas, “na medida em que a ciência e técnica penetram nos âmbitos institucionais, começam a desmoronar-se as velhas legitimações.”<sup>69</sup>

O grande desafio do século XXI será desenvolver uma bioética e um biodireito que corrijam os exageros provocados pelas pesquisas científicas e pelo desequilíbrio do meio ambiente, resgatando e valorizando a dignidade da pessoa humana, ao considerá-la como o novo paradigma biomédico humanista, dando-lhe uma visão verdadeiramente alternativa que possa enriquecer o diálogo multicultural entre os povos, encorajando-os a um irem-se na empreitada de garantir uma vida digna para todos, tendo em vista o equilíbrio e o bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta.<sup>70</sup>

<sup>64</sup>Artigo 5º, IX. CF. BRASIL.

<sup>65</sup>“Como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade etc.”. Art. 5º, CF. BRASIL.

<sup>66</sup>VELASCO, Carolina Altoé. **Instrumentalização da pessoa humana em face da biotecnologia**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/carolina\\_altoe\\_velasco.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/carolina_altoe_velasco.pdf)>. Acesso em: 14 maio 2011.

<sup>67</sup>DINIZ, 2002, p. 7-8.

<sup>68</sup>MORAES, Germana de Oliveira. **O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais**. Revista direito e justiça – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 13- Novembro 2009. Disponível em: <[http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito\\_e\\_justica/article/viewFile/275/176](http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/275/176)>. Acesso em: 13 abr. 2011.

<sup>69</sup>HABERMAS, 2002, p. 79

<sup>70</sup>DINIZ, op. cit., p. 341.

A bioética e o biodireito deverão contribuir para um desenvolvimento controlado das ciências da vida, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana na transformação das condições da existência e tal objetivo será alcançado quando ambos constituírem o núcleo de um projeto de formação para ética das ciências e o componente essencial da cultura geral do século XXI.<sup>71</sup>

A questão da manipulação da vida<sup>72</sup> requer que seja de boa política que o Poder Legislativo elabore um Estatuto da Vida, ou melhor, um Código Nacional de Bioética, que possa servir de guia seguro e legal no diagnóstico e na solução de questões polêmicas advindas das práticas biotecnocientíficas.<sup>73</sup>

É necessário, também, que se passe a discutir sobre princípios como referência para bioética e biodireito, posto que podem contribuir para que haja um equilíbrio entre o extremo poder da tecnologia e a consciência de cada um, bem como da sociedade em seu conjunto, protegendo, assim, o futuro da humanidade através de um “Código da Vida”.

#### 2.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NO BRASIL

Da leitura dos princípios fundamentais do Estado brasileiro se infere a preocupação constante com a consolidação do regime democrático, no qual se concentram as esperanças para a efetivação dos direitos fundamentais. Assim é que, além de se constituir como Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro se alicerça sobre a dignidade da pessoa humana, na cidadania e tem como um dos seus objetivos uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> DINIZ, 2002, p. 341.

<sup>72</sup> “(...) intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental deverão subordinar-se a preceitos éticos e não poderão contrariar os direitos humanos”. MORAES, Germana, 2009.

<sup>73</sup> GARRAFA, Volnei. **Direito, ciência e bioética**: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana. In: Conferência Internacional de Direitos Humanos. Anais da I conferência Internacional de Direitos Humanos. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997, p. 128.

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 480.

Os direitos fundamentais são categorias superiores de direitos, que emanam da natureza humana, com características indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade, garantindo a dignidade a todos os seus integrantes.<sup>75</sup>

Dita Silva:

“Esse tema desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis.”<sup>76</sup>

Ferrajoli propõe uma noção teórica, puramente formal ou estrutural de direitos fundamentais. Para ele, são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos dotados de status de pessoa, de cidadão ou pessoa com capacidade de fato.<sup>77</sup> Para o autor, o direito subjetivo é definido como qualquer expectativa positiva (prestacional) ou negativa (não sofrer lesões) atribuída por uma norma a um sujeito, e o status é a condição de um sujeito previsto por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício delas mesmas.

Por serem direitos que decorrem da natureza humana, abrangem a todos os seres humanos. Nesta esteira, Bobbio analisa:

É verdade que a idéia da universalidade da natureza humana é antiga, apesar de ter surgido na história do Ocidente com o cristianismo. Mas a transformação dessa idéia filosófica da universalidade da natureza humana em instituição política (e nesse sentido podemos falar de ‘invenção’), ou seja, em um modo diferente de certa maneira revolucionário de regular as relações entre governantes e governados, acontece somente na Idade Moderna através do jusnaturalismo, e encontra a sua primeira expressão politicamente relevante nas declarações de direitos do fim do século XVIII.<sup>78</sup>

Uma vez declarados, os direitos fundamentais compõem bloco estrutural que caminham, propõem e impõem dignidade, igualdade e liberdade.<sup>79</sup>

Silva estuda os direitos fundamentais:

Constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa

<sup>75</sup> SILVA, José, 2006, p. 180-181.

<sup>76</sup> SILVA, José, 2006, p. 180-181.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre o direito e a moral, em **Revista do Ministério Público**, ano 24, n. 94, Lisboa, abril/junho de 2003, p. 9/30. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/\\_pdf/01/entrevista.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/entrevista.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2011.

<sup>78</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 204.

<sup>79</sup> SILVA, José, 2006, p. 179.

humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.<sup>80</sup>

Os direitos fundamentais assumem posição de destaque, pelos quais a vida, diante de suas diversas expressões, é devidamente protegida para que sua continuidade seja preservada, até quando contida nos menores seres.<sup>81</sup>

O termo direitos fundamentais é aplicado àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado; àqueles direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta; àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional.<sup>82</sup>

A princípio os titulares dos direitos fundamentais eram os genéricos homens ou cidadãos. Todavia, o avanço histórico desse processo de especificação passou a considerar peculiaridades relevantes do homem e do cidadão que requerem tratamento especial.<sup>83</sup>

Ao tratar dos direitos fundamentais subjetivos, Sarlet aponta:

“[...] à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental” em questão.

As novas biotecnologias, as investigações e descobertas mais recentes das ciências biológicas demandam os estudos da bioética e de biodireito, sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>84</sup>

Mais importante do que indicar quais são os princípios fornecidos pela medicina, é a indicação dos princípios jurídicos sob os quais a bioética deve estar vinculada. Desde logo, o princípio que aparece de maneira expressa como base de todo e qualquer valor bioético é o princípio da dignidade humana. A bioética não pode contrariar este princípio fundamental, pois o indivíduo humano representa o valor primordial da ordem jurídica.<sup>85</sup>

Os princípios fundamentais que regem a bioética são os da beneficência, da autonomia e da justiça.<sup>86</sup> No entanto, verifica-se que não há ainda um modelo bioético único,

<sup>80</sup> Ibid., p. 178.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2011.

<sup>82</sup> FILETI, 2009, p. 32.

<sup>83</sup> Ibid., p. 51.

<sup>84</sup> MORAES, Germana, 2009.

<sup>85</sup> BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 240.

<sup>86</sup> Sobre os princípios fundamentais da bioética, veja-se: PESSINI, et.al., 2005, p. 43 e ss.

sendo esta uma das razões para que o Direito intervenha, impondo restrições e limites para a atuação da biomedicina.<sup>87</sup>

Com isso, como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito. Estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.<sup>88</sup>

Sauwen citada por Diniz<sup>89</sup> informa que “a esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana”.

A bioética precisa de um paradigma e referência antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência. A bioética não poderá preocupar-se apenas com os caminhos para a solução dos problemas bioéticos; deverá levar à aquisição de hábitos éticos e de qualidade de caráter. A bioética e a biossegurança necessitam averiguar a legitimidade, ou não, do uso das novas tecnologias da engenharia genética para transformar a qualidade de vida das pessoas.<sup>90</sup>

Embora a Constituição Federal de 1988 assegure uma série de direitos no âmbito da bioética, não se tem verificado a concretização destes direitos ao nível da legislação ordinária. O que tem como consequência uma redução da efetividade da tutela conferida pelo Direito.<sup>91</sup>

As questões que inicialmente têm um caráter ético passam a ser revestidas por uma preocupação mais intensa, visto que bens jurídicos importantíssimos como a vida humana, a integridade pessoal, a identidade pessoal e genética, podem sofrer intervenções em desacordo com o regime de direitos, liberdades e garantias estatuídos pela Constituição.<sup>92</sup>

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 também de todo o ordenamento jurídico. Assim, sem admitir realizações que venham a reduzir a

<sup>87</sup> CHORÃO, Mário Bigotte. **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 432.

<sup>88</sup> PERETTI, Rubens Evandro de Godoy. **Concepções Básicas de Biodireito**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2406/1931>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

<sup>89</sup> DINIZ, 2002, p. 11.

<sup>90</sup> CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 15-16.

<sup>91</sup> SANTOS, 2008.

<sup>92</sup> Conforme o art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Art. 5º, §2º. CF. BRASIL.

pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito à uma vida digna.<sup>93</sup>

“É necessário impor limites à moderna medicina, reconhece que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana”. Daí ocupar-se a bioética de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana, às novas técnicas de reprodução humana assistida, à seleção do sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva, etc., considerando a dignidade humana como um valor ético, ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada a respeitar. Para a bioética e o biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com qualidade.”<sup>94</sup>

O respeito à vida humana digna, paradigma bioético, deve estar presente na ética e no ordenamento jurídico de todas as sociedades humanas. Os estudos sobre a Bioética e o Biodireito mostram o quão importantes são os avanços tecnológicos proporcionados a todas as áreas de estudo. Porém, salutar ter cuidado quando se tratar de questões que envolvem o homem, sua vida, sua dignidade e seu direito.<sup>95</sup>

Na sequência, será proposto maior aprofundamento sobre o direito à vida dos embriões humanos, bem como a doutrina busca solucionar estas questões.

---

<sup>93</sup> DINIZ, op. cit., p. 9.

<sup>94</sup> DINIZ, 2002, p. 18.

<sup>95</sup> SOUZA, David Silva de. **Biotecnologia e conduta humana**. Disponível em: <<http://www.esdm.com.br/include%5CdownloadSA.asp?file...652011151428.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

### 3 O EMBRIÃO HUMANO E SEU ESTATUTO JURÍDICO

Importante entender o conceito de embrião, a existência de proteção dos direitos fundamentais no que se refere a ele, bem como à dignidade. Posteriormente, estudar-se-á o início da personalidade humana, momento em que os direitos do embrião serão discutidos, bem como sua proteção jurídica.

O período embrionário é uma das diversas fases que constituem o desenvolvimento do ser humano, devendo ser protegida na medida de sua viabilidade, além de poder ser considerada o início da vida.<sup>1</sup>

A formação do embrião humano dá-se a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide e constitui uma das fases do desenvolvimento pré-natal. Esta fase é caracterizada pela maior taxa de crescimento em qualquer estágio da vida, pois o embrião cresce cerca de 10 mil vezes mais do que o tamanho do zigoto, além de ser o momento em que os principais órgãos e sistemas se desenvolvem, como o respiratório, o digestivo e o nervoso.<sup>2</sup>

Esse período é de grande vulnerabilidade do embrião, tanto é que apenas de dez a vinte por cento dos óvulos fecundados chegam a virar embriões, e quando chegam a esse estágio, aproximadamente cinquenta por cento das gestações são interrompidas por aborto espontâneo. Tudo isso se deve ao fato de serem comuns as más formações, defeitos genéticos, ou simplesmente a não fixação correta do blastocisto no útero materno.<sup>3</sup>

Os embriões fertilizados *in vitro*<sup>4</sup> têm o seu desenvolvimento interrompido na segunda semana após a concepção, momento em que ainda não têm a diferenciação celular iniciada e que todas as células são pluripotentes.<sup>5</sup> É o momento em que são avaliados quanto a sua viabilidade de implantação no útero.

<sup>1</sup> MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **A vida humana embrionária e a sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91.

<sup>2</sup> PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth Duskin. **Desenvolvimento humano**. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2000, p. 88.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>4</sup> “Resumidamente, temos como sendo dois os principais métodos de reprodução artificial ou reprodução assistida. A chamada inseminação artificial e a reprodução *in vitro*. Consiste a inseminação artificial na introdução de esperma na cavidade uterina ou no canal cervical no período em que o óvulo se encontra maduro, na busca e na esperança de sua fecundação para o início da gestação. O método da fertilização *in vitro* tem se utilizado de técnicas que visam aumentar as probabilidades de êxito no tratamento. Nesse sentido, tem-se procedido uma estimulação hormonal da mulher, obtendo-se, assim, vários óvulos em um mesmo ciclo menstrual. Assim, são retirados os óvulos obtidos e, em ambiente laboratorial, postos em contato com os gametas masculinos, visando sua fecundação. Após a obtenção do ovo, é promovido seu desenvolvimento até a obtenção de um embrião capaz de suportar uma transferência para o ventre materno”. MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 14.

<sup>5</sup> “Pluripotência em seu sentido mais amplo se refere a “ter mais do que um resultado em potencial”. Em sistema biológico, isso pode se referir tanto para células como para tecidos ou órgãos”. PAPALIA, et. al., 2000, p. 88.

Os embriões considerados inviáveis são congelados, sem destinação certa, que com a autorização da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/2005 - com a permissão dos pais e decorrido o prazo de três anos de congelamento - podem ser cedidos para pesquisas ou até para serem destruídos, conforme dispõe o artigo 5º do referido diploma.<sup>6</sup>

Neste capítulo, serão abordados os conceitos de embrião, bem como quando se dá o início da vida segundo a legislação vigente e a medicina. Estudar-se-á, também, a engenharia genética, os direitos fundamentais do embrião e a evolução da sua proteção jurídica.

### 3.1 O EMBRIÃO E A ENGENHARIA GENÉTICA

Desde 1997, com a clonagem da ovelha Dolly, têm surgido inúmeras descobertas na área genética. Merecem especial atenção as pesquisas de biotecnologia, haja vista que muitas vezes se tratam de pesquisas com genes humanos. Desta forma, existem questionamentos éticos, sociais e jurídicos a respeito do que seria aceitável ou não perante o ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

A genética estuda a transmissão hereditária e o seu âmbito investigativo, se estendendo desde microorganismos, vegetais e animais até o homem.<sup>8</sup> Entretanto, existem experimentos sobre a possibilidade de utilizar em humanos genes de outros seres humanos para curar doenças, torná-los imunes a elas ou ainda estender a expectativa de vida.

Souza<sup>9</sup> refere alguns dos benefícios que a genética pode trazer para a medicina:

A genética pode ajudar, portanto, de várias formas a medicina: a) pelo diagnóstico preditivo, com a análise e investigação de trechos de DNA que permitem identificar e diagnosticar anomalias cromossômicas e genes defeituosos a assim prevenir e melhor tratar predisposições patológicas e patologias genéticas; b) pela terapia gênica, ou seja, corrigindo genes defeituosos nas células humanas; e c) pela produção de novos remédios, em que indústrias farmacêuticas têm feito investimentos milionários na leitura do DNA humano com o objetivo de conseguir produtos biotecnológicos (antibióticos, hormônios, proteínas sintéticas etc.) que possam prevenir e tratar as diversas enfermidades existentes.

---

<sup>6</sup> PAPALIA, et. al., loc.cit.

<sup>7</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 164.

<sup>8</sup> Ibid., p. 177.

<sup>9</sup> SOUZA, Paulo, loc. cit.

Uma das principais expressões empregadas para se referir às tecnologias genéticas que visa manipular o genoma humano é o termo “engenharia genética”<sup>10</sup> e pode ser subdividido em terapêutica<sup>11</sup> e não terapêutica.<sup>12</sup>

Contudo, a engenharia genética humana não terapêutica não se difere da terapêutica pelo método empregado (como regra), mas sim da finalidade a que se propõe. Ou seja, a manipulação genética dada pela transferência gênica somática e, principalmente, pela transferência gênica germinal passa a ser não terapêutica quando deixa somente de se preocupar em prever, tratar e eliminar enfermidades genéticas para buscar outros objetivos e as suas consequências decorrentes. Essa manipulação não terapêutica pode ser utilizada para fins reprováveis como, por exemplo, produzir seres híbridos ou anômalos ou para selecionar certas características genéticas consideradas “ótimas” das gerações futuras. De outra banda, é possível também através da engenharia genética (porém, teratológica) a criação de seres híbridos e de aberrações humanas.<sup>13</sup>

Considerando as técnicas de engenharia genética humana<sup>14</sup>, é visível que as consequências resultantes dos procedimentos biomédicos adotados, especialmente em relação ao nascituro, podem ser trágicas.<sup>15</sup>

Fala-se dos nascituros, pois os componentes biológicos humanos obtidos naturalmente ou *in vitro* nesta fase (embriões e fetos) constituem um excelente material de trabalho e de acesso um tanto quanto simplificado para o emprego da engenharia genética quaisquer que forem os seus fins (terapêuticos ou não terapêuticos).<sup>16</sup>

Para Lejeune apud Diniz, “embrião é a mais jovem forma do ser.”<sup>17</sup> Antes do embrião existe apenas o óvulo e o esperma; “quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide a entidade assim constituída se transforma em um zigoto e quando o zigoto se subdivide torna-se embrião.”<sup>18</sup>

<sup>10</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 110.

<sup>11</sup> “Quanto à terapia gênica, ensina Casabona que por meio dela são tratados defeitos genéticos de diversas índoles: hereditários, quando são transmitidos pelos genes dos pais; não hereditários, quando se produzem anomalias por erros imprevistos durante a formação das células sexuais; e congênitos, quando ocorrem no desenvolvimento embrionário devido a diversas mutações”. Ibid., p. 118.

<sup>12</sup> “Essa manipulação não terapêutica pode ser utilizada para fins reprováveis como, por exemplo, produzir seres híbridos ou anômalos ou para selecionar certas características genéticas consideradas “ótimas” das gerações futuras”. GOMES, Geraldo. **Engenharia genética: deontologia e clonagem**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 2.

<sup>13</sup> COUTINHO, Daniel. **O Embrião Excedentário e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007\\_2/Daniel\\_Coutinho.pdf](http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007_2/Daniel_Coutinho.pdf)>. Acesso em 20 abr. 2011.

<sup>14</sup> SOUZA, Paulo, 2004, p. 202.

<sup>15</sup> Ibid., p. 180-181.

<sup>16</sup> SOUZA, Paulo, loc. cit.

<sup>17</sup> DINIZ, 2002, p. 427-428.

<sup>18</sup> MEIRELLES, 2000, p. 91

A palavra embrião, de um modo geral, é “o produtos das primeiras modificações do ovo que resultou da fecundação. Tanto nos animais quanto nas plantas, que vai dar origem a um novo indivíduo.”<sup>19</sup>

Sobre o embrião:

O conceito quando está em sua fase de diferenciação orgânica, da segunda à sétima semana depois da fecundação, etapa conhecida como período embrionário. Origina-se do embrioblasto, estrutura multicelular que, em conjunto com o trofoblasto e a blastocel, constitui o blastocisto recém implantado no endométrio. O período embrionário termina na 8ª semana depois da fecundação, quando o conceito passa a ser denominado de feto.<sup>20</sup>

Para a biologia, antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se zigoto:<sup>21</sup>

O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero até oito semanas depois da fecundação; no começo da nona semana começa a ser denominado feto e conservará essa denominação até nascer. Os termos doação de embriões, transferência embrionária e experimentação embrionária são, portanto, inapropriados, já que em todos esses casos está-se falando do zigoto e não do embrião.<sup>22</sup>

Silva, denomina “pré-embrião”<sup>23</sup> o produto resultante da “união do óvulo e do espermatozóide, em fertilização *in vitro*, até o momento em que se opera a fusão dos dois pró-núcleos”<sup>24</sup>, ou seja, quando se evidencia a troca do material genético. “Ao produto celular resultante desse denominado intercâmbio chama-se embrião.”<sup>25</sup>

Portanto o termo embrião é usado para definir “(...) a fase de desenvolvimento embrionário que, seguindo a anterior, assinala a origem e o incremento da organogênese, cuja duração corresponde a dois meses e meio.”<sup>26</sup>

Consoante Bernard<sup>27</sup>, embrião é:

Uma pessoa em potencial, ou seja, entende que desde a concepção existe uma potencialidade, uma virtualidade de pessoa. Segundo informa, desde a concepção, as condições necessárias ao desenvolvimento dos diversos estados de organização biológica estão claramente presentes no genoma do indivíduo.

O genoma humano é o mesmo desde a concepção, isto é, não há diferença entre o genoma do conceito e do indivíduo adulto que ele será. Toda informação genética necessária ao desenvolvimento do ser humano está presente desde a concepção, não sendo acrescentada,

<sup>19</sup> MOORE, et. al., 2000, p. 4.

<sup>20</sup> Ibid., p. 2.

<sup>21</sup> MOORE, et. al., loc. cit.

<sup>22</sup> Ibid., p. 3.

<sup>23</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 168.

<sup>24</sup> MOORE, et. al., op. cit., p. 3.

<sup>25</sup> MORI, Lyria; SANO, Paulo Takeo. **Biologia celular**. São Paulo: Dreampix Comunicação, 2003, p. 21.

<sup>26</sup> MOORE, et. al., op. cit., p. 4.

<sup>27</sup> BERNARD, Jean. **A bioética**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 72-73.

modificada ou suprimida, após isso, nenhuma informação.<sup>28</sup> Assim sendo, pode-se dizer que o zigoto possui auto-suficiência para, junto com a interação com o meio ambiente, culminar num ser humano completamente desenvolvido.<sup>29</sup>

Silva<sup>30</sup>, acerca do desenvolvimento humano, leciona:

O processo de desenvolvimento humano, que se inicia no estágio de zigoto, apresenta três características fundamentais: a) coordenação, que se manifesta num processo integrado de atividades nos planos molecular e celular; b) continuidade, que permite compreender a vida como uma unidade que se desdobra de um estágio mais simples para outro mais complexo num mesmo ciclo ininterrupto, pois qualquer interrupção caracteriza a patologia ou morte; e c) a gradualidade, que evidencia a existência de uma regulação intrínseca, inscrita no próprio genoma, assegurando ao ser humano a aquisição de sua forma final.

Não há dúvidas de que o embrião existe desde a fecundação e apesar de depender da mãe para subsistir, se desenvolverá conforme seu próprio programa genético.<sup>31</sup>

Contudo, ainda que não haja dúvidas de que o embrião, sendo vida humana e membro desta espécie desde a sua concepção, é dotado da qualidade de pessoa humana, o mesmo não possui todos os seus direitos tutelados juridicamente. E isso se dá mesmo quando se trata do mais básico de todos os direitos dos homens: a vida. Tendo isso em vista, faz-se necessária a análise da atual situação do embrião humano perante as legislações vigentes, e a sua respectiva proteção, o que será abordado no capítulo seguinte.<sup>32</sup>

### 3.2 AS FASES DE DESENVOLVIMENTO DO EMBRIÃO E A INDIVIDUALIDADE HUMANA

De acordo com a embriologia humana a vida tem início com a fecundação.<sup>33</sup>

Chaves esclarece:

É a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida humana. Na conformidade da recomendação do Conselho da Europa: “desde o

<sup>28</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 168.

<sup>29</sup> Ibid., p. 169.

<sup>30</sup> Ibid., p. 172.

<sup>31</sup> PENTEADO, Jacques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 149-150.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 26.

<sup>33</sup> MOORE, et. al., 2000, p. 4.

momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, aquela diminuta célula já é uma pessoa e, portanto, intocável.<sup>34</sup>

Neste momento, na fecundação, as duas células reprodutoras convertem-se em uma única célula: o ‘zigoto’ ou ‘ovo’<sup>35</sup>, como já mencionado no item anterior.

As primeiras células que formam o embrião humano são denominadas células-tronco.<sup>36</sup> Elas podem se transformar em células ósseas, renais, neurônios, dependendo da necessidade e do poder de regeneração de cada órgão. Mesmo depois do nascimento, o corpo conserva essas células, sobretudo no cordão umbilical e na medula óssea.<sup>37</sup>

Em 1998, descobriu-se que as células-tronco<sup>38</sup> mais potentes, são as originais, resultado da fecundação do óvulo com o espermatozóide. Os cientistas utilizam embriões com 3 ou 4 dias de desenvolvimento que sobram do processo de fertilização *in vitro* em clínicas especializadas. No laboratório, as células-tronco são retiradas num processo que provoca a destruição do embrião. Mas, se a vida começa na fecundação, os cientistas estão lidando, em seus tubos de ensaio, com seres humanos vivos. O mesmo problema ético acontece com a inseminação artificial que cria diversos embriões em laboratório e depois os descarta ou congela.<sup>39</sup>

Quanto às pesquisas com células-tronco embrionárias, já é permitido o uso de embriões descartados por clínicas de fertilização e congelados há pelo menos três anos, conforme artigo 5º da Lei de Biossegurança. Entretanto, ainda não se tem definido o momento em que se inicia a proteção do direito à vida desses embriões.

Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, o embrião tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos de personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 16-17.

<sup>35</sup> MOORE, et. al., 2000, p. 4.

<sup>36</sup> “Células-tronco são células que têm a capacidade de se transformar em outros tipos de células, incluindo as do cérebro, coração, ossos, músculos e pele. Células-tronco embrionárias são aquelas encontradas em embriões e que possuem a capacidade de se transformar em praticamente qualquer célula do corpo. São chamadas pluripotentes. É essa capacidade que permite que um embrião se transforme em um corpo totalmente formado. Cerca de cinco dias após a fertilização, o embrião humano se torna um blastocisto (blástula) com aproximadamente 100 células. As encontradas em sua camada externa vão formar a placenta e outros órgãos necessários ao desenvolvimento fetal. Já as existentes em seu interior (embrioblasto) formam os tecidos do corpo. Estas são as células-tronco de embriões usados nas pesquisas”. MARQUES, Marília Bernardes. **O que é célula-tronco**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 4.

<sup>37</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 251.

<sup>38</sup> SOUZA, Maria Helena L.; ELIAS, Décio O. **Manual de Instrução Programada: Princípios de Hematologia e Hemoterapia**. Disponível em: < [http://perflin.com/cear/artigos/stem\\_teste.html](http://perflin.com/cear/artigos/stem_teste.html)>. Acesso em: 20 abr. 2011.

<sup>39</sup> MUTO, Elisa; NARLOCH, Leandro. **Vida**: o primeiro instante. Super Interessante, São Paulo, n. 319, nov. 2005. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml>>. Acesso: 24 abr. 2011.

<sup>40</sup> DINIZ, 2002, p. 429.

Ao se associar os direitos de personalidade existentes e previstos no ordenamento jurídico brasileiro com o desenvolvimento e o avanço da biotecnologia, principalmente no que tange à utilização do corpo humano, faz-se necessário impor alguns limites.

Filiando-se ao entendimento de Amaral:<sup>41</sup>

[...] há que se reconhecer que o progresso científico deve-se orientar para promover a qualidade da vida individual e social, pessoal e ambiental, mas também que tais descobertas podem causar problemas que o Direito é chamado a resolver, elaborando estruturas jurídicas de resposta que se legitimem pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Ou seja, todo e qualquer tipo de manipulação da vida humana deve sempre ser analisada à luz da possibilidade de melhoria da qualidade de vida individual e social, mas sem perder de vista os limites necessários. Limites estes que se pautam pela obrigatória observância de dignidade do homem, não devendo ser admitidos experimentos que violem tal fundamento.

Ao se falar de embriologia, a mesma distingue duas fases distintas em relação ao desenvolvimento humano:

a) o período pré-embriônico, que compreende as fases iniciais, a partir da fertilização até o final da terceira semana; e b) o período embriônico, no qual se estabelece a forma do embrião, compreendendo da quarta à oitava semanas. Após essa etapa, estabelece-se o período fetal, que se estende da nona semana até o nascimento, e é caracterizado pelo crescimento e elaboração das estruturas.<sup>42</sup>

Sendo o início da individualidade humana explicado por diversas teorias<sup>43</sup>, cabe esclarecer que essas teorias que procuram convencer que a pessoa humana se constrói com o

<sup>41</sup> AMARAL, Francisco. **A moralidade dos atos científicos**: questões emergentes do Comitê de Ética em Pesquisa. Londrina: UEL 1997. p. 4. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/4109/3536>>. Acesso em: 02 maio 2011.

<sup>42</sup> SARLET, 2009, p. 153-184.

<sup>43</sup> “Segundo a teoria da natalidade, a individualidade humana se dá com o nascimento com vida, sendo que, dentro do útero materno, o embrião seria apenas parte da mulher. Já a teoria da gestação afirma que a individualidade humana está relacionada com a completude do tempo gestacional. Tendo por fundamento a atividade do corpo humano – como a atividade do sistema nervoso central ou a capacidade de sentir dor – essa teoria acaba por reduzir a individualidade humana a uma soma de atividades e características. Com maior embasamento científico, existem as teorias da singamia, da cariogamia e do pré-embrião. Para a teoria da singamia a individualidade humana inicia antes mesmo da concepção, ou seja, com a fertilização, pois com a penetração do espermatozóide no óvulo inicia um processo irreversível de concepção de um novo ser humano. A teoria da cariogamia, por sua vez, entende que a individualidade humana inicia com a concepção – ou seja, a fusão dos pró-núcleos dos gametas, que se dá aproximadamente doze horas após a fertilização – pois a nova célula que se forma a partir deste momento representa a estrutura original de um ser humano, a qual, através de um processo contínuo, complexo e coordenado de desenvolvimento, dadas as condições necessárias e suficientes, se tornará completa. Segundo a teoria do pré-embrião o zigoto não é um indivíduo humano, mas uma célula dotada de potencialidade para gerar um ou mais seres humanos, utilizando o critério do décimo quarto dia. A teoria da nidação também merece destaque, sendo que esta considera o momento da nidação do embrião no útero o momento determinante, já que é aí que o embrião adquire definitivamente as características da unidade e unicidade. Os defensores desta teoria afirmam que o embrião não é, ainda, uma pessoa humana, porém ele pertence à espécie humana e detém todas as características potenciais de vir a ser pessoa. A crítica a esta teoria aponta que a mesma valoriza somente o aspecto patrimonial inscrito no artigo 2º do Código Civil de 2002, deixando de lado os demais direitos da personalidade”. LEJEUNE, Jérôme, citado por MESTIERI, João. **Embrião**. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 1999, n. 32, p. 43.

passar do tempo, confundem duas realidades distintas: personalidade<sup>44</sup> e pessoa<sup>45</sup>, que, contudo, não implicam na descaracterização do indivíduo como pessoa humana.

Penteado prossegue afirmando que:

Sabemos com certeza absoluta que a ontogenia humana – o surgimento de um novo ser humano – está contida nos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo) e se produz pela fusão dos gametas – isto é – pela fecundação do óvulo pelo espermatozóide, constituindo-se assim, um novo núcleo, o zigoto, com um código genético nitidamente distinto da dos gametas cuja fusão foi causa da sua origem. Prosseguindo, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre nas tubas uterinas de doze a vinte e quatro horas depois da ovulação. O zigoto avança para o útero, ao mesmo tempo em que se iniciam no seu interior as primeiras divisões celulares. Por volta do sexto dia após a ovulação, o zigoto implanta-se na mucosa do útero ou endométrio, passando a denominar-se blastócito. Acrescenta-se que, é importante frisar que a imensa maioria dos cientistas afirma que, depois da fusão dos gametas ou momento constitucional do zigoto – o instante da fertilização do óvulo, não há nenhuma fase ou etapa em que o embrião receba uma nova e essencial contribuição ontogênica, isto é, uma nova contribuição para ser o que é. A partir da fecundação, estamos na presença de um novo ser humano existente.<sup>46</sup>

Explica Almeida:<sup>47</sup>

O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto – representa apenas um contínuo do mesmo ser que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores do desenvolvimento, passando de criança a adolescente, e de adolescente a adulto.

Silva<sup>48</sup> assevera:

Quatro são as razões científicas para se inferir a realidade pessoal do concebido: a) a reprodução humana, natural ou artificial, não oferece começos alternativos: a vida humana tem início desde o momento da concepção; b) o concebido é um ser humano, distinto e único, não se confundindo com a pessoa de seus pais genéticos; c) não existem diferenças na composição genética do ser humano recém-concebido e do ser humano adulto; e d) o concebido possui autonomia biológica para prover o seu próprio desenvolvimento, inclusive em “barrigas de aluguel”.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510<sup>49</sup>, que será abordado no capítulo seguinte, o argumento usado pelo relator é que perante o ordenamento jurídico, o embrião humano não é uma pessoa.

<sup>44</sup> “1. Qualidade, caráter de pessoal. 2. Conjunto dos elementos psíquicos e comportamentais que constituem a singularidade de um sujeito: dupla personalidade. 3. Pessoa de certa importância social, ilustre; personagem: personalidade internacional”. RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando. **Dicionário Larousse da língua portuguesa**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2005, p. 609.

<sup>45</sup> “1. Ser humano, indivíduo. 2. Indivíduo considerado como ser particular, físico e moral. Dir. indivíduo (pessoa física) ou entidade coletiva (pessoa jurídica) capaz de gozar direitos e contrair obrigações. Gram. Flexão verbal relacionada ao sujeito da ação: quem fala (1ª pessoa), a quem se fala (2ª pessoa) e de quem se fala (3ª pessoa)”. *Ibid.*, p. 611.

<sup>46</sup> PENTEADO, 1999, p. 147-148.

<sup>47</sup> ALMEIDA, 2000, p. 21-30.

<sup>48</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 88.

<sup>49</sup> BRASIL. STF. **ADI 3510/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República no Distrito Federal. Declarou constitucional a destruição dos embriões humanos para fins de pesquisa e terapia (conforme previsto pelo art. 5º da Lei nº 11.105/2005).

O relator<sup>50</sup> da ação supra admitiu explicitamente, que “o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino”. Para ele, o zigoto humano não é uma pessoa simplesmente porque assim é que preceitua o ordenamento jurídico brasileiro.

Com a união dos gametas, masculino e feminino, surge uma nova individualidade humana, que não se confunde com as características nem da mãe nem do pai. Por essa razão, pode-se afirmar que se está diante de uma pessoa em formação.<sup>51</sup> “Desta feita, verifica-se que para o caso do estatuto do embrião humano, o ordenamento jurídico-constitucional estabeleceu um conceito constitucional de pessoa, que não é o mesmo do direito civil.”<sup>52</sup> Diante desse estatuto constitucional, o embrião humano é pessoa desde o momento em que os dois gametas se fundem, tornando-se num só indivíduo. Essa é a concretização de um direito universal segundo o qual todos os indivíduos humanos têm direito ao reconhecimento de sua personalidade.<sup>53</sup>

### 3.3 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO FRENTE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao iniciar a análise acerca do direito fundamental à identidade genética, convém fazer considerações acerca da existência, ou não, de tal direito na Constituição Federal de 1988. Para tanto, toma-se como parâmetro, em primeira análise, o § 2º do artigo 5º.<sup>54</sup>

Analisando posicionamentos doutrinários<sup>55</sup>, Sarlet afirma que existem, além dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 ou mesmo dos previstos em tratados internacionais, outros direitos fundamentais – “aqueles não positivados”.

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar. BRASIL. STF. **ADI 3510/DF**. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

<sup>51</sup> MIRANDA, 2000, p. 186-187.

<sup>52</sup> OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Lisboa: GC Gráfica de Coimbra Ltda, 1999. Disponível em: <[http://www.escreta.com.br/escreta/leitura.asp?Texto\\_ID=6739&offset=10](http://www.escreta.com.br/escreta/leitura.asp?Texto_ID=6739&offset=10)>. Acesso em: 15 maio 2011.

<sup>53</sup> MIRANDA, op.cit., p. 217-218.

<sup>54</sup> “§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Art. 5º, §2º. CF. BRASIL.

<sup>55</sup> SARLET, 2009, p. 35.

Do mesmo modo, Miranda<sup>56</sup> refere que seria no mínimo “irreal imaginar que um rol previsto pelo legislador pudesse prever todos os direitos que merecem proteção constitucional”, ou ainda, que a “atualização deste rol pudesse ser feita de forma rápida o bastante para proteger os indivíduos”.

No tocante aos direitos fundamentais frente às novas tecnologias biomédicas, vale citar Benda:

Ao utilizar, pela primeira vez, métodos de fecundação artificial recentemente desenvolvidos e as possibilidades obtidas pela genética humana, nós enfrentamos, sem dúvida, novas idéias cuja problemática era desconhecida à época da redação da Lei Fundamental. Mesmo assim, não é possível inferir que a decisão a respeito delas não foi cogitada pelo constituinte. O mandamento de respeitar e proteger a dignidade humana se refere a qualquer forma de ameaça, independentemente se tal risco existia em 1949 ou se vislumbrava como tal. (...) Em uma democracia com liberdade, e sobre as égides Direito, não é concebível que sejam produzidos processos abertamente atentatórios à dignidade.<sup>57</sup>

Casabona<sup>58</sup> aponta para a criação de um estatuto jurídico próprio para os embriões, de modo que possa ser preenchida a lacuna legal criada com os avanços científicos:

Diga-se: é preciso garantir ao nascituro uma proteção jurídica maior em relação a vários bens jurídicos, sobre tudo a vida e a integridade física. Isto não significa que essa proteção deva ser absoluta, sem admitir exceções, posto que estas são reconhecidas inclusive a respeito dos já nascidos. Este enfoque global e de maior proteção adota a resposta normativa que se denomina estatuto jurídico do embrião e do feto. Continua dizendo que os exemplos existentes no direito comparado, ainda que escassos, mostram uma necessidade de mudança de perspectiva: ou eles têm “insuficiência normativa”, ou, de forma inversa, utilizam-se excessivamente do direito penal. Em síntese, estamos longe de ter critérios definidos para que a proteção jurídica do nascituro se dê de forma integral, e de abordar de forma global o tratamento jurídico do embrião *in vitro* perante as diversas situações em que ele pode se encontrar. Por fim, diz que “o direito não reconhece ao nascituro nem ao embrião *in vitro* a condição de pessoa nem a de sujeito de direitos e obrigações, o que ocorre depois do nascimento. Afirma que se trata de uma convenção que poderia ser modificada, porém essa alteração teria um difícil encaixe tanto em relação à concepção jurídica vigente, como em relação a sua própria operatividade.

Três são as posições em relação ao estatuto do embrião humano:<sup>59</sup> “a que admite a consideração do embrião humano como pessoa desde o momento da concepção; a que entende que o embrião humano não passa de um amontoado de células, não possuindo qualquer estatuto de pessoa; e a que considera o embrião em termos de potencialidade de pessoa.”<sup>60</sup>

Entretanto, o embrião *in vitro* não encontra no Direito o reconhecimento do seu status, qualquer que seja este, conforme lição de Meirelles:

<sup>56</sup> MIRANDA, 2000, p. 183 – 184.

<sup>57</sup> PETERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental a identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 135-136.

<sup>58</sup> ROMEO CASABONA, 2002, p. 188.

<sup>59</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 180.

<sup>60</sup> SOUZA, Paulo, 2004, p. 240.

A ordem legislativa civil reconhece os seres humanos nascidos como pessoas naturais, protegendo-lhes os direitos. Também põe a salvo os interesses dos nascituros (concebidos no ventre materno e em vias de se tornarem pessoas, ao nascerem com vida). Por fim, assegura vantagens à chamada prole eventual, que diz respeito aos seres humanos ainda não concebidos. (...) Os embriões concebidos e mantidos em laboratório mostram-se estranhos ao modelo clássico. Não são pessoas naturais, pois inexistente o nascimento com vida; também não são pessoas a nascer (nascituros), mas nem por isso é possível classificá-los como prole eventual (a ser concebida), posto que concepção já houve. Considerados em si mesmos portadores de vida, afastada resulta sua caracterização como bem suscetíveis de subordinação a interesses econômicos. Forçoso, por conseguinte, afirmar a indubitável necessidade de sua proteção jurídica específica. E para isso impõe-se, primeiro, distanciá-los da categorização estabelecida tradicionalmente, e segundo, sob enfoque do amparo, equipará-los aos demais seres humanos.<sup>61</sup>

Barroso<sup>62</sup>, no que diz respeito à inexistência de proteção ao embrião *ex utero* no ordenamento jurídico brasileiro:

O embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um nascituro, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extracorporal. Vale dizer: até o advento da Lei nº 11.105/2005, não havia qualquer disciplina jurídica específica para esta entidade: embrião produzido em laboratório, mediante processo de reprodução assistida. Foi precisamente a Lei aqui impugnada (Lei de Biossegurança) que instituiu normas limitadoras das pesquisas genéticas e protetivas do embrião.

Contudo, persistem divergências, ainda, acerca dos direitos do embrião. Neste ponto, esclarecem Montoro e Faria que “há um direito à vida, mas não sobre ela. Assim sendo, qualquer investida contra a vida humana realizada desde a concepção deve ser vista como ato atentatório aos princípios jurídicos e direitos humanos.”<sup>63</sup>

Convém esclarecer que, segundo Diniz<sup>64</sup> os direitos de personalidade, tais como o direito à vida e à integridade física, não dependem do nascimento com vida, ao passo que, dependerão desta ocorrência os efeitos patrimoniais de alguns direitos, como a transmissibilidade da herança.

Nos dizeres de Otero<sup>65</sup>, personalidade é uma consequência e não uma causa da intervenção do direito na tutela do ser humano. Ou seja, independentemente de previsão legal acerca do início da personalidade e de seus resultados, a proteção a esta personalidade preexiste.

O direito só deve aceitar as descobertas científicas que não contrariem a natureza do ser humano e sua dignidade. A ciência deve ser o mais poderoso auxiliar para que a

<sup>61</sup> PETTERLE, 2007, p. 97.

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil**: anotada. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 681 – 682.

<sup>63</sup> MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1953, p. 62-63.

<sup>64</sup> DINIZ, 2002, p.357.

<sup>65</sup> PEREIRA, Lygia da Veiga; PRANKE, Patrícia Helena Lucas; MENDES-OTERO, Rosalia. **Presente e futuro das células-tronco**. O Estado de São Paulo, São Paulo, 4 mar. 2005, p. 5.

vida humana seja cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral ou juridicamente admissível. A bioética não pode ser separada da experiência efetiva dos valores ‘vida’, ‘dignidade humana’ e ‘saúde’, que são inestimáveis. [...] Por isso, é preciso que o legislativo e o judiciário ajam com prudência objetiva, ponderação e bom-senso, rejeitando tudo que for manifestamente contrário à natureza das coisas e dos homens, à vida humana e seus limites, aos valores sociais e aos da personalidade, possibilitando ao homem uma existência digna compatível com a sociedade.<sup>66</sup>

O mundo jurídico, diante da indiferença de um mundo tecnicista e insensível, precisa ficar atenta à maior de todas as conquistas: o respeito absoluto e irrestrito pela dignidade humana, que passa a ser um compromisso inafastável e um dos desafios para o século XXI.<sup>67</sup>

### 3.4 OS EMBRIÕES HUMANOS COMO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção científica dos sistemas constitucionais gerou uma ampla estruturação acerca dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da cidadania, dos direitos constitucionais e da dignidade humana.<sup>68</sup>

Para que o embrião humano concebido *in vitro* receba a devida proteção do Direito é necessário que haja o reconhecimento de sua capacidade de ser sujeito de direitos, posto que, a normatização brasileira assegura a personalidade somente após nascido com vida, porém sem abandonar a perspectiva de direitos em relação ao nascituro.<sup>69</sup>

Para Goldin:

Ter embriões estocados em laboratório é um evento tão novo e diferente para a humanidade que esta ainda não teve tempo de absorver a ideia, biologicamente é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozóide. Mas há pelo menos 19 formas médicas para decidir quando reconhecer esse embrião como uma pessoa.<sup>70</sup>

Entre os direitos reconhecidos ao embrião, segundo os seus defensores<sup>71</sup>, se destaca o direito à existência, de modo que, assim como ninguém pode interromper a vida de um indivíduo sob qualquer circunstância, ninguém tem o direito de interromper, pela mesma

<sup>66</sup> DINIZ, 2002, p. 359 – 360.

<sup>67</sup> Ibid., p. 360.

<sup>68</sup> MARCO, Carla Fernanda de. **O Biodireito e a tendência da constitucionalização do direito internacional:** A dignidade da pessoa humana como valor universal. Disponível em:

<[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=63](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=63)>. Acesso em 02 maio 2011.

<sup>69</sup> BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>70</sup> GOLDIN, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana.** Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131-132.

razão, a vida de um embrião. Por outro lado, como já estudado anteriormente, há aqueles defensores que visualizam o embrião como “coisa” (não tendo se tornado ainda uma pessoa com possibilidade de gerar/ter direitos).

De acordo com a orientação tradicional, poderia se falar em reconhecimento da personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, o que parece pretender caracterizá-lo, tal qual o nascituro, titular de direitos subordinados a uma condição. Tal condição seria de eficácia suspensiva ou resolutiva – implantação no útero ou não, respectivamente. Contudo, a subordinação da aquisição de direitos pelo embrião à condição faz referida titularidade depender da vontade de outrem, ou seja, das pessoas envolvidas no projeto paterno (paciente, casal, médico, etc).

Mesmo a ciência diverge sobre quando o “fruto da concepção começa a ser considerado pessoa.”<sup>72</sup> Há os<sup>73</sup> que propugnam que desde a concepção deve-se dar plena proteção jurídica ao embrião e, há aqueles<sup>74</sup> que defendem que o embrião não é pessoa e, por não ser sujeito de direitos, teria somente meros interesses a serem protegidos.

Diante da atual circunstância, onde existem embriões congelados sem destinação alguma, seria preferível, inclusive do ponto de vista ético, que fossem realizadas pesquisas ao invés de serem descartados pura e simplesmente. Com esse procedimento, estar-se-ia dando uma destinação mais nobre a esses embriões do que se os mesmos fossem descartados.

Para o caso do estatuto do embrião humano, o ordenamento jurídico-constitucional estabeleceu um conceito constitucional de pessoa, que não é o mesmo do direito civil.<sup>75</sup>

Diante desse estatuto constitucional, o embrião humano é pessoa desde o momento em que os dois gametas se fundem, tornando-se num só indivíduo. Essa é a concretização de um direito universal segundo o qual todos os indivíduos humanos têm direito ao reconhecimento de sua personalidade.<sup>76</sup>

Justamente este é o caso do membro mais jovem da espécie humana, visto que a proteção do ordenamento jurídico-constitucional se dá independentemente da capacidade de exercício por si próprio do embrião humano. Aliás, a atenção que deve ser dispensada a ele, deve estar revestida de uma proteção especial, tendo em vista sua condição natural de fragilidade e total desamparo perante as graves ameaças sofridas. Desde a concepção, forma-se um indivíduo humano que começa a se desenvolver num movimento irreversível até a implantação no útero, com o posterior nascimento que se estende pela fase pós-natal, terminando com a morte. A natureza humana desse ente é irrefutável.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> KIMURA, Mara Regina Trippo. **As técnicas biomédicas** – a vida embrionária e o patrimônio genético humano – à luz da regra da proporcionalidade penal. Disponível em: <<http://www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=159283>>. Acesso em 21 abr. 2011.

<sup>73</sup> SILVA, Reinaldo, 2002. BIZ, Emanuelle Tillmann, 2009.

<sup>74</sup> BRASIL. STF. ADI 3510/DF. 2008.

<sup>75</sup> MIRANDA, 2000, p. 186-187.

<sup>76</sup> SANTOS, 2008.

<sup>77</sup> SANTOS, 2008.

A aquisição da personalidade não está condicionada ao nascimento completo e com vida.<sup>78</sup> Surge num momento bem anterior, pois a dignidade do ser humano começa a partir do momento definido pela ciência, e este momento é o da fertilização do embrião, com a formação do zigoto e suas fases seguintes de desenvolvimento.<sup>79</sup>

O próprio direito à vida sobreleva os demais direitos, por ser a expressão mais fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor supremo que a vida humana representa em qualquer ordenamento jurídico, impede que este bem seja aviltado. Vale dizer, a vida humana, independentemente do estágio de sua evolução, goza de uma tutela constitucional com primazia em relação à personalidade jurídica e não o inverso.<sup>80</sup>

Finda esta abordagem sobre o embrião humano, deve ser buscado através da melhor interpretação e aplicação dos princípios constitucionais em conjunto com o disposto na Constituição Federal de 1988, a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e o julgado do Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510) solução para a utilização desses embriões humanos, já que despontam como titular dos direitos fundamentais.

---

<sup>78</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007-2010, p. 88.

<sup>79</sup> OTERO, 1999.

<sup>80</sup> BARBOSA, Charles Silva. A atuação do judiciário no campo do mínimo existencial – uma abordagem fundada na teoria dos direitos fundamentais e na teoria dos princípios. Trabalho publicado nos **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3551.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

#### 4 OS AVANÇOS BIOMÉDICOS E A LEI DA BIOSSEGURANÇA

No campo da medicina da reprodução humana, especialmente relacionada aos casos de esterilidade<sup>1</sup>, as técnicas conceptivas na pessoa humana foram se desenvolvendo na busca de métodos mais seguros e eficazes, e, ao mesmo tempo, menos danosos<sup>2</sup>, por isso, importante estudar os métodos de reprodução assistida.

Para combater a infertilidade, surgiram as tecnologias identificadas como técnicas de reprodução assistida<sup>3</sup>, de acordo com a terminologia adotada no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.957/2010, que revogou a Resolução nº 1.358/92.<sup>4</sup>

De acordo com a medicina, até o início dos anos 90, eram cinco os métodos para a reprodução assistida: a) inseminação artificial<sup>5</sup>; b) fertilização ou fecundação *in vitro*<sup>6</sup>; c) transferência intratubária de gametas; d) a transferência peritoneal de gametas; e) a transferência intratubária de embriões, sendo que os dois primeiros são os mais freqüentes.<sup>7</sup>

<sup>1</sup>“Incapacidade temporária ou definitiva de um casal em conceber após um ano de relações sexuais sem controle contraceptivo voluntário”. **Revista Boa Saúde**. Disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3906&ReturnCatID=763>>. Acesso em: 15 maio 2011.

<sup>2</sup>Sobre o tema, diversos autores têm discorrido. SZANIAWSKI, Elimar. ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de.

<sup>3</sup>“A única norma que trata acerca da reprodução humana assistida no Brasil é a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que resolveu adotar questões éticas no que refere aos procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que executam as técnicas de reprodução humana assistida. A Resolução, para limitar os riscos de gravidez múltipla, no item I-6, orienta a transferência de, no máximo, quatro embriões, e em caso de gravidez múltipla é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária, e prevê a crioconservação dos embriões excedentes. Dessa forma, atualmente, os embriões excedentes são uma realidade para qual se busca uma solução que não afronte os direitos fundamentais e nem bens jurídicos dignos de proteção. Porém, algumas ponderações podem ser feitas frente à legislação comparada no que tange à crioconservação dos embriões, tendo em vista a busca por uma limitação do número de embriões a serem congelados, bem como ao prazo máximo previsto”. SANTOS, 2008.

<sup>4</sup>Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

<sup>5</sup>Diniz, procura conceituar e identificar inseminação artificial, sendo que esta ocorrerá quando “o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc. (...) O procedimento ocorre com a introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical. Sua introdução é realizada por uma cânula, no período em que o óvulo encontra-se maduro para ser fecundado. Nesse passo, faz-se necessário esclarecer que a inseminação ou fertilização *in vitro* poderá ser homóloga ou heteróloga, definindo-se conforme a origem dos gametas a ser utilizados”. DINIZ, 2002, p. 496.

<sup>6</sup>“Constituí-se por uma forma de reprodução em laboratório, a fertilização *in vitro*, é uma técnica de reprodução artificial, num tubo de ensaio, o ambiente das tubas uterinas, local adequado para a fertilização natural, prosseguindo até a transferência do embrião para o útero da mãe. As fertilizações *in vitro* originam os chamados embriões excedentes concebidos em laboratórios, porém não implantados no útero, permanecendo criopreservados. Como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* poderá ser homóloga ou heteróloga”. Ibid., p. 496.

<sup>7</sup>Ibid., p. 497.

Consoante Silva, as tecnologias de infertilidade compõem “(...) um conjunto de procedimentos de reprodução humana no qual o aparato biomédico interfere de alguma forma, ora manuseando gametas, ora manipulando pré-embriões.”<sup>8</sup>

Os embriões podem ser formados de maneira natural, pela fecundação dentro do organismo feminino, através das relações sexuais, e por meio de utilização de técnicas de reprodução assistida, que são utilizadas quando é constatada a infertilidade do casal que deseja ter filhos, e não tiveram êxito da forma natural.<sup>9</sup>

Para Petracco, os problemas de fertilidade constatados no mundo ocidental são inegáveis, sendo que um em cada seis casais tem problemas para gerar filhos, e vinte por cento não teriam filhos sem a utilização das técnicas de reprodução assistida.<sup>10</sup> Dessa forma, diversos casais lançam mão de tais procedimentos com o intuito de gerarem seus próprios filhos.

Existem dois métodos de fertilização humana assistida: o ZIFT e o GIFT.<sup>11</sup>

O primeiro, que nos interessa, é uma abreviação do nome dado ao Zibot Intra Fallopian Transfer, em que são extraídos gametas femininos (os oócitos ou óvulos) e os gametas masculinos (os espermatozoides); a fertilização ocorre em laboratório, na proveta. Esta técnica denomina-se fertilização *in vitro* (FIV). Já no segundo método – redução de Gameta Intra Fallopian Transfer – o óvulo é fecundado na mulher pela inoculação do espermatozoide, não há qualquer manipulação do óvulo fora do corpo feminino. Nesse caso, havendo fertilização, o desenvolvimento dar-se-á naturalmente. Esse procedimento é conhecido como inseminação artificial.<sup>12</sup>

Para haver a fecundação *in vitro* é necessária a estimulação da ovulação da mulher pela aplicação de hormônios<sup>13</sup>, para que os ovários preparem vários óvulos, tornando-os maduros e assim prontos para a fertilização.

Assim, a mulher submete-se a quatro tentativas de implantação, em caso de insucesso, sendo uma por mês, na qual são transferidos para o útero feminino até quatro embriões por tentativa – limite estabelecido pelo Conselho Federal de Medicina, pela Resolução nº 1.358/92, I, 6 – de modo que não é permitida a transferência de um número maior de embriões com o intuito de evitar expor a mulher a gravidez múltipla e colocar em risco sua saúde e dos nascituros.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 53

<sup>9</sup> CONTI, Matilde Carone Slabi. **Biodireito: A Norma da Vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 163 – 164.

<sup>10</sup> PETRACCO, Álvaro. **Bioética e reprodução assistida: Grandes Temas da Atualidade**. Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

<sup>11</sup> DINIZ, 2002, p. 520.

<sup>12</sup> DINIZ, loc. cit.

<sup>13</sup> SZANIAWSKI, Elimar. **O embrião excedente** - O Primado do Direito à Vida e de Nascer: Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 8 out /dez 2001, p. 87.

<sup>14</sup> FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32.

Em caso de constatado receio de doenças genéticas hereditárias suscetíveis de transmissão ao embrião, a mesma Resolução nº 1.957/2010<sup>15</sup> do Conselho Federal de Medicina permite, apenas em alguns casos, a realização do diagnóstico pré-implantatório<sup>16</sup>, com a exclusiva função de que a criança a ser gerada não seja acometida por doença genética da qual os genitores são portadores.

A respeito das possibilidades de constatação de gravidez, Vasconcelos indica:

Os índices de sucesso das técnicas de fertilização *in vitro* em geral variam de 24 a 31%. Por esse motivo, faz-se necessária a implantação de diversos embriões. Para tanto, somente são implantados os embriões viáveis, ou aproveitáveis – que seriam aqueles mais fortes, com maiores chances de desenvolver-se – restando alguns embriões, que por serem mais fracos e com poucas chances (ou menores chances) de se desenvolverem, o futuro reserva-lhes apenas o congelamento.<sup>17</sup>

A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, V, 1<sup>18</sup> obriga as clínicas de reprodução assistida congelarem os embriões excedentes, sendo que, o casal é quem deve dar o destino para os embriões congelados.<sup>19</sup>

Com destino indefinido, esses entes ficam aguardando o porvir. Poderão ser mantidos sob animação suspensa no congelamento; se não forem mais úteis aos propósitos do casal, podem ser descartados, doados para outros casais que desejam implantá-los para gerar um filho, ou, ainda, cedidos para pesquisa.<sup>20</sup>

Goldin adiciona:

A destruição destes embriões é apenas uma das alternativas. A sua utilização em projetos de pesquisa e a sua utilização em procedimentos com casais estéreis (doação de embrião) são outras alternativas. O importante é discutir o "status" destes embriões. São considerados como sendo já uma pessoa, ou são apenas potencialmente uma pessoa, ou então apenas um agregado de células. Esta é a reflexão ética que deve ser realizada. Com base nesta definição, de quando começa a vida do indivíduo, é que devem ser estabelecidas as políticas institucionais de permitir ou não o congelamento de embriões. É de extrema importância, em função

<sup>15</sup> **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em:

<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2011.

<sup>16</sup> A Resolução determina que toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. Além disso, toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro*, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

<sup>17</sup> VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

<sup>18</sup> As clínicas podem armazenar (mediante congelamento) os espermatozoides, óvulos e pré-embriões. **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

<sup>19</sup> OSELKA, Gabriel Wolf; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. **Doente Meio Ambiente e Bioética**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em:

<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Noticias&id=1320>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

<sup>20</sup> ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células-tronco**: Limites éticos e Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.49.

das altas taxas de abandono de embriões, que os critérios de destinação dos mesmos fique claramente estabelecido previamente a realização dos procedimentos.<sup>21</sup>

No tocante às denominações ‘fecundação artificial’ e ‘fertilização *in vitro*’, Barboza explica:

(...) na verdade, artificiais são os meios para se obter a fecundação e não esta em si, como induz a designação criticada. A fecundação, união ou fusão dos elementos ontogenéticos é sempre natural. As técnicas de reprodução humana assistida não representam a terapia para a cura da esterilidade, mas servem para proporcionar às pessoas a realização do sonho e desejo de serem pais: há, no caso, a substituição do ato natural que tradicionalmente permite a procriação por um ato técnico (médico), sendo que ao fim do processo aqueles que procriaram continuam estéreis.<sup>22</sup>

Barchifontaine<sup>23</sup> comenta que tal circunstância não deve ser considerada óbice a que se adote alguma das técnicas, levando em conta que é o amor do casal e a noção de paternidade responsável os elementos fundamentais que legitimam a reprodução assistida: “o conjunto do ato sexual e das intervenções da reprodução medicamente assistida pode considerar-se como integrado numa ação significativa única do amor do casal.”<sup>24</sup>

Daí a importância em se permitir a utilização de embriões descartados nas pesquisas, leia-se, os embriões congelados há mais de três anos; os inviáveis; a anuência dos genitores; o fato dos projetos serem condicionados a apreciação e aprovação dos comitês de ética e pesquisa e, por fim, a vedação à comercialização de material biológico.<sup>25</sup>

#### 4.1 A FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DOS EMBRIÕES DESCARTADOS

No Brasil, ainda não há legislação específica sobre a reprodução assistida e a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina que revogou a Resolução nº 1358/92, também do Conselho Federal de Medicina, prevê a crioconservação<sup>26</sup> sem disciplinar seu uso ou prazo.

<sup>21</sup> GOLDIN, José Roberto. **Congelamento de Embriões**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/congela.htm>>. Acesso em 03 maio 2011.

<sup>22</sup> ROMEO CASABONA, 2002, p. 78-79.

<sup>23</sup> PESSINI, 2005, p. 302.

<sup>24</sup> PESSINI, 2005, loc. cit.

<sup>25</sup> Art. 5º. **Lei 11.105/2005**. BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm)>. Acesso em 08 abr. 2011.

<sup>26</sup> “1 - As clínicas, centros ou serviços podem crioconservar espermatozoides, óvulos e embriões”. **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

Pela interpretação da Lei de Biossegurança<sup>27</sup>, um embrião congelado há mais de três anos é tido como inviável, podendo ser usado para pesquisas, mediante outros requisitos.

Os embriões excedentes podem advir das técnicas do diagnóstico pré-implantatório e da seleção de sexo, pois no momento só é possível detectarem-se doenças e não o seu tratamento, e, conseqüentemente, o embrião com algum problema poderá ser desprezado em detrimento de outro saudável, da mesma forma que poderá ser desprezado o embrião do sexo oposto ao desejado pelos genitores.<sup>28</sup>

A produção de embriões excedentes decorre naturalmente da técnica de fertilização *in vitro*, que ainda não é possível mediante a produção somente do número de embriões que serão implantados, sobrando alguns. De outra forma, deve ser entendida a produção de embriões excedentes para fins específicos de pesquisa.<sup>29</sup>

Não permitir que sejam utilizadas células-tronco extraídas de embriões produzidos exclusivamente para pesquisas tem uma consequência ético-jurídica, que é afastar a objeção que "o uso de embriões em pesquisas significaria tratá-los como meios para a realização das finalidades de outrem."<sup>30</sup>

A produção de embriões não pode ter outra finalidade que não a reprodutiva.<sup>31</sup> O posicionamento contrário à produção de embriões somente para fins de pesquisas se coaduna com a proteção da dignidade da pessoa humana, direito fundamental presente na Constituição Federal<sup>32</sup>, visto que, o princípio da dignidade humana engloba respeito e proteção da

<sup>27</sup> “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, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”. Art. 5º. **Lei 11.105/2005**. BRASIL.

<sup>28</sup> “VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES: As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica. 1 - Toda intervenção sobre embriões "*in vitro*", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "*in vitro*" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal”. **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

<sup>29</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Aspectos jurídico-penais da produção, comercialização e destruição de embriões excedentes da fertilização *in vitro***. 2009. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/aspectos-juridico-penais-da-produ%C3%A7%C3%A3o-comercializa%C3%A7%C3%A3o-destrui%C3%A7%C3%A3o-embri%C3%B5es-excedentes-da/id/43047973.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/aspectos-juridico-penais-da-produ%C3%A7%C3%A3o-comercializa%C3%A7%C3%A3o-destrui%C3%A7%C3%A3o-embri%C3%B5es-excedentes-da/id/43047973.html)>. Acesso em: 25 abr. 2011

<sup>30</sup> Ressalte-se que, a revogada Lei nº. 8.974/95 determinava em seu artigo 13, III, que era proibida “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”. A lei também proibia as manipulações genéticas com intuito de modificar a estrutura genética do ser humano com fins não-terapêuticos mediante intervenção nos gametas, embriões, fetos e sujeitos já nascidos. BRASIL. **Lei nº 8.974/95**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8974.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8974.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2011.

<sup>31</sup> MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. **Embriões**: A busca de um estatuto. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/362>>. Acesso em: 14 maio 2011.

<sup>32</sup> SARLET, 2008, p. 92.

integridade física e emocional da pessoa, do que decorre, inclusive, utilização de pessoa para experiências científicas, já afirmados no capítulo 1.

A Lei de Biossegurança proíbe a clonagem humana expressamente em seu artigo 26.<sup>33</sup> Prado destaca que o bem jurídico-penal protegido, neste caso, é a identidade e a irrepetibilidade do ser humano e de cada indivíduo, bem como a inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade.<sup>34</sup>

No entender de Casado:

As investigações com embriões não podem ser rechaçadas de princípio. Devem ser cumpridos dois requisitos para que a mesma seja legítima. Primeiro, deve haver consentimento dos doadores dos gametas ou dos embriões, e segundo, que a investigação seja idônea e proporcional ao fim que se propõe. O primeiro requisito faz referência à autonomia das pessoas implicadas e o segundo às exigências científicas e à valoração social da pesquisa. A idoneidade das pesquisas deve ser avaliada por comitês de ética que ponderarão sobre o método científico proposto, os objetivos e a proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins almejados.<sup>35</sup>

Ressalta-se, ainda, a reflexão proposta por Habermas sobre o tema:

Na medida em que a produção e a utilização de embriões para fins de pesquisa na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício. Hoje, ainda, notamos a obscenidade de tal praxe reificante e nos perguntamos se gostaríamos de viver numa sociedade que adquire consideração narcísica pelas próprias preferências ao preço da insensibilidade em relação aos fundamentos normativos e naturais da vida.<sup>36</sup>

Do ponto de vista ético, o embrião não pode, em nenhum estágio de sua existência, ser tratado como coisa; logo, sua utilização industrial ou comercial está totalmente proibida. Todavia, a pesquisa em embriões pode “ser aceita nos seguintes casos: se for capaz de provocar progressos do diagnóstico ou da terapêutica e desde que não provoque indivíduo e à espécie humana.”<sup>37</sup>

A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina proíbe o comércio de embriões, determinando em seu inciso IV- 1 que a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

As instituições médicas e científicas que tiverem embriões em seu poder na qualidade de depositárias não poderão deles dispor onerosamente, sendo possível

<sup>33</sup> “Art. 26. Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”. **Lei nº 11.105/2005**. BRASIL.

<sup>34</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança** (com a análise da Lei nº 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 584.

<sup>35</sup> CHRYSOVERGIS, Fabiana Digiacomo apud Maria Casado. **A Inseminação Artificial Post Mortem e o Reflexo da Prática no Direito das Sucessões**. Florianópolis: UFSC, 2000. Disponível em: <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoga\\_02.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoga_02.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2011.

<sup>36</sup> HABERMAS, 2002, p. 29.

<sup>37</sup> FERNANDES, Sílvia Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104.

apenas usá-los ou entregá-los para doação, a fim de serem utilizados em fertilização assistida, desde que haja anuência dos doadores dos gametas ou do casal que os encomendou e do órgão controlador. Não caberá à clínica nem ao médico a tomada de decisão sobre o destino do embrião alheio ou o controle dele.<sup>38</sup>

A proibição do comércio de órgãos é constitucionalmente expressa.<sup>39</sup> No mesmo sentido, a Lei nº 9.434/97<sup>40</sup> que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes. Há também previsão expressa da Lei de Biossegurança, em seu §3º do artigo 5º<sup>41</sup>, quanto à vedação de comercialização dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

Um dos grandes dilemas relacionados à medicina da reprodução humana e às técnicas de procriação medicamente assistida, se refere ao mercado. Originariamente as técnicas de reprodução assistida humana surgiram como solução para a procriação ainda que com a esterilidade do casal (ou de um deles), mas no seu desenvolvimento houve subsequente interesse do mercado.<sup>42</sup>

Nas palavras de Engelhardt Jr.:

Há várias visões sobre reprodução que se mostram divergentes e incompatíveis, sendo impossível atingir-se a uniformidade na abordagem das questões dela decorrentes. Tal observação deve ser considerada em termos, porquanto há um único núcleo – ainda que não totalizante – sobre o tema reprodução humana assistida que é objeto de moralidade universal ou que comporta discussão e conclusão entre as diversas comunidades morais particulares para se adotarem determinadas regras. É importante, sobre o tema, impedir a banalização do recurso à adoção de uma técnica de reprodução assistida, não criando um sistema alternativo de produção: daí a preocupação manifestada por Geneviève Delaisi de Parseval a respeito do fenômeno que atualmente se verifica em alguns territórios, a saber: a existência de um verdadeiro sistema alternativo (medicalizado sem sexualidade) de reprodução da espécie humana.<sup>43</sup>

Ante a inexistência, até o presente momento, de regulamentação legal tanto para a doação quanto para a utilização de gametas, tais procedimentos seguem as disposições gerais estabelecidas na Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina.

A doação para outros casais inférteis, para que o embrião tenha possibilidade real de nascer, em um primeiro momento, pode parecer uma solução que não feriria o

<sup>38</sup> FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.57.

<sup>39</sup> “Art. 199, §4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. CF. BRASIL.

<sup>40</sup> “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”. BRASIL. Lei nº 9.434/97. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm#art15](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15)>. Acesso em: 13 abr. 2011.

<sup>41</sup> “Art. 5º, § 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”. Lei nº 11.105/2005. BRASIL.

<sup>42</sup> DINIZ, 2002.

<sup>43</sup> ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. Tradução de: José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 170-171.

ordenamento jurídico. Entretanto, se o embrião for considerado pessoa, este não poderá constituir-se como objeto nesse ato unilateral. Porém, muitas vezes a doação reflete um ato de amor e respeito para com o ser que terá assim a chance de vir a nascer.<sup>44</sup>

Conforme a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, a doação dos embriões para casais inférteis não pode ocorrer sem o consentimento do casal que os originou e sempre deverá ser gratuita.<sup>45</sup>

De todas as possibilidades existentes, a que mais se conforma com a dignidade da vida humana é a de que os embriões sobranes sejam doados a mulheres necessitadas, ao invés de serem destruídos ou utilizados para fins de pesquisa.<sup>46</sup>

Se considerarmos que na sociedade biotecnológica o fim justifica os meios, e que essa ideologia vem sendo legitimada por nova racionalidade instrumental e novo critério de legitimidade funcionalista, espécie de legitimidade ontopoiética, temos que os procedimentos técnicos de manipulação genética serão legitimados em função de seus objetivos técnicos, a produção de medicamentos, a cura de enfermidades e o prolongamento da vida humana, tal como já ocorre com a engenharia genética destinada à produção de alimentos.<sup>47</sup>

A técnica da fertilização *in vitro* pode resolver o problema de alguns casais que ‘sofrem’ de infertilidade, na medida em que os embriões remanescentes puderem lhes ser doados para adoção, numa forma de resolver a problemática da doação que os caracteriza como objetos de direito.<sup>48</sup>

#### 4.2 ARTIGO 5º DA LEI Nº 11.105/2005 – A LEI DE BIOSSEGURANÇA

A Lei de Biossegurança<sup>49</sup>, sancionada em 24 de março de 2005, revogou a Lei nº 8.974/1995<sup>50</sup>, que tratava da engenharia genética, diante dos recursos até então existentes.

<sup>44</sup> MARINHO, 2005.

<sup>45</sup> **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

<sup>46</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 83.

<sup>47</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 383.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>49</sup> 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 – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Lei nº 11.105/2005**. BRASIL.

<sup>50</sup> MARTINS COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Lei de Biossegurança Medusa legislativa?** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>>. Acesso em 11 maio 2011.

Embora o Projeto de Lei estabelecesse, especificamente, a utilização de células-tronco, o texto aprovado omitiu as células-tronco de seu corpo.<sup>51</sup>

A Lei nº 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização do momento da criação até o descarte dos organismos vivos, embora a lei tenha sido criada para tratar de organismos geneticamente modificados, em especial visando aos vegetais transgênicos, ela traz em seu bojo as definições científicas das células geminais humanas, clonagem (reprodutiva e terapêutica), bem como das células-tronco embrionárias.<sup>52</sup>

O artigo 5º<sup>53</sup> permite a utilização de embriões humanos criocongelados, obtidos através da fertilização *in vitro*, para a pesquisa e terapia, ou seja, a lei de Biossegurança consente que o embrião possa ser destruído em favor da ciência.

Evidentemente, vários aspectos têm de ser analisados; primeiro, no que tange ao inciso I do mesmo dispositivo, pois a Lei somente autoriza a utilização dos embriões inviáveis, diga-se, aqueles que não iriam desenvolver-se adequadamente, caso implantados. Após a concepção de tais embriões, é feita uma análise em que os cientistas verificam a potência dos embriões, sendo os mais fracos congelados. Tal qual acontece na fertilização *in vitro*, em que os embriões fracos são invariavelmente expelidos pelo organismo, a ciência tenta fazer o papel da natureza.<sup>54</sup>

A ausência de regulamentação acerca da quantidade limite de embriões fertilizados *in vitro* permite que as clínicas, por conveniência, concebam em proveta um número de embriões maior do que o necessário para a reprodução, e que os excedentários ou supranumerários sejam congelados. Assim, fica difícil o controle diante de uma quantidade cada vez maior de embriões estocados nas clínicas de fertilização.<sup>55</sup>

Outra imposição da Lei para a autorização de utilização de embriões para pesquisa e terapia versa sobre o tempo de congelamento. Os embriões devem estar congelados há mais de três anos quando da publicação da Lei, ou após a sua vigência. Esse critério infere determinação de prazo de validade para a utilização dos embriões para tal finalidade. Embora não se tenha conseguido delimitar o motivo exato pelo qual tal prazo foi estabelecido, é certo que relegá-los ao esquecimento, igualmente, não é digno (dentro da dignidade e da existência que pode ter um embrião congelado).<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Regulamenta os incisos II 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, e dá outras providências. **Lei nº 8974/95**. BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8974.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8974.htm)>. Acesso em: 16 maio 2011.

<sup>52</sup> SOUZA, Paulo, 2004, p. 51.

<sup>53</sup> “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, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”. Art. 5º. **Lei nº 11.105/2005**. BRASIL.

<sup>54</sup> NASCIBENI, Asdrúbal Franco. **Pesquisas com células-tronco: Implicações Éticas e Jurídicas**. São Paulo: Lex, 2008, p. 140.

<sup>55</sup> DINIZ, 2002, p. 371.

<sup>56</sup> DINIZ, Débora. **Células-tronco e aborto**. Disponível em: <[http://globo.globo.com/pais/noblat/post.asp?cod\\_Post=92347&a=112](http://globo.globo.com/pais/noblat/post.asp?cod_Post=92347&a=112)>. Acesso em: 19 abr. 2011.

O terceiro requisito para autorização da utilização desses embriões é a autorização dos genitores, que são os “detentores” do embrião.<sup>57</sup> Nesse sentido, o consentimento do casal é importante em todas as etapas dos procedimentos de reprodução assistida, antes mesmo da existência de embriões supranumerários.<sup>58</sup>

A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina exige que o casal dê o destino aos embriões, em caso de divórcio ou morte de um dos genitores, para que esteja expressa a vontade do casal quanto ao destino dos embriões.<sup>59</sup>

Como visto nos capítulos anteriores, a dignidade da pessoa humana, por sua relevância, alcança toda proteção referente ao início do processo que findará no indivíduo-pessoa.<sup>60</sup> Assim sendo, o direito protege de modo variado cada etapa de desenvolvimento biológico humano, garantindo-se uma dignidade para o embrião humano, sem que isso implique seu reconhecimento como pessoa.

Entretanto, surgiram questionamentos jurídicos, éticos e filosóficos acerca da inconstitucionalidade do art. 5º da Lei da Biossegurança no Supremo Tribunal Federal em 2005, como se verá adiante ao tratar dos votos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.

#### 4.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN 3510

Como já explanado anteriormente, a ausência de regulamentação diante dos avanços da medicina desencadeou na Lei de Biossegurança, que veio a ser questionada sobre a sua constitucionalidade no mesmo ano através da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ex-Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles.

<sup>57</sup> SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008, p. 157-158.

<sup>58</sup> SOUSA, Fernanda dos Santos. **Células-tronco embrionárias: Aspectos Éticos e Jurídicos da Utilização dos Embriões Excedentes para Fins Terapêuticos à Luz da Lei de Biossegurança**. Santos: 2009. Disponível em: <[http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2010/Camila\\_Francis.pdf](http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2010/Camila_Francis.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2011.

<sup>59</sup> “V, 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”. **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

<sup>60</sup> Prescreve o art. 2º do CC que “a personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 questionou não somente a compatibilidade constitucional da pesquisa com células-tronco embrionárias, mas a própria viabilidade dessas pesquisas, sob o argumento de que as pesquisas com células-tronco adultas seriam objetivamente mais promissoras.

Preceituou, ainda, a tese de que “o embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo.”<sup>61</sup> Dessa maneira, haveria de ser declarada a inconstitucionalidade do artigo 5º e seus respectivos parágrafos da Lei nº 11.105/2005 que permite a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias humanas por afronta ao direito à vida dentre outros princípios constitucionais.

O Ex-Procurador da República, Cláudio Lemos Fonteles, autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade, argumentou que o artigo 5º da Lei contraria “(...) a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.”<sup>62</sup>

Ainda, sustentou que: I - a vida humana inicia-se na fecundação; II - que o zigoto humano mesmo constituído por apenas uma célula, já é um ser humano embrionário; III - que a mulher é considerada grávida no momento em que ocorre esta fecundação; e IV – que as pesquisas com células-tronco adultas são muito mais objetivas e promissoras que as pesquisas com as células- tronco embrionárias.<sup>63</sup>

Diante da necessidade de esclarecimentos sobre o assunto, bem como a importância na decisão acerca deste tema, com base no §1º, do artigo 9º, da Lei nº 9.868/99<sup>64</sup>, o relator designou pela primeira vez na Corte Constitucional, uma audiência pública, onde vinte e duas autoridades científicas brasileiras puderam acrescentar informações científicas sobre o debate.<sup>65</sup>

O relator identificou as duas correntes de opinião distintas com relação à vida contida no embrião humano. A primeira considera o embrião humano como pessoa em estágio embrionário, munido de personalidade, como afirmou o Ex-Procurador Geral da

<sup>61</sup> BRITTO, **ADIN/DF 3510**, 2008.

<sup>62</sup> “Portanto, contraria o direito à vida, amparado constitucionalmente”. FONTELLES, **ADIN/DF 3510**, 2008.

<sup>63</sup> FONTELLES, **ADIN/DF 3510**, 2008.

<sup>64</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. “art. 9º, § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. **Lei nº 9868/99**. BRASIL. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2011.

<sup>65</sup> BRITTO, **ADIN/DF 3510**, 2008.

República Claudio Lemos Fontelles<sup>66</sup>; a outra corrente é a que investe nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos.

Sabe-se que a utilização de experimentos com células-tronco tem grande capacidade em transformar-se em qualquer célula do organismo humano, por mais especializada que seja.<sup>67</sup> Os embriões autorizados pelo artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 são aqueles fertilizados em técnicas de reprodução assistida, que se encontram, portanto, congelados.<sup>68</sup>

Sobre as células-tronco, o relator acredita ser: “(...) perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano”. Meios que a doutrina especializada comenta e estuda de tal forma: “o principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, que estão envelhecendo ou perdidos para restaurar sua função”. Desse modo, identificou como válidas as pesquisas com tais células porque “somam em prol do objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam, e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente<sup>69</sup> populacional.”<sup>70</sup>

Quanto às condições em que tais embriões possam ser destinados à pesquisa, o Ministro Carlos Ayres de Brito citou Diniz:

O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica.<sup>71</sup>

Para o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, o embrião de que trata o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 não é uma vida a caminho. “Faltam-lhe todas as

<sup>66</sup> “(...) 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 à prática de 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. (...) a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individual idade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. 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*”. FONTELLES, **ADIN 3510/DF**, 2008.

<sup>67</sup> NASCIMBENI, 2008, p. 140.

<sup>68</sup> “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: (...)”. Art. 5º. **Lei nº 11.105/2005**. BRASIL.

<sup>69</sup> Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os brasileiros que sofrem de algumas doenças geneticamente graves, segundo dados levantados pela Revista Época em 29 de abril de 2007.

<sup>70</sup> BRITTO, **ADIN/DF 3510**, 2008.

<sup>71</sup> DINIZ, Débora, 2008.

possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído, nem em formação”. E fez ainda um paralelo com a vida humana adornada com o atributo de personalidade civil: “fenômeno que ocorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.”<sup>72</sup>

No embrião do artigo 5º o cérebro ainda não chegou e não há a possibilidade de se transformar em uma pessoa natural.

Se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência 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 constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resqúcio de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada.<sup>73</sup>

O terceiro ponto identificado pelo relator versava sobre a necessidade de que todos os projetos de pesquisa com os embriões humanos fossem encaminhados para análise anterior aos comitês de ética em pesquisa aos quais se refere o §2º do artigo 5º da Lei de Biossegurança<sup>74</sup> que, conforme o Ministro Carlos Ayres Britto declara:

(...) medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisa, justamente, com células-tronco embrionárias, o que redundaria na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores.

Em última análise ficou a proibição da comercialização de qualquer tipo de material biológico coletado, isto é, a venda de gametas, embriões ou outro qualquer material que tenha sido coletado para a finalidade reprodutiva, expresso no § 3º<sup>75</sup>, fazendo referência, dessa forma, ao artigo 15 da Lei nº 9.434/1997<sup>76</sup> (doação de órgãos e tecidos) que igualmente proíbe a venda de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, apenando com reclusão tal prática.

<sup>72</sup> BRITTO, ADIN/DF 3510, 2008.

<sup>73</sup> BRITTO, ADIN/DF 3510, 2008.

<sup>74</sup> “§ 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”. Lei nº 11.105/2005. BRASIL.

<sup>75</sup> “§ 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”. Lei nº 11.105/2005. BRASIL.

<sup>76</sup> “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação”. Lei nº 9.434/97. BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm#art15](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15)>. Acesso em 05 jun. 2011.

Por isso, o Ministro relator, entendeu o reconhecimento dos seres humanos nascidos vivos, utilizando-se dos conceitos de vida de José Afonso da Silva<sup>77</sup>, em que é necessário além da vida biológica para o reconhecimento de vida humana.

O entendimento do relator fora de que “o embrião congelado não é um ser humano, nem mesmo em potencial, contudo que esse aspecto não era o primordial. É necessária a proteção do embrião, bem como a dignidade das pessoas que necessitavam do tratamento com células-tronco.”<sup>78</sup>

Por maioria de votos, portanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido da constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, nos termos do voto do relator exposto neste capítulo. O julgamento, certamente, se reverte de caráter histórico, não somente pela importância do tema, mas também pela oportunidade do adentramento na discussão de questões e conceitos fundamentais, como o do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

#### 4.4 UTILIZAÇÃO DOS EMBRIÕES DESCARTADOS DE ACORDO COM A LEI Nº 11.105/2005

Segundo pesquisa doutrinária<sup>79</sup> realizada para redigir este trabalho monográfico, notório é que sobram embriões, ou porque, foram coletados e nem todos foram transplantados, a fim de evitar os riscos à mãe, ou de aborto decorrente de gestação múltipla, ou porque, poderia provocar parto precoce, ou ainda, porque este embrião é inviável, ou seja, possui alguma anomalia cromossômica.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> “Falo ‘pessoas físicas’ ou ‘naturais’, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de ‘personalidade civil’, literis: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria ‘natalista’, portanto em oposição às teorias da ‘personalidade condicional’ e da ‘concepcionista’). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simples biológica”. BRITTO, **ADIN 3510/DF**, 2008.

<sup>78</sup> BRITTO, **ADIN 3510/DF**, 2008.

<sup>79</sup> DINIZ, 2002, p. 22.

<sup>80</sup> Ibid., 2002, p. 23.

O embrião fertilizado *in vitro* também foi concebido para tornar-se criança e integrar uma família, uma vez que muitos casais não poderiam ter filhos à maneira trivial, recorrem a esse tipo de técnica, a esse tipo de procedimento.<sup>81</sup>

Ocorre que sobram embriões que são considerados excedentes e outros são atestados como inviáveis, restando assim o congelamento como meio de possível utilização futura para uma nova tentativa de gravidez, doação para outros casais, para que sejam cedidos à pesquisa, ou então, para destruição e descarte.<sup>82</sup>

É inconcebível que o fruto de um sonho seja relegado ao esquecimento, ou pior, que seja destruído, uma vez que, em um mundo de probabilidades, é meritório o suficiente ser um zigoto humano; ter um código genético humano único e inigualável, que nunca existiu e nunca existirá; ter a possibilidade de desenvolver-se e tornar-se o ser mais evoluído do planeta Terra; enfim, ter a possibilidade de tornar-se pessoa e poder entender-se e saber quem é.<sup>83</sup>

Alho analisa:

Do ponto de vista técnico, um zigoto, geneticamente completo, tem potencial biológico para vir a ser um indivíduo desde sua origem, e sua vida, inédita na existência, inicia-se exatamente neste ponto. Mas, além do potencial biológico, o que o zigoto necessita após se formar é se implantar no útero materno para que tenha um lugar para se desenvolver e tenha acesso a oxigênio e a nutrientes.<sup>84</sup>

Mesmo que exista o mencionado potencial biológico para tornar-se ser humano, invariavelmente o embrião congelado continuará armazenado até seu destino final. Não há, nesse caso, como se falar em direito à vida humana, mas pode-se afirmar a necessidade de respeito ao embrião.<sup>85</sup>

Afirma Northfleet, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510:

Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> “(...) a utilização desse procedimento gera, inevitavelmente, o surgimento de embriões excedentes, muitos 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.”

NORTHFLEET, Ellen Gracie. BRASIL. STF. **ADIN 3510/DF**, 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 07 abr. 2011.

<sup>82</sup> **Resolução CFM 1957/2010**. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

<sup>83</sup> NORTHFLEET, **ADIN 3510**, 2008.

<sup>84</sup> ALHO apud CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de. **Bioética**: uma visão panorâmica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 55-56.

<sup>85</sup> SÁ, 2004, p. 133.

<sup>86</sup> NORTHFLEET, **ADIN 3510/DF**, 2008.

A doação de embriões para outros casais é meio que evita a destruição e descarte do embrião, e, conforme disposto na Resolução nº 1957/2010, a doação deve proceder-se sem o conhecimento da identidade dos doadores e dos receptores.<sup>87</sup>

Todavia, com os avanços da ciência médica e a descoberta do potencial das células-tronco embrionárias, surgiu a possibilidade de doação de embriões para a pesquisa com células-tronco, através do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005.

O embrião humano é utilizado, como já explicado, para a extração de células-tronco que são capazes de transformar-se em diversos tipos de tecido para a aplicação em terapia e pesquisa. Assim, a terapia baseada na utilização de tais células busca restabelecer e curar portadores de doenças consideradas incuráveis<sup>88</sup>, como diversos tipos de câncer, doenças auto-imunes, imunodeficiências, anemia e doenças do sangue, tecidos do coração, algumas doenças degenerativa nervosas, do fígado, bexiga<sup>89</sup>, a exemplo das pesquisas para tratamentos com células-tronco adultas, além da regeneração e formação de órgãos, que somente é possível com células-tronco embrionárias.

O debate, independentemente do plano em que se trava, não pode deixar de considerar também o sofrimento das pessoas com essas doenças, que clamam, esperançosamente, pela solidariedade do Estado e da sociedade.

Não obstante as fundadas expectativas terapêuticas em torno das células-tronco embrionárias, tem-se como ainda insegura a possibilidade de sua aplicação imediata na biomedicina. As deficiências técnicas atualmente existentes somente poderão ser sobrepostas com uma maior e crescente experimentação científica.

Nessa liberação, ressalte-se, mais uma vez, que não se deve perder de vista os direitos fundamentais constantes da ordem constitucional, que devem pautar e definir, em todos os casos, os necessários limites e as devidas abrangências dessas pesquisas.

A pesquisa com células-tronco embrionárias poderia franquear acesso a novas opções terapêuticas, colaborando em longo prazo na cura para doenças graves e amplamente propagadas, como a doença de Parkinson, a esclerose múltipla, diabetes ou infartos cardíacos.<sup>90</sup>

Em se tratando de questões biojurídicas ou fundamentais, estar-se-á frequentemente ante uma situação que exige a escolha de um princípio em detrimento de outro, ou de uma regra. Assim, deve-se avaliar o caso concreto, sobrepor suas problemáticas e

---

<sup>87</sup> **Resolução CFM 1957/2010.** CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

<sup>88</sup> MARQUES, 2006, p. 14.

<sup>89</sup> NASCIBENI, 2008, p. 209.

<sup>90</sup> KRESS, Hartmut. **Ética médica.** Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Loyola, 2008, p. 157-158.

decidir para aquele caso qual princípio forneceria a resposta correta complementando-o da melhor forma.<sup>91</sup>

Desta forma, não adianta, simplesmente, querer coibir a ciência de evoluir. Deve-se tentar acompanhar esta evolução com a criação de instrumentos jurídicos capazes de nortear os avanços científicos e prevenir efeitos devastadores desta evolução.<sup>92</sup>

Dignificar a existência do embrião congelado, que não será nada além do que material genético depositado em nitrogênio líquido, é possibilitar que ele seja utilizado para um propósito nobre: salvar vidas<sup>93</sup>, dispensando ao embrião respeito e consideração decorrentes de sua natureza humana.

---

<sup>91</sup> SÁ, 2002, p. 384.

<sup>92</sup> SÁ, loc. cit.

<sup>93</sup> PENTEADO, 1999, p. 211.

## 5 CONCLUSÃO

Os constantes avanços biotecnológicos exigem uma melhor conscientização do legislador e dos cientistas sobre o status do embrião humano. Entre os mais recentes avanços da biotecnologia está o uso de embriões descartados oriundos das técnicas de fertilização *in vitro*. Esta utilização para fins de pesquisa e terapia vem causando confusões nas áreas moral, ética e jurídica.

Com o aparecimento dos bancos de criopreservação de embriões, a possibilidade de utilização daqueles tidos como inviáveis mostra-se cada vez mais atraente aos olhos da comunidade científica. Há aqueles que defendem que os embriões congelados tidos como inviáveis devem servir de material para pesquisas que tenham por fim a cura de doenças das quais padecem grande parte da população, já que não teriam outra destinação possível.

A fertilização *in vitro* e o excesso de produção de embriões, para o fim específico de reprodução, ainda necessário para o sucesso da técnica, trouxeram à tona a dúvida, até então sem consenso, de quando se inicia a vida humana.

Ainda que se entenda que o início da vida humana se dá com a concepção, fato que, nem a ciência consegue definir este momento, a pesquisa genética e a biotecnologia demandam uma reavaliação de valores e revisão normativa.

Todavia, nem a ética e nem o direito buscam barrar os avanços da biotecnologia e da ciência em geral. Cabe harmonizá-los com os valores do ser humano e da comunidade, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

No que tange a dignidade de um embrião excedente, foi destacado que não basta o mesmo ter reconhecido um suposto direito à vida, mas sim, que esta vida seja digna, ou melhor explicando, embora seja reconhecido um direito à vida dos embriões *in vitro*, mais importante é que os mesmos sejam desejados por seus genitores, que venham a nascer por vontade dos mesmos e não por uma imposição legal.

Porém, como já referido, os embriões excedentes são uma realidade, para qual deve ser buscada uma solução, que respeite os direitos fundamentais e que não afronte a legislação.

No estudo acerca da utilização desses embriões que serão descartados o uso para pesquisas possibilita que, mesmo por falta de opção, os embriões tenham um fim mais digno do que o lixo. As pesquisas com células-tronco são a esperança para muitas doenças e muitas pessoas, que lutam contra o tempo para buscar uma cura e uma vida mais digna.

A Lei de Biossegurança permite a utilização para pesquisas dos embriões inviáveis, desde que os embriões tenham resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* ou que estejam congelados há mais de três anos, mediante o consentimento dos genitores.

Além disso, a referida Lei, considera crime o uso dos referidos embriões em desacordo com o disciplinado em seu artigo 5º, bem como, proíbe a clonagem dos mesmos. Logo, se antes era impossível sequer imaginar um embrião, muito menos que o mesmo fosse manuseado em laboratório, hoje essa possibilidade existe, e cabe ao direito a tarefa de dirimir os conflitos sociais que a mesma causa.

Entretanto, é mais nobre utilizar os embriões excedentários para promover a vida e a saúde de outras pessoas, do que simplesmente descartá-los, dispensando ao embrião criocongelado respeito e consideração decorrentes de sua natureza humana, além do cumprimento de um papel social.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. **A moralidade dos atos científicos**: questões emergentes do Comitê de Ética em Pesquisa. Londrina: UEL 1997. p. 4. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/4109/3536>>. Acesso em: 02 maio 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**, ano 91, Revista dos Tribunais, n. 797, março 2002.

BARBOSA, Charles Silva. A atuação do judiciário no campo do mínimo existencial – uma abordagem fundada na teoria dos direitos fundamentais e na teoria dos princípios. **Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3551.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil**: anotada. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERNARD, Jean. **A bioética**. São Paulo: Atlas, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONHO, Luciana Tramontin. **Aspectos jurídico-penais da produção, comercialização e destruição de embriões excedentes da fertilização *in vitro***. 2009. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/aspectos-juridico-penais-da-produ%C3%A7%C3%A3o-comercializa%C3%A7%C3%A3o-destrui%C3%A7%C3%A3o-embri%C3%B5es-excedentes-da/id/43047973.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/aspectos-juridico-penais-da-produ%C3%A7%C3%A3o-comercializa%C3%A7%C3%A3o-destrui%C3%A7%C3%A3o-embri%C3%B5es-excedentes-da/id/43047973.html)>. Acesso em: 25 abr. 2011.

BRASIL. **Código civil**. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 03 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.105/2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm)>. Acesso em 08 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8974/95**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8974.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8974.htm)>. Acesso em: 16 maio 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.434/97**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm#art15](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15)>. Acesso em 05 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9868/99**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. STF. **ADI 3510**. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 07 abr. 2011.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHRYSOVERGIS, Fabiana Digiacomo. **A Inseminação Artificial Post Mortem e o Reflexo da Prática no Direito das Sucessões**. Florianópolis: UFSC, 2000. Disponível em: <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoga\\_02.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoga_02.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2011.

CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de. **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1957/2010**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2011.

COUTINHO, Daniel. **O Embrião Excedentário e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007\\_2/Daniel\\_Coutinho.pdf](http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007_2/Daniel_Coutinho.pdf)>. Acesso em 20 abr. 2011.

DINIZ, Débora. **Células-Tronco e Aborto**. Disponível em: <[http://globo.globo.com/pais/noblat/post.asp?cod\\_Post=92347&a=112](http://globo.globo.com/pais/noblat/post.asp?cod_Post=92347&a=112)>. Acesso em: 19 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. O STF e as células-tronco. **Correio Braziliense**. Coluna Opinião, edição de 29 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/revista/marc08.html#quatro>>. Acesso em 08 abr. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre o direito e a moral. **Revista do Ministério Público**, ano 24, n. 94, Lisboa, abril/junho de 2003, p. 9/30. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/\\_pdf/01/entrevista.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/entrevista.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007-2010

GARCIA, Edinês Maria Sorman. **O Fundamento da Consagração da Pessoa Humana no Texto Constitucional Brasileiro de 1988**. Bauru: Faculdade de Direito de Bauru, 2003.

GARRAFA, Volnei. Direito, ciência e bioética: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana. In: Conferência Internacional de Direitos Humanos. **Anais da I Conferência Internacional de Direitos Humanos**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997.

GOLDIN, José Roberto. **Congelamento de Embriões**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/congela.htm>>. Acesso em 03 maio 2011.

\_\_\_\_\_. **Início da vida de uma pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

GOMES, Geraldo. **Engenharia genética: deontologia e clonagem**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KIMURA, Mara Regina Trippo. **As Técnicas Biomédicas – a vida embrionária e o patrimônio genético humano – à luz da regra da proporcionalidade penal**. Disponível em:

<<http://www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=159283>>. Acesso em 21 abr. 2011.

LEJEUNE, Jérôme, apud MESTIERI, João. Embrião. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, 1999, n. 32, p. 43.

MARCO, Carla Fernanda de. **O Biodireito e a tendência da Constitucionalização do Direito Internacional**: A dignidade da pessoa humana como valor universal. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=63](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=63)>. Acesso em 02 maio 2011.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Embriões: A busca de um estatuto. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/362>>. Acesso em: 14 maio 2011.

MARQUES, Marília Bernardes. **O que é célula-tronco**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MARTINS COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Lei de Biossegurança Medusa legislativa?** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>>. Acesso em 11 maio 2011.

MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **A vida humana embrionária e a sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. N. V. **Embriologia clínica**. Tradução de Ithamar Vugman e Mira de Casrilevitz Engelhardt. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

\_\_\_\_\_. **Embriologia básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. **Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 13- Novembro 2009**. Disponível em:

<[http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito\\_e\\_justica/article/viewFile/275/176](http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/275/176)>. Acesso em: 13 abr. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MUTO, Elisa; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro instante. **Super Interessante**, São Paulo, n. 319, Nov. 2005. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml>>. Acesso: 24 abr. 2011.

NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. **Pesquisas com Células-Tronco**: Implicações Éticas e Jurídicas. São Paulo: Lex, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. **Meio Ambiente e Bioética**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Noticias&id=1320>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Lisboa: GC Gráfica de Coimbra Ltda, 1999. Disponível em: <[http://www.escrita.com.br/escrita/leitura.asp?Texto\\_ID=6739&offset=10](http://www.escrita.com.br/escrita/leitura.asp?Texto_ID=6739&offset=10)>. Acesso em: 15 maio 2011.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth Duskin. **Desenvolvimento humano**. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2000.

PENTEADO, Jacques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques. **A vida dos direitos humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERETTI, Rubens Evandro de Godoy. **Concepções Básicas de Biodireito**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2406/1931>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola/SC, 2005.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental a identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, n. 833, março/2005.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **O Direito à Vida**. Disponível em: <<http://www.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/artigodireitoavida.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2011.

ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa com células-tronco**: Limites Éticos e Jurídicos. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.

RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando. **Dicionário Larousse da Língua Portuguesa**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2005.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Biotecnologia, direito e bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Emerson Martins. O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido “*in vitro*”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 12 – jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055-Emerson\\_Martins\\_dos\\_Santos\\_\(concepcao\\_in\\_vitro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055-Emerson_Martins_dos_Santos_(concepcao_in_vitro).pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: Constituição Federal de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro.** São Paulo: Pillares, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivado.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana.** São Paulo: LTr, 2002.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2642, 25 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17485>>. Acesso em: 5 maio 2011.

SOUZA, David Silva de. **Biotecnologia e conduta humana.** Disponível em: <<http://www.esdm.com.br/include%5CdownloadSA.asp?file...652011151428.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

SOUZA, Maria Helena L.; ELIAS, Décio O. **Manual de Instrução Programada: Princípios de Hematologia e Hemoterapia.** Disponível em: <[http://perflin.com/cear/artigos/stem\\_teste.html](http://perflin.com/cear/artigos/stem_teste.html)>. Acesso em: 20 abr. 2011.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006.

VELASCO, Carolina Altoé. **Instrumentalização da pessoa humana em face da biotecnologia.** Disponível em:  
<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carolina\\_altoe\\_velasco.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carolina_altoe_velasco.pdf)>. Acesso em: 14 maio 2011.