A PERMISSÃO PARA UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS DE PESQUISA E TERAPIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Ana Patrícia Souza, Bacharelada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT e Subdiretora de Administração da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

RESUMO: A abordagem pretendida procurará mostrar que a permissão para a utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia com células-tronco, e apenas para esse fim, disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança, está de acordo com os valores estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Apresentar-se-ão os benefícios que serão trazidos para a saúde da sociedade, bem como, para o avanço científico, decorrentes do estudo com células-tronco embrionárias.

PALAVRAS-CHAVE: Embrião; células-tronco; nascituro; personalidade; saúde.

ABSTRACT: The herein approach intends to show that the permission to the use of embryonic material to the purpose of research and therapy with steam cells, and only for this purpose, as disposed in the article 5º of the law of Biosecurity is in accordance with the values established in the Federal Constitution of 1988. It will be presented the benefits that will be brought to the health of the society as well as to the scientific development arisen from the study with embryonic steam cellls.

KEYWORDS: Embryo; steam cells; unborn; personality; health

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito e Bioética; 3. Parâmetros constitucionais; 3.1. Princípio da dignidade humana; 3.2. Princípio da proporcionalidade; 3.3. Liberdade científica; 3.4. Inviolabilidade do direito à vida; 3.5. Princípio da beneficiência; 4. Status jurídico do embrião humano pré-implantado; 5. A Constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança; 5.1. A lei de biossegurança; 5.2. A pesquisa

com células-tronco embrionárias: uma solução para o problema dos embriões congelados; 5.3. Avanço científico versus responsabilidade na investigação científica; 5.4. Responsabilidade civil e penal; 5.5. Benefícios trazidos pela pesquisa com embrião humano para a saúde brasileira; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante das grandes descobertas na área da biotecnologia, envolvendo a autorização de células-tronco oriundas de embriões humanos, em pesquisa e terapia, surgiu a necessidade de se tentar provar que a referida autorização está de acordo com os parâmetros constitucionais estabelecidos, quais sejam: o direito à saúde e a livre expressão da atividade científica, previstos na Constituição Federal de 1988, e que a medida representará a esperança de tratamento para milhões de pessoas.

Neste estudo será discutida a questão da constitucionalidade da autorização para a utilização de material embrionário humano para fins de pesquisa e terapia com células-tronco. Seu foco será mostrar que a permissão para utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia com células-tronco, e, apenas para esse fim, representa a consolidação de valores constitucionalmente estabelecidos.

Tais princípios serão analisados em consonância com os princípios da inviolabilidade à vida e da dignidade da pessoa humana, sopesados de acordo com o princípio da proporcionalidade e da beneficência.

A abordagem procurará desmistificar a autorização para a utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia, e, apenas para esse fim, estabelecido pelo art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) publicada no *Diário Oficial da União* em 28 de março de 2005, mostrando que o referido artigo não fere os princípios da inviolabilidade à vida e da dignidade humana, previstos na Constituição Federal de 1988.

Será estudada também a questão da tutela do embrião humano pré-implantado, o qual não foi disciplinado pelo poder constituinte originário, sendo tratado nos diplomas civil e penal, a questão do nascituro e do feto, respectivamente.

A tutela do embrião pré-implantado foi disciplinada pela Lei de Biossegurança, a qual prevê a criminalização de sua utilização para fim diverso do previsto em seu art. 5º, qual seja: a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias.

Ressaltar-se-á a liberdade de atuação dos cientistas, respeitando-se, todavia, a dignidade humana, mostrando-se como a legislação brasileira encara as novas descobertas.

2. DIREITO E BIOÉTICA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A aprovação da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) no Congresso Nacional trouxe à tona uma questão polêmica, qual seja: a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

As células-tronco representam, na visão de alguns, a esperança de tratamento das principais doenças incuráveis que atacam a humanidade.

Para a comunidade científica, a pesquisa com células-tronco tem um potencial revolucionário comparável à descoberta da penicilina e depositam grandes esperanças que no futuro, parcela considerável da população seja beneficiada com algum tipo de tratamento desenvolvido a partir das células-tronco.

As células-tronco são encontradas no embrião humano, cordão umbilical e tecidos adultos. Possuem grande capacidade de transformação celular por serem justamente pouco diferenciadas.

Apesar de poderem ser retiradas de tecidos adultos, os cientistas preferem as células embrionárias, pois somente estas são totipotentes ou pluripotentes, ou seja, possuem a capacidade de produzir todos os tecidos do corpo. Situação que não acontece com as chamadas células adultas.

Segundo Vieira, Ruiz e Magro (2006, p.14) seria preferencial o uso das células-tronco adultas em razão da não rejeição, contudo não se tem conhecimento da sua quantidade, idade, se são totipotentes ou pluripotentes, em que tipos de tecido podem se diferenciar e se podem ser aplicadas no tratamento de doenças genéticas.

Com relação a utilização de células-tronco originárias do cordão umbilical não há qualquer tipo de problema ético. Todavia, esses tipos de células-tronco não servirão no caso de doenças genéticas.

Ainda nesse sentido, Zatz (apud VIEIRA; RUIZ; MAGRO, 2006, p.14) entende que aqueles que pagam pela criopreservação do cordão umbilical devem ser informados que as próprias células-tronco não servirão no caso de doenças genéticas. É muito mais provável uma pessoa necessitar de cordão de outrem do que do próprio.

Apesar de todos os grandes benefícios que podem ser trazidos através da utilização das células-tronco embrionárias, ainda existe o problema da rejeição, o que não acontece com a utilização de células-tronco adultas. O seu uso terapêutico apresenta riscos, como por exemplo, a alta propensão para formação de tumor.

Para evitar os problemas de rejeição estão sendo criados bancos de células-tronco aumentando a possibilidade de compatibilidade entre o doador e o receptor.

Segundo Vieira, Ruiz e Magro (2006, p.14) as células-tronco embrionárias são mais promissoras por apresentarem plasticidade e maior concentração da enzima telomerase, que controla o número de vezes que as células podem se dividir, restaurando os telômeros, a parte final do cromossomo.

Os debates acerca da utilização das referidas células têm marcado os vários segmentos da sociedade e dividido as opiniões.

Aqueles que assumem a posição contrária em relação à pesquisa argumentam que o início da vida humana acontece no momento da concepção. Isso torna a pesquisa com células-tronco antiética e não justificável. Argumentam ainda que a permissão de células-tronco embrionárias abrirá a possibilidade de que as mesmas venham a ser comercializadas abusivamente. Afirmam, ainda, que o bem da sociedade não pode ser obtido com a morte de indivíduos ainda que sejam embriões.

A Igreja Católica Romana também se mantém contrária à realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, posto que entende que a vida se inicia com a fecundação, não havendo justificativa ética para que tais pesquisas sejam realizadas.

Por outro lado, os defensores da realização de pesquisa com células-tronco embrionárias se baseiam no bem social, haja vista que esse avanço científico será útil para que muitas pessoas que sofrem de doenças degenerativas, possam ter um tratamento adequado e que as possibilitem se restabelecerem.

O ponto fulcral do debate sobre a questão é ético e legal e deriva do fato de que para se realizar as pesquisas com células-tronco, faz-se necessário destruir, matar o embrião. Daí, todo o embate entre os diversos segmentos sociais. As opiniões divergem, principalmente, acerca de qual o momento em que se inicia a vida do indivíduo.

A Igreja Católica Romana entende que a fecundação é o momento inicial da vida do indivíduo, devendo o embrião pré-implantado receber a mesma proteção que um adulto, não havendo qualquer justificativa para se destruir o embrião, mesmo que seja para salvar uma outra vida.

Já os cristãos protestantes têm um entendimento mais liberal quanto ao assunto. Os judeus, também menos radicais, entendem que a vida se inicia apenas com o nascimento, permitindo um posicionamento mais liberal sobre a questão.

Ressalte-se que a pesquisa com células-tronco embrionárias representa uma solução para os milhões de embriões congelados excedentes que se encontram nas clínicas de reprodução humana assistida. No processo de fecundação são criados vários embriões, por casal, mas nem todos são implantados no útero da mãe. Alguns são implantados e os demais são congelados para serem utilizados em momentos futuros.

Ocorre que desses milhões de embriões congelados apenas uma maioria dos casais tem interesse em utilizá-los futuramente ou que apresentam condições de serem implantados com sucesso. Neste caso, o que fazer com tantos embriões excedentes e que não possuem condições de serem utilizados mesmo que num futuro distante? Será que mantê-los congelados também não fere o direito à vida e à dignidade da pessoa humana? Será que é justo limitar o avanço da ciência e retirar a esperança de cura daqueles que sofrem de alguma doença degenerativa?

Antes da Lei de Biossegurança, o material excedente não poderia ser descartado. Após a sua edição, os pesquisadores poderão adquirir os embriões desde que haja autorização de um conselho de ética do instituto onde o cientista trabalha.

Também se faz necessário que haja o consentimento dos pais biológicos e que os embriões tenham mais de 03 (três) anos e que sejam considerados inviáveis para implantação no útero materno. O

referido prazo foi estabelecido para que os casais tenham tempo para decidir se irão ou não fazer a implantação dos embriões no útero.

Ainda que se cogite sobre a possibilidade de ocorrer comercialização de embriões, ressalte-se que a Lei de Biossegurança proíbe o comércio de embriões, e sua produção e manipulação genética. A lei proíbe também a clonagem terapêutica e reprodutiva que tenham como qualidade a produção de pessoas. Dessa forma, a Lei de Biossegurança permite que sejam utilizadas células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia e apenas para esse fim.

A terapia celular não é um procedimento novo na medicina e consiste no processo de restauração da função de determinado órgão ou tecido através do transporte de novas células para substituir as células perdidas pela doença ou pela substituição de células que não funcionavam corretamente em razão de um defeito genético, como por exemplo: a transfusão de células do sangue, transplante de órgãos, os quais se constituem numa das abordagens terapêuticas mais utilizadas no mundo dos transplantes.

Todavia, o êxito do transplante de órgão inteiro é limitado, em face do alto índice de rejeição, a escassez de doadores, o alto custo do procedimento, tudo associado ao elevado índice de mortalidade.

Uma alternativa seria a utilização de células-tronco, indiferenciadas, na expectativa de que ao serem injetadas na circulação ou no próprio lugar da lesão, se diferenciem em células especializadas daquele tecido ou órgão, substituindo as células defeituosas ou destruídas. Para tanto, faz-se necessário a criação de um banco de células-tronco e conhecer os procedimentos para diferenciação do tratamento para cada paciente.

A utilização de células-tronco embrionárias é vista com grande entusiasmo pela comunidade científica, com amplas possibilidades de tratamento para numerosas doenças.

O principal desafio é justamente encontrar uma fonte abundante de produção de células-tronco e desenvolver métodos adequados que conduzam a diferenciação no sentido de encontrar o tecido necessário.

Os métodos utilizados para obtenção de células-tronco envolvem muita polêmica ética e legal pois, conforme já fora mencionado, para serem obtidas, faz-se necessário destruir o embrião.

Todavia, apesar de tantas controvérsias, vários países estão adotando legislação que autorizem as pesquisas com células-tronco embrionárias,

nas mais diversas formas. A maioria das legislações, inclusive a do Brasil, autoriza a pesquisa, utilizando-se embriões congelados, excedentes, existentes nas clínicas de reprodução humana.

De uma forma geral, verifica-se a rápida evolução das pesquisas envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias e isso demandará a organização de grupos de pesquisa, laboratórios capacitados e grandes recursos financeiros. Tudo isso, deve ser associado à existência de uma legislação que regulamente sua utilização de forma adequada e não abusiva para que o objetivo maior – salvar vidas – seja alcançado dentro dos limites constitucionais estabelecidos.

3. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Estado tem como um de seus objetivos proporcionar todos os meios para que as pessoas possam viver dignamente, constituindo-se em um dos pilares que sustentam a legitimação de autuação do Estado, proibindo todas as idéias tendentes a restringi-la. Dignidade significa a efetiva fruição dos direitos fundamentais pela pessoa humana, proporcionados por uma ação positiva do Estado. O princípio da dignidade da pessoa está disposto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 e tem como escopo garantir o respeito e a proteção da dignidade humana, assegurando um tratamento humano e não degradante.

A dignidade constitui fundamento da República, embasando também a ordem política e social, obrigando aos poderes públicos seu respeito e proteção. Trata-se, portanto, de uma norma constitucional com força cogente.

Dessa forma, as novas descobertas tecnológicas bem como sua respectiva utilização devem ser regulamentadas pelo Estado, objetivando a garantia de sua justa distribuição e conseqüentemente uma ordem social justa.

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem como pilares fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, legitimando todo o ordenamento jurídico de forma a torná-lo harmônico e coerente.

3.2 DIREITO À SAÚDE

A saúde é direito fundamental, cabendo ao Estado proporcionar os meios necessários para prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Conforme anotam Canotilho e Moreira (apud SILVA, 1999, p.312) o direito à saúde comporta duas vertentes: uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiro) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e o tratamento delas. Nesse sentido,

> É incumbência do Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. A Constituição distingue a pesquisa científica básica, que receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, e pesquisa tecnológica, que deverá voltar-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional, para tanto o Estado apoiará e estimulará a formação de recursos humanos nessas áreas do saber. (SILVA, 1999, p.815)

A adoção de medidas na área da saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deve impor aos poderes públicos uma série de tarefas que objetivem promover políticas sociais e econômicas que visem diminuir o risco de doenças e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta seara.

Ressalte-se que todos os seres humanos têm direito a um tratamento específico de acordo com o atual estágio da ciência médica, independentemente da sua situação econômica.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De suma importância mencionar o princípio da proporcionalidade, o qual no entendimento de Muller (apud BONAVIDES, 2002, p.357) se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Dentre os estudiosos do princípio da proporcionalidade ressalte-se o entendimento de Lecher (apud BONAVIDES, 2002, p.380) o qual sustentando uma posição dogmática, constrói uma verdadeira teoria das normas de aplicação dos direitos fundamentais, distinguindo cinco categorias de normas, quais sejam: normas interventivas, normas elucidativas, normas caracterizadoras de direitos fundamentais, normas impeditivas de abuso e normas de solução de conflitos.

As normas interventivas são aquelas que com base numa habilitação jurídico-constitucional interferem na delimitada esfera de eficácia de um direito fundamental, provido de substantividade e volvido para um determinado fim.

As normas elucidativas são simplesmente aquelas que se circunscrevem a esclarecer limites já traçados aos direitos fundamentais.

Normas caracterizadoras de direitos fundamentais são aquelas que primeiro estabelecem os conteúdos dos direitos fundamentais e com isso os seus limites.

As normas impeditivas de abuso têm por finalidade remeter alguém aos limites de seu direito.

As normas de solução de conflitos servem para dirimir litígios entre direitos fundamentais que não foram resolvidos ainda pela própria Constituição e que também não podem ser resolvidos.

O pressuposto principal determinado pela Teoria de Lecher, refere-se à necessidade de distinção entre os direitos fundamentais cujos conteúdos estão determinados pela própria Constituição daqueles direitos fundamentais cujo substrato é até certo ponto determinado primeiramente pelo legislador. Segundo o autor, a eficácia do princípio da proporcionalidade só se nega para aquelas normas que não limitam direitos fundamentais, senão os que aperfeiçoam ou simplesmente lhes desenham os limites já existentes e com isto os elucidam. Tal posicionamento é refutado por Gentz (apud BONAVIDES, 2002,

p.382), o qual assevera que o princípio da proporcionalidade tem eficácia geral para todas as limitações de direitos fundamentais.

De suma importância o caráter interpretativo do princípio da proporcionalidade toda vez que ocorrer divergência entre os direitos fundamentais, quando se busca uma solução conciliatória para o caso. Dessa forma, havendo a possibilidade de uma interpretação que compatibilize a norma com a Constituição, deverá prevalecer esta sobre as demais interpretações porventura existentes. Nesse entendimento,

> O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalmente o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor. (BONAVIDES, 2002, p.388)

No que concerne à Teoria dos Princípios, convém trazer a lume o pensamento de Dworkin (apud BONAVIDES, 2002, p.253), o qual um princípio aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obstar a que amanhã, noutras ciurcunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva.

Alexy (apud BONAVIDES, 2002, p.251) afirma que ocorrendo colisão de princípios aquele que tiver um maior peso no caso concreto prevalecerá sobre os demais.

Isto quer dizer que em determinadas circunstâncias um princípio cede ao outro. Porém, não quer dizer com isso que o princípio do qual se abdica seja nulo ou que não se possa introduzir uma cláusula de exceção.

Diferentemente do conflito de regras, o qual é solucionado de acordo com os critérios de validade, o conflito de princípios é resolvido de acordo com os valores nele envolvidos.

Pelo entendimento de Alexy pressupõe-se uma semelhança entre a Teoria dos Princípios com a Teoria dos Valores.

No entendimento de Bonavides (2002, p.259) não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios; sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. Nesse sentido,

> A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos de ordem constitucionais. (BONAVIDES, 2002, p. 260)

Primeiramente, cabe analisar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que, conforme já fora mencionado em passagem anterior, cabe ao Estado proporcionar todos os meios para que as pessoas possam viver dignamente, proibindo todas as idéias tendentes a evitar que tal objetivo seja alcançado.

Todavia, em que pese ser tal princípio de grande carga valorativa, é certo que este não poderá ser tido como absoluto, isto é, não deverá prevalecer incondicionalmente sobre os demais que vierem a lhe ser opostos, em qualquer situação.

Faz-se necessário que o operador do direito, diante de uma situação concreta de colisão de princípios, confronte a prevalência ou não do princípio da dignidade, aplicando aquele que for mais adequado ao caso, tendo sempre como parâmetro o cumprimento das metas traçadas pela Constituição Federal.

3.4 LIBERDADE CIENTÍFICA

Outro ponto de suma importância diz respeito a questão da liberdade científica preconizada no artigo 5º, IX da Constituição Federal.

Tal liberdade teve grande relevância para o desenvolvimento das sociedades, de forma que não pode ser tolhida, sob pena de trazer graves retrocessos para a mesma.

No âmbito da liberdade, Kelsen (apud GARCIA, 2004, p.64), em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* aborda a metamorfose da idéia de liberdade, desde sua significação original, puramente negativa, na ausência de qualquer compromisso, de qualquer autoridade obrigatória. No entanto, ressalta o autor que sociedade significa ordem e ordem significa compromissos, explicando que a liberdade possível dentro da sociedade, e especialmente dentro do Estado, não pode ser a liberdade de qualquer compromisso.

Bobbio (1992, p.19) quando analisa especificamente o direito à liberdade científica explica que consiste, não no direito de professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica.

Entendimento diverso é o de Garcia (2004, p.66), no qual o próprio cientista encontra-se enredado na situação que incide, hoje, sobre o homem comum, numa sociedade em que se constata a desumanização do indivíduo, pelas práticas totalitárias que se infiltraram na sociedade do século XX, a partir da sua implementação político-ideológica e parecem permanecer, ainda pela violência e pela agressividade, em todas as suas variadas formas de conduta social, inclusive pela pretensa neutralidade da ciência.

Segundo Castro Filho (2001, p.352) a modernidade trouxe uma inquietante reflexão sobre a liberdade e as responsabilidades do indivíduo, enquanto ser cidadão. Segundo o autor, o homem no decorrer do processo histórico saiu de uma moral que regulava todas as esferas da vida social, para uma moral individualista, onde ele é o próprio legislador e juiz.

Nessa linha, ressalta que não se pode falar da liberdade do homem em abstrato, isto é, fora da história e da sociedade. O homem é livre para decidir e agir, mas esse grau de liberdade obedece a determinados pontos de comportamento e de possibilidade de ação. Nesse sentido,

> A existência e o papel desempenhado pelos comitês de ética já demonstrou que o direito não

> pode se impor por si mesmo, ou seja, a legitimidade jurídica é mediatizada pelo debate com os cientistas. O direito se constrói em relação a suas descobertas, mas também a partir dos riscos que as novas técnicas criam para a condição humana. É da interferência dos dois mundos, o científico de um lado (leia-se biomédico) e o jurídico do outro, que, através de um processo lento, demorado e cauteloso, vão se determinando, condutas, posturas e eventuais sanções aceitas por toda a comunidade humana. (LEITE, 2001, p. 98)

Observa-se isso, ao se permitir o avanço científico, mediante a utilização de células-tronco que irão proporcionar benefícios a um grande número de pessoas. Tal procedimento se coaduna com o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica, dispostos no ordenamento constitucional brasileiro, cabendo ao Estado desenvolver os meios necessários para promover o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica.

É irrefutável que os benefícios trazidos pela Engenharia Genética são ilimitados. Entretanto, não se pode esquecer que tais benefícios são utilizados pelo homem, mas também contra ele próprio. Dessa forma, faz-se cada vez mais urgente uma regulamentação jurídica que determine os limites de sua licitude, bem como suas formas de controle.

Destarte, a investigação científica deverá ser necessariamente livre e respeitado o autocontrole do investigador, encontrando como limite o respeito aos direitos humanos consagrados constitucionalmente.

De acordo com Bernardo (2006) a referência aos dois princípios serve de fundamento balizador da análise da permissão da pesquisa com células-tronco embrionárias, posto que pode representar a esperança de tratamento para milhões de pessoas.

Faz-se necessário ressaltar também que o Brasil não pode ficar aquém dos avanços da ciência, porquanto, ao depender da tecnologia de outros países, possibilita um encarecimento da prestação dos serviços em saúde, penalizando a sua população.

De acordo com Zatz (2004, p. 24), a pesquisa com células-tronco representa a possibilidade de serem desenvolvidas, no Brasil, técnicas de tratamento de última geração. Frise-se que os demais países estão buscando soluções para tratamento de graves doenças, com base justamente nas pesquisas utilizando-se células-tronco embrionárias.

Conforme aponta a autora, "a maioria dos países União Européia, Canadá, Austrália, Japão e Israel aprovaram pesquisas para obtenção de células-tronco embrionárias obtidas por clonagem terapêutica ou de embrião até 14 dias". (ZATZ, 2004, p. 24)

Todavia, a busca do conhecimento científico remonta aos primórdios da civilização, sendo uma necessidade existencial do ser humano, necessidade de saber, conquanto filosófica; uma questão de poder, inerente o domínio da realidade; uma questão de liberdade (conhecimento) e uma questão de responsabilidade (conduta), confrontando-se ciência, direito e ética.

3.5 INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA

O direito à vida é um direito fundamental do qual decorrem todos os outros direitos. É também um direito natural, inerente à condição de ser humano.

Assim dispõe o art. 5º da Constituição Federal de 1988:

> "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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes."

Ressalte-se que os direitos previstos no art. 5º são cláusulas pétreas, as quais não podem ser suprimidas do ordenamento jurídico brasileiro nem mesmo através de emenda.

Além da previsão constitucional, a inviolabilidade do direito à vida está prevista nos acordos internacionais sobre direitos humanos assinados pelo Brasil, destacando-se o *Pacto São José da Costa Rica* que foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678/1992, tendo força de norma constitucional.

Assim dispõe o art. 4º do *Pacto de São José da Costa Rica*: "Art. 4º Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente."(TRATADO...1969)

De acordo com a Constituição Federal e com o *Pacto de São José da Costa Rica*, o Código Civil Brasileiro afirma que o início da personalidade civil começa com o nascimento com vida, protegendo o nascituro desde o momento da sua concepção.

É indiscutível que a vida tem início desde a concepção do embrião. Todavia, faz-se necessário uma reflexão acerca do significado conceitual da palavra "vida" no art. 5º da Constituição Federal e sobre a intensidade do seu alcance.

Ressalte-se que o direito à vida é um princípio constitucional e nesse passo, faz-se necessário estabelecer um entendimento acerca da intensidade da proteção necessária para que tal princípio não seja violado por qualquer legislação infraconstitucional. Mister se faz, ainda, refletir acerca das situações onde outros princípios constitucionais com ele concorrem.

No entendimento de Minaré (2005),

> Afirmar que para garantir a inviolabilidade do princípio do direito à vida seria necessária uma proteção absoluta e inflexível, inclusive para embriões congelados e inviáveis para a reprodução humana, sem dúvida seria uma argumentação falaciosa. Pois fazendo uma afirmação nesse sentido, seria difícil depois justificar a constitucionalidade do aborto em caso de gravidez oriunda de estupro, que é um procedimento garantido pelo Código Penal, o aborto no caso de anencefalia do feto, que já é uma prática autorizada em muitos casos pelo Poder Judiciário, onde caudalosa é a jurisprudência nesse sentido, e até mesmo os critérios utilizados para assegurar a preferência pela vida da gestante em casos onde a preservação das vidas do feto e da gestante não

> são compatíveis. Tudo isso sem falar que a própria Constituição relativiza a garantia do direito à vida ao permitir que, em caso de guerra declarada, seja adotada a pena de morte.

Dessa forma, a permissão para utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas disposta no art. 5º da Lei de Biossegurança não viola o princípio da proteção do direito à vida, muito pelo contrário, permite-se que com tal pesquisa os cientistas possam descobrir a cura ou tratamento adequado para as principais doenças que acometem a humanidade, garantindo, dessa forma, a vida de crianças, adolescentes, jovens e idosos, ou seja, o objetivo da pesquisa é a manutenção do direito à vida.

3.6 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Este princípio respalda eticamente a realização de pesquisas na área de saúde. Todavia, não se pode esquecer que o sentido da palavra beneficência pode ser relativo, considerando a existência dos grandes conflitos dentre as partes interessadas, quais sejam: pesquisadores, sociedade e sujeitos da pesquisa.

No entendimento de Cohen (2002, p.61), a ciência em si não é ética, nem antiética, ela é aética, pois a ciência é conhecimento. Não se pode afirmar aprioristicamente que o conhecimento seja ético ou antiético; o que torna a questão científica ética ou antiética será como ela será realizada e qual será o seu fim.

Ressalte-se que a observância dos preceitos éticos se faz necessária em todas as atividades humanas. Ela é essencial, pois através dela, evita-se que sejam violados direitos essenciais do homem.

4. STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO HUMANO PRÉ-IMPLANTADO

Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, levantou-se o problema relativo ao momento em

que se deve considerar juridicamente o nascituro, haja vista que a vida tem início naturalmente no ventre materno.

Outuzar (*apud* GARCIA, 2004, p.151), entende que a perspectiva de novas técnicas de reprodução assistida e a manipulação genética humana, devem ser considerados os interesses individuais que podem ver-se afetados por essa nova tecnologia, como a vida, a integridade física ou psíquica e a liberdade individual.

Pressupõe o referido autor duas soluções: a primeira baseada na teoria concepcionista, entendendo que os direitos fundamentais são de titularidade do embrião ou feto, com a atribuição da condição de pessoa a essas etapas embrionárias; a outra seria baseada na teoria natalista, incluindo entre os direitos fundamentais individuais, os do embrião ou feto mas sem reconhecer-lhes a categoria jurídica de pessoa, portanto a titularidade desses direitos.

O ponto fulcral da questão é: o embrião humano congelado, resultante da fertilização *in vitro*, é pessoa?

A análise do embrião humano pré-implantado será feita tendo como parâmetro a Teoria Natalista e a Teoria Concepcionista.

A resposta a essa pergunta não se encontra pacificada na doutrina e resulta, daí, toda a polêmica com relação às pesquisas com células-tronco de embriões humanos.

Questão de grande importância refere-se ao fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não trata do embrião pré-implantado.

Dispõe o artigo 2º do Código de Civil de 2002, in verbis: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro".

Assim, se a criança nascer sem vida, não terá adquirido personalidade, não receberá, nem tampouco transmitirá direitos.

Borba (apud VENOSA, 2003, p.151) aponta que, pela circunstância de os direitos da personalidade estarem intimamente ligados à pessoa humana, possuem a característica de serem inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independendo de qualquer vontade.

Preleciona Venosa (2003, p.160) que em razão dos novos horizontes da ciência genética, procura-se proteger também o embrião, segundo projeto que pretende já alterar essa dicção da nova lei. O referido autor ressalta que a questão é polêmica porque o embrião não se

apresenta de per si como uma forma de vida sempre viável, tendo grande relevância a questão de início da personalidade haja vista que com ela, o homem se torna sujeito de direitos.

O autor supra mencionado ressalta ainda que o ordenamento brasileiro poderia ter seguido a orientação do código francês, o qual estabelece que a personalidade começa com a concepção, diferentemente do nosso ordenamento, no qual predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade.

Os direitos do nascituro estão dispostos no Código Civil de 2002 brasileiro, uma vez que os seus direitos são salvaguardados e também no Código Penal, no que concerne à vedação da prática do aborto.

Observa-se diante de tal situação que o nascituro tem uma posição peculiar dentro do ordenamento jurídico brasileiro haja vista que, embora não tenha adquirido ainda todos os requisitos da personalidade, recebe a proteção do Código Civil e do Código Penal.

Todavia, adverte Venosa (2003, p.161) que apesar do nascituro ter a proteção legal de seus direitos desde a concepção, não se pode imaginar que ele tenha personalidade tal como a concebe o ordenamento. Nesse sentido,

> O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito. [...] Há tentativas legislativas no sentido de ampliar essa proteção ao próprio embrião, o que alargaria em demasia essa personalidade. (VENOSA, 2003, p.161)

A afirmação do autor supra mencionado, corrobora o entendimento de que não há violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o referido princípio faz alusão ao respeito à pessoa não havendo, portanto, referência a vida humana.

Dessa forma, não há porquê se debater a questão da existência da vida humana ou não, em se tratando de embrião.

Por oportuno, corrobora ainda menção de que o embrião pré-implantado não foi tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código Civil refere-se à questão do nascituro e o Código Penal ao vedar a prática do aborto faz alusão ao feto, entes que não correspondem ao embrião pré-implantado.

Considerável parcela doutrinária defende que o direito civil positivo adotou, nesse particular, a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida.

Pelos que defendem a teoria natalista, o nascituro não sendo pessoa, possui apenas mera expectativa de direitos.

Contrários a esse posicionamento estão os adeptos da teoria concepcionista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, posicionamento seguido por Gagliano e Pamplona Filho. Apresentam-se favoráveis à ampla proteção do embrião concebido *in vitro*, uma vez que não reputam justo haver diferença de tratamento em face do nascituro pelo simples fato de este ter se desenvolvido intra-uterinamente.

Aludem os referidos autores,

> Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina – direito à vida- para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos. (GLAGIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 93)

Ressalte-se que, de acordo com a teoria concepcionista, ao nascituro estaria assegurado apenas a titularidade de direitos da personalidade, como por exemplo, o direito à vida e a uma gestação saudável, não estando assegurados entretanto, os direitos patrimoniais, os quais estão condicionados ao nascimento com vida.

Sobre esta questão, adverte Diniz (2002, p.7) que na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal. No que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

Assevera ainda a autora que o embrião humano congelado não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual com carga genética própria (DINIZ, 2002, p.8)

Rodrigues (2003, p. 36) define o nascituro como sendo aquele ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Para este autor, a lei não concebe personalidade ao nascituro, a qual lhe será conferida se nascer com vida.

Dessa forma, o nascituro só será pessoa quando o ovo fecundado for implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida, uma vez que na fecundação na proveta, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que inicia a vida, é a nidação do ovo ou zigoto que a garantirá.

Contestando tal assertiva, Diniz assevera que,

> Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher. (2002, p. 8)

Pelos posicionamentos dos doutrinadores acima mencionados, verifica-se uma profunda controvérsia no que concerne a questão do nascituro, o qual, apesar de não ser considerado pessoa, tem os seus direitos resguardados desde a concepção.

Entretanto, o ponto central da questão ora apresentada é se o embrião é pessoa humana, haja vista que conforme já fora mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro não protege a vida humana por si só, mas sim a vida da pessoa humana.

De acordo com o entendimento da maioria dos doutrinadores citados o nascituro, embora tenha proteção legal dos seus direitos não é considerado pessoa.

Por esta razão, não há porque falar que a utilização de embriões humanos em pesquisa e terapia viola o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Trazendo a lume entendimento de Oliveira (2005, p.27), a qual assevera que a inviolabilidade do direito à vida diz respeito aos brasileiros, considerando os nascidos, e, por outro lado o princípio da dignidade da pessoa humana tutela o ser humano que recebe o qualificativo pessoa.

No entendimento de Semião (2000, p.175) no ordenamento jurídico brasileiro não existe qualquer proibição quanto à destruição do embrião congelado porque considera que a Constituição Federal em seu art. 5º concede direito à vida apenas aos indivíduos já nascidos, brasileiro e estrangeiros. Segundo ele, tal conceito está ligado diretamente à nacionalidade, estando dessa forma, vinculado diretamente ao nascimento.

Entendimento oposto advém dos defensores da teoria concepcionista. Para os adeptos dessa corrente, o embrião humano pré-implantado merece toda proteção de uma pessoa já nascida, independentemente de sua viabilidade de desenvolvimento.

Contestam o argumento dos natalistas quanto à análise do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sob a alegação de que o direito à vida é inerente a qualquer pessoa independentemente de ser brasileiro ou estrangeiro, não tendo tal garantia, ligação com a nacionalidade.

Assim, consideram o ser concebido, mas ainda não nascido, como pessoa. De acordo com esse entendimento, os embriões excedentes não podem ser descartados, uma vez que se trata de vidas humanas, resguardando-se seus direitos desde a concepção mesmo que esta ocorra fora do ventre materno.

Segundo preleciona Barboza (2005, p. 264) uma vida humana, entretanto, não é ainda homem-pessoa, merecendo portanto, tutela jurídica inferior a esse. Assim, "Se é certo que o concebido não é coisa, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou

personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer indefinidamente como uma potencialidade." (BARBOZA, 2005, p. 266).

Com esta afirmativa, a autora respalda a idéia de que o poder legiferante ao aprovar o artigo 5º da Lei de Biossegurança adotou teoria compatível com os valores últimos do Estado Democrático de Direito, haja vista que o poder constituinte originário não tratou de conferir um *status* jurídico ao embrião pré-implantado.

Conforme já mencionado anteriormente, para os natalistas, o nascituro não é pessoa, embora tenha vida humana. Logo, os embriões excedentes, segundo os adeptos dessa teoria não são pessoas, e, por isso, admitem que eles sejam destruídos, ante a falta de viabilidade para sobreviverem, se não forem implantados logo no útero materno.

Dessa forma, de acordo com a teoria natalista não há proteção aos embriões que vivem extra-interinamente, podendo, então, serem utilizados para fins de pesquisa e terapia, desde que respeitem os parâmetros estabelecidos na Lei de Biossegurança.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

5.1 LEI DE BIOSSEGURANÇA

A Lei de Biossegurança (n.º 11.105/05), publicada no *Diário Oficial da União* em 28 de março de 2005, foi editada com o intuito de regulamentar as questões relativas à engenharia genética e permitir que células-tronco embrionárias sejam utilizadas para fins de pesquisa e terapia. Contudo, não permite que tais células sejam utilizadas para fins diversos do terapêutico, proibindo inclusive que sejam utilizadas para comercialização.

O art. 5º da Lei de Biossegurança assim dispõe, in verbis:

> 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.
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2º Instituições de pesquisa e serviço de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3º é vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei do 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Desta forma, estão permitidas a pesquisa com embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, desde que estes sejam considerados inviáveis ou congelados por um período mínimo de 3 (três) anos. Após esse prazo mínimo de estocagem é que os embriões podem ser utilizados.

Além de tais exigências, faz-se necessários a autorização dos genitores para que seja realizado o procedimento.

O texto legal traz ainda a previsão de penas que variam de 1 a 3 anos de detenção e multa, caso os embriões sejam utilizados sem que sejam obedecidos os requisitos dispostos no referido dispositivo legal.

A polêmica trazida pela publicação da Lei de Biossegurança passa a ser inevitável, principalmente, no que diz respeito a utilização de embriões humanos, descartados pelos pais, em pesquisas. É a chamada era da "medicina regenerativa", trazida pela evolução técnica e científica.

Após a Lei de Biossegurança, seguiu-se a edição do Decreto 5.591/05 que estabelece que cabe ao Ministério da Saúde a organização de

um cadastro dos embriões descartados nas clínicas de reprodução humana.

Todavia, não existe uma norma que obrigue as clínicas de reprodução humana a informar dados necessários ao Ministério da Saúde, como por exemplo, a quantidade de embriões e o tempo de estocagem.

A Lei de Biossegurança estabelece que as instituições que desejarem realizar pesquisas com células-tronco embrionárias deverão encaminhar seus projetos para que os mesmos sejam apreciados pelos comitês de ética.

Segundo Vieira, Ruiz e Magro (2006b, p. 14) a Lei de Biossegurança foi a grande conquista, pois, graças a ela, podem os cientistas, valendo-se das células-tronco embrionárias, estudar os mecanismos genéticos que levam a doenças degenerativas e até mesmo chegar a cura das lesões.

Todavia, apesar de proporcionar aos cientistas um avanço nas pesquisas genéticas a partir da utilização de células-tronco embrionárias, dada a sua alta capacidade de diferenciação, seu uso tem causado muita polêmica uma vez que para serem obtidas, os embriões precisam ser destruídos.

A Lei de Biossegurança foi editada para regulamentar a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas, autorizando o uso de embriões excedentes produzidos através da fecundação *in vitro,* que sejam considerados inviáveis e que estejam congelados por um período mínimo de 3 (três) anos, sendo imprescindível a autorização dos genitores para que os princípios éticos sejam observados.

Apesar de todos os embates travados com relação à utilização de células-tronco embrionárias, ressalte-se que o referido estudo pode significar a cura para várias doenças que atingem a humanidade

A referida lei foi de fundamental importância nessa conquista, pois permite que os embriões excedentes sejam utilizados em pesquisas para descoberta de novas formas de tratamento de diversas doenças, ao invés de serem descartados ou destruídos. Ora, se os embriões excedentes podem ser descartados, destruídos, por que não serem utilizados em pesquisas em prol do bem da humanidade?

Se o objetivo primordial da utilização de células-tronco embrionárias é promover a melhoria da qualidade de vida do paciente e da sociedade como um todo com a introdução de novas técnicas de tratamento

para os principais males que atingem a humanidade não existe razão para que tal objetivo não seja permitido.

Se essa possibilidade existe é preciso acreditar e investir para que tal empreitada seja bem-sucedida e atingir os objetivos para os quais foram criados.

5.2 A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: UMA SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DOS EMBRIÕES CONGELADOS

As técnicas de reprodução assistida trouxeram à tona uma inquietante questão: o que fazer com os embriões excedentes oriundos da fertilização *in vitro*?

A cada dia aumenta o número de embriões congelados nas clínicas de fertilização artificial, cujos pais biológicos não têm mais interesse em utilizá-los, ainda que no futuro distante.

O que acontece em sua maioria é que os casais não manifestam interesse em uma nova fertilização e os embriões permanecem congelados indefinidamente, pois a legislação brasileira não autoriza o descarte aleatório do material genético.

Cumpre esclarecer que a mulher antes da fertilização *in vitro* passa por um processo de superovulação. Os óvulos produzidos são fertilizados na proveta e depois são implantados no útero da mulher.

Entretanto, nem todos os embriões produzidos são implantados. Aqueles que não foram implantados, são submetidos a um processo de criopreservação (congelamento) e ficam à disposição dos casais para posteriores implantações.

Na visão de Moretti e Dinechin (2000, p.195), conservar embriões durante anos, constituir bancos de embriões, reputa-se imoral haja vista que ninguém tem o direito de dispor da vida humana.

O entendimento dos referidos autores reforça a importância de criação de medidas para solucionar o problema dos embriões congelados, excedentes, decorrentes da fertilização *in vitro*. Afirmam ainda que o processo de congelar embriões para que posteriormente sejam utilizados num período curto, ou seja, de 2 a 4 meses, para

permitir ao casal que tenha seu filho, parece aceitável, se contudo, tal manipulação for exigida pelos imperativos da técnica.

Ressaltam ainda os referidos autores que o ser humano é um sujeito e como tal não pode ser tratado como objeto. Nesse sentido, "apesar de freqüentemente existirem na natureza eliminação deste gênero, nada altera a questão, a existência de abortos espontâneos não justifica abortos provocados voluntariamente" (MORETTI; DINECHIN, 2000, p.196).

Outro ponto destacado pelos autores supra mencionados, diz respeito à questão da proteção do embrião humano contra qualquer tipo de abuso decorrente das experiências que vêm sendo realizadas.

Ressaltam a necessidade de proteção do embrião humano, uma vez que o mesmo não pode ser tratado como um animal qualquer posto que pertence à ordem humana, não podendo ser vendido ou cedido, transformado, utilizado, nem possuído como se faria como o de um animal ou de um vegetal.

Frisam ainda, a necessidade de se examinar mais a fundo a finalidade e o contexto destas investigações, no que concerne ao seu objetivo terapêutico ou diagnóstico, a sua necessidade, o seu controle possível dentro de certos limites, bem como a responsabilidade daqueles que as realizam.

Diante de tal situação, recomendam que os cientistas e médicos discutam as questões decorrentes dos experimentos com embriões humanos, criando comissões de ética com o objetivo de estudarem as questões inerentes ao caso.

Pessini e Barchifontaine (1997, p.523) asseveram que apesar do pluralismo ético professado pelos representantes dos vários países, eles estão de acordo quanto ao imperativo ético de proteger legalmente o embrião humano, admitindo intervenções somente para fins diagnósticos e terapêuticos, e excluindo os de caráter científico.

Ressaltam a importância da Recomendação 1046 sobre o uso de embrião e fetos humanos para fins de diagnósticos, terapêuticos, científicos e industriais, votada em 24/09/1986 pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa.

Oliveira (2005, p.26) entende que o problema do destino dos embriões congelados decorrentes da fertilização *in vitro*, merecia ser

enfrentado diretamente pelo poder público brasileiro uma vez que há um número grande de embriões congelados, em clínicas de reprodução humana assistida sem qualquer condição de serem utilizados, seja pela ausência de vontade dos casais, ou pela própria inviabilidade natural, fazendo-se necessário lhes conferir uma destinação legalmente determinada.

Em seu entendimento, a prática da fertilização *in vitro* ou transferência de embriões gera um problema ético-jurídico em torno dos embriões excedentes do procedimento de transferência embrionária.

Com essa afirmativa, a autora demonstra que há possibilidade de utilização de material embrionário para fins de pesquisa e terapia sem que haja violação dos princípios constitucionais da inviolabilidade à vida e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido,

> O artigo 5º da Lei de Biossegurança ao prever a utilização de embriões inviáveis, aqueles que não apresentam condições biológicas para a implementação de técnica de reprodução assistida ou congelados há três anos ou mais, que apresentam baixa taxa de implantação, para fins de pesquisa e terapia, soluciona o grave problema dos embriões excedentes conferindo destino cuja beneficência é indiscutível, ou seja, serão utilizados em pesquisa que, num futuro próximo, melhorarão a qualidade de inúmeras vidas ou até mesmo as salvarão. (OLIVEIRA, 2005, p. 27)

Apesar dos avanços das técnicas de reprodução assistida, o Brasil ainda não possui uma legislação própria que regulamente a prática de tal atividade.

Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 90/99 que trata especificamente de regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida. O referido projeto de lei pune com prisão de 3 a 6 anos e multa, o congelamento de embriões humanos pelos médicos, além da quantidade permitida. Dessa forma, haverá apenas a retirada de 3 a 4

óvulos da mulher. Com isso pretende-se reduzir a quantidade de embriões excedentes, resultantes da fertilização artificial.

O Procurador-Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 3510 – em face do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) alegando que o referido artigo é inconstitucional, pois fere os preceitos constitucionais dispostos no art. 5º, caput e no art. 1º, III, todos da Constituição Federal, quais sejam: a inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, respectivamente.

Todavia, a clareza do art. 5º da Lei de Biossegurança é indiscutível. Não há qualquer indício de violação dos preceitos constitucionais retro mencionados.

No entendimento de Minaré (2005), o Congresso Nacional ao aprovar a redação do art. 5º da Lei de Biossegurança não violou o princípio de proteção do direito à vida e que o referido artigo traz instrumentos coercitivos para barrar a ação inconseqüente e criminosa daqueles que pretendam violar os dispositivos da referida lei.

Segundo disposto no artigo supracitado, apenas os embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro,* e que não foram utilizados no referido processo serão utilizados nas pesquisas para obtenção das células-tronco. A referida lei não permite que embriões sejam produzidos para tal fim, sendo utilizados apenas os que já existem.

Para evitar que sejam produzidos embriões com finalidade de comercialização, o art. 5, § 3º proíbe de forma expressa que o material biológico seja utilizado com esse objetivo. Aqueles que praticarem atos dessa natureza, cometerão o crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434/97, a qual dispõe sobre a retirada de tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

O art. 24 da Lei 11.105/05, *in verbis*, assim dispõe: "Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei. Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa."

De acordo com MINARÉ (2005), a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança defendida pelo procurador-geral não tem o condão de considerá-lo ilegítimo a ponto de retirá-lo do ordenamento jurídico brasileiro. O procurador-geral ao desenvolver sua tese, menciona a existência de conflitos de princípios constitucionais sob o argumento de que o art. 5º da Lei de Biossegurança ao violar o direito

à vida, viola também o princípio da dignidade humana. Os princípios são colocados numa ordem, na qual não admite que os mesmos sejam invertidos. Desse modo, em respeito ao princípio da dignidade humana não se admite que os cientistas trabalhem em busca da cura para doenças degenerativas que comprometem integralmente a vida de milhares de pessoas. Permitir que a sociedade tenha liberdade para pesquisar a cura para milhares de pessoas é, indubitavelmente, uma ação mais digna do que proibir a utilização de embriões humanos congelados há mais de três anos em pesquisas, em nome do respeito ao princípio do direito à vida.

A Lei de Biossegurança muda o destino dos embriões congelados, excedentes, posto que, ao invés de serem descartados aleatoriamente, serão utilizados para fins de pesquisa e terapia, possibilitando a descoberta da cura para algumas doenças, as quais atualmente, os cientistas não encontraram solução.

5.3 AVANÇO CIENTÍFICO VERSUS RESPONSABILIDADE NA INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA

O final do milênio acabou marcado pelos grandes avanços obtidos pelas ciências médico-biológicas, as quais trouxeram, por conseqüência, grandes inquietações de ordem prática e filosófica, haja vista que o homem, ator principal desse progresso, esbarra nos valores éticos e jurídicos, o que, aliás é próprio da condição humana.

Essas questões têm preocupado dezenas de estudiosos dos mais diversificados segmentos científicos e constantemente é objeto de manchetes em jornais e revistas no mundo inteiro.

Segundo Castro Filho (2001, p.347),

> No alvorecer do terceiro milênio, não é possível falar de ética filosófica, esquecendo-se dos avanços científicos, eis que as novas técnicas influenciam e causam mudanças de comportamento. Ainda assim, não se pode olvidar a ética filosófica porque é ela que molda a concepção do homem. Não tem sentido, porém, reduzir a ética a mera questão científica ou filosófica; devem ser equilibrados o

> homem e o progresso da ciência, a responsabilidade e a liberdade.

Dessa forma, faz-se necessário traçar um paralelo entre moral e ética, procurando relacionar a influência desses dois conceitos na conduta humana.

Segundo Castro Filho (2001, p. 349) os termos moral e ética não são considerados sinônimos. A moral compreende um sistema de normas de conduta que visam a ação humana. Já a ética, resulta num conjunto de argumentações que justificam a realidade e o caráter obrigatório das normas morais.

Ressalte-se que o homem está constantemente em interação com o meio social em que vive, modificando-o, criando novas situações, novos conceitos ou até mesmo eliminando-as para que as mesmas se adequem a sua realidade atual.

Desse modo, o que era imoral numa época, poderá vir a ser moral em outra e vice-versa. Neste sentido,

> [...] o limite da liberdade nas pesquisas científicas nos dias atuais, não é o mesmo de vinte anos atrás, nem será o mesmo daqui a cinco, dez, trinta ou cinqüenta anos. Conseqüentemente, o fato que, hoje, implica responsabilidade jurídica, ética ou bioética, poderá não ter tal significação amanhã. (Castro Filho, 2001, p. 350)

Mister se faz ressaltar que diante dos avanços técnicos e científicos, a sociedade mostra-se inquieta, principalmente quando tais avanços envolvem a experimentação em seres humanos.

O mundo assiste hoje aos grandes avanços na área da bioética e o direito, em hipótese alguma, poderá ficar inerte dentro desse contexto. Ao contrário, a intervenção jurídica será sempre necessária sempre que houver risco de dano à dignidade humana.

O que se pretende com isso, não é impedir o trabalho dos cientistas mas coibir os abusos que doravante sejam provocados durante a realização das pesquisas, pois a dignidade e a liberdade do homem não podem ficar fragilizados diante dos avanços na área biocientífica.

No entendimento de Castro Filho (2001, p. 353), é de suma importância que haja a interrelação da bioética com a lei, bem como a existência de um ordenamento jurídico que possibilite as investigações científicas dentro de um contexto harmonioso com o bem e com a justiça.

Não se pode olvidar que as grandes descobertas que surgem a cada dia trazem benefícios ao ser humano, contudo, essas descobertas devem ser acompanhadas por uma legislação que determine os seus limites, bem como suas formas de controle, pois aquilo que for criado pelo homem, para o bem da sociedade, tem a mesma potencialidade para destruí-la por completo.

5.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Antes da publicação da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) não existia norma no ordenamento jurídico brasileiro que regulamentasse o destino dos embriões humanos excedentes congelados.

Existia apenas a Resolução n.º 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual veda terminantemente o descarte do material embrionário que não fora utilizado no processo de fertilização artificial.

Todavia, a referida resolução não prever qualquer tipo de sanção para aqueles que a descumprirem.

A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do direito ao patrimônio genético no art. 225, § 1º, II e V. Os referidos incisos estão regulamentados pela Lei de Biossegurança, a qual define, dentre outras coisas, as regras de segurança e políticas de fiscalização para as atividades relacionadas à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

Conforme já fora mencionado anteriormente, a Lei de Biossegurança traz a vedação expressa para a produção de embriões para fins de comercialização (art. 5, § 3º). Aqueles que infringirem o disposto no dispositivo retro mencionado, estarão sujeitos às penalidades previstas no art. 24 da lei em comento.

Após a edição da Lei de Biossegurança foi editado o Decreto n.º 5591/05, o qual prevê a organização de um cadastro de embriões descartados nas clínicas de fertilização pelo Ministério da Saúde.

Segundo Minaré (2006):

> Com a publicação do Decreto n.º 5591 de novembro de 2005, que regulamenta a Lei 11.105/05, o Poder Público deu nova demonstração de que está tratando a regulamentação do uso de células-tronco embrionárias de maneira séria e observando, de forma plena, o respeito ao princípio constitucional da dignidade humana.

Todavia ainda não existe uma lei que obrigue as clínicas de fertilização de informarem regularmente a quantidade de embriões estocados, bem como o respectivo tempo de congelamento.

Essas informações serão importantes, pois assim, evitar-se-ão a possibilidade de os embriões serem objeto de comercialização, sendo destinados para fins diversos do previsto na Lei 11.105/05.

5.5 BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA PESQUISA COM EMBRIÃO HUMANO PARA A SAÚDE BRASILEIRA

A terapia com células-tronco constitui-se atualmente em uma das grandes promessas da medicina que viabilizará vitórias significativas no tratamento terapêutico de várias doenças que afligem a humanidade, tais como Alzheimer, Parkinson e Diabetes.

No entendimento de Vieira, Ruiz e Magro (2006b, p.14),

> A utilização das células-tronco obtidas de embriões humanos pode significar a cura de muitas doenças e a Lei de Biossegurança foi fundamental nessa conquista, já que agora cientistas podem utilizar embriões excedentes para pesquisa, em vez de destruí-los.

Ao permitir a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisa terapêutica, o Brasil deixa de ser mero consumidor de tecnologia e entra no rol dos países que desenvolvem técnicas de tratamento de última geração. A dependência de outros países resulta no encarecimento dos serviços prestados à sociedade, prejudicando sobretudo as classes menos favorecidas.

Ressalte-se que o artigo 5º da Lei de Biossegurança dispõe que os embriões que podem ser utilizados para fins de pesquisa e terapêutica são aqueles considerados inviáveis, ou seja, aqueles que não apresentam condições biológicas de serem utilizados na reprodução assistida ou que estejam congelados há três anos ou mais e que apresentam baixa taxa de implantação.

É patente que a referida medida representará uma solução para aqueles embriões, excedentes, resultantes da fertilização *in vitro*, que se encontram nas clínicas de reprodução assistida, sem qualquer condição de serem utilizados, seja pela falta de interesse dos casais, seja pela própria falta de viabilidade natural do embrião de sobreviver após a inseminação.

Nada mais justo do que se encontrar uma destinação legal para os embriões excedentes, já que antes do advento da Lei Biossegurança não existia nenhuma norma legal que disciplinasse a destinação dos mesmos.

No que pesem os diversos entendimentos contra a permissão para utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, há entendimentos favoráveis afirmando que os mesmos estão fundamentados no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, representando, dessa forma, a consolidação e valores constitucionalmente estabelecidos.

Faz-se necessário trazer a norma que vise atender os interesses do bem comum, e esta mesma apoiada nos valores constitucionais, respeitando-se o disposto na lei, representará a esperança de tratamento para inúmeras pessoas que sofrem de doenças que a medicina atual não conseguiu resolver.

Segundo o entendimento de Minaré (2006),

> Não há que se falar em inconstitucionalidade do referido art. 5, pois quando observamos a seriedade no processo de regulamento da matéria, juntamente com a nobreza do objetivo que se busca com a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias, não nos resta outra alternativa senão reconhecer a sua constitucionalidade.

Atualmente as ciências médicas já contam com grandes progressos alcançados através das pesquisas com células-tronco. Espera-se contudo, que as descobertas obtidas através destas pesquisas sejam colocadas à disposição de toda a sociedade, independentemente de raça, situação socioeconômica e política.

Cabe ao direito regulamentar as ações deste ramo da ciência de forma a estabelecer limites, os quais tenham por objetivo maior, equilibrar tais ações, mas sem, contudo, obstacularizar o progresso científico, buscando encontrar o ponto de equilíbrio entre o direito e a bioética.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto neste estudo, conclui-se que a liberação das pesquisas com embriões humanos, autorizada pela Lei de Biossegurança (Lei 11.100/2005) trouxe grandes perspectivas para a comunidade científica no que tange aos inúmeros benefícios que serão obtidos para os milhões de brasileiros que se encontram com lesões irreversíveis ou que são portadores de doenças genéticas.

Apesar de tantas perspectivas, a medida não agradou a todos e atualmente vem dividindo opiniões, uma vez que para que tais pesquisas sejam realizadas haverá a necessidade de destruir a vida de embriões humanos.

Todavia, não há o que se questionar acerca da inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, haja vista que a permissão para utilização de células-tronco não viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da inviolabilidade à vida.

Deve ser considerado que o direito à saúde também é um preceito constitucional e que precisa ser cumprido da mesma forma que os outros.

Ao Estado cabe empreender todos os esforços necessários para oferecer à população os meios necessários para uma saúde de qualidade.

Não obstante os entendimentos contrários, não há o que se cogitar acerca da inconstitucionalidade de um dispositivo que representa a esperança de recuperação de inúmeras pessoas.

Será permitida a utilização de embriões humanos na pesquisa para obtenção de células-tronco, desde que estes sejam excedentes, provenientes da reprodução assistida e que estejam congelados há pelo menos três anos, sendo necessário também, a autorização expressa dos genitores para que os embriões sejam utilizados.

Essa medida representa uma solução para a problemática dos embriões excedentes, provenientes da fertilização *in vitro,* posto que o número de embriões excedentes aumenta diariamente e até a edição da referida lei não existia nenhuma norma que tratasse dessa questão.

Destarte, melhor que esses embriões sejam utilizados em pesquisas do que serem descartados aleatoriamente como se fossem material sem valor.

Dessa forma, não há qualquer violação do direito à vida, nem muito menos à dignidade humana, posto que o que se está a fazer, é justamente promover meios para que sejam descobertas novas formas de tratamento digno para aquelas pessoas portadoras de doenças degenerativas e que se encontram sem qualquer qualidade de vida.

A própria Constituição Federal de 1988, estabelece que não se permitirá qualquer tratamento desumano ou degradante.

Ora, quando se tenta desenvolver medidas que amenizem o sofrimento das pessoas portadoras de quaisquer doenças, que lhes permitam viver dignamente, tais medidas devem ser consideradas lícitas e necessárias.

Claro que um embrião é um ser vivo, mas na condição em que ele se encontra não há qualquer violação à dignidade humana ou ao direito à vida, uma vez que o embrião não é pessoa, adquirindo direitos, apenas, se nascer com vida, ressaltando o entendimento que predomina no ordenamento jurídico brasileiro acerca da Teoria Natalista, em que o embrião, no útero materno, possui apenas expectativa de direito.

O embrião congelado tem apenas potencialidade de pessoa. O direito à inviolabilidade à vida e dignidade humana diz respeito apenas aos indivíduos - brasileiros ou estrangeiros – já nascidos.

Não quer dizer com isso que o embrião não mereça proteção. Tanto os embriões pré-implantados quanto os implantados devem receber a devida proteção legal, evitando-se, assim, que acabem se transformando em objeto de manipulação e passem a ser comercializados aleatoriamente.

Para evitar que tal situação aconteça, a Lei de Biossegurança traz a previsão expressa de penalização para o caso dos embriões serem utilizados em desacordo com o disposto em seu art. 5º.

O que não se pode fazer, é conceder àquele embrião congelado uma tutela maior do que à concedida ao embrião que se encontra no ventre materno ou até mesmo ao ser já nascido. Também, não se pode admitir que os embriões permaneçam congelados por um período indeterminado de tempo.

Contudo, não se pode olvidar, que o trabalho dos cientistas deva encontrar limites, posto que as descobertas que surgem a cada dia trazem grandes benefícios para a sociedade, mas também podem trazer grandes prejuízos para o ser humano.

Esses limites devem ser impostos pelo direito. A intervenção jurídica será imprescindível, toda vez que as atividades científicas envolverem a utilização material humano.

Os cientistas devem ter liberdade para atuar, para descobrir novas formas de tratamento, de cura para as doenças que afligem a humanidade. Todavia, essa liberdade de atuação deve ser acompanhada e direcionada por uma rigorosa legislação, de forma a se encontrar um ponto de equilíbrio entre direito e bioética.

Não se pode admitir que medidas como esta sejam impedidas de prosseguir, conquanto o que se busca é garantir a melhoria de vida da população, amenizando o sofrimento daqueles que se encontram portadores de alguma doença degenerativa, a qual a medicina atual não apresenta solução.

Claro que os abusos devem ser impedidos, pois a dignidade e a liberdade do homem devem ser preservados. Nisso reside, o papel importante a ser desempenhado pelo direito, para que os estudos científicos sejam desenvolvidos num ambiente em que o bem comum e a justiça estejam em harmonia.

Ainda existem lacunas jurídicas acerca dessas questões. A Lei de Biossegurança veio suprir apenas algumas delas, mas de qualquer forma, ela representa o marco inicial para regulamentação de uma nova fase marcada pelos grandes avanços médicos-biológicos, cujas descobertas trarão significativos benefícios para sociedade.

7. REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In CASALONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (Orgs). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey , 2005, 264p.

BERNARDO, Karla. *Células-tronco: O Brasil a um passo da criação de órgãos em laboratório*. Disponível em <http://www.ghente.org/temas/celulas-tronco/artigos_radovan.htm>. Acesso em 11 mar. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 805 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF:Saraiva, 1988.

_____. *Código civil*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Lei n.º 11.105/2005. Dispõe sobre a política nacional de biossegurança. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004_2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em 07 nov. 2006.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e bioética. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 347-373.

COHEN, Claudio; MARCO, Segre (orgs.). *Bioética, pesquisa e deficiência*. São Paulo, Edups, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 547 p.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: A dignidade da pessoa: A ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 331 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.). *Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-119.

MINARÉ, Reginaldo. *O artigo 5º da Lei n.º 11.105, de 2005, não é inconstitucional*. Disponível na Internet em: <http://www.movitae.bio.br/text_rminare_2005.htm>. Acesso em 6. set. 2006.

_____. *A seriedade e a constitucionalidade do processo de regulamentação do uso de células-tronco embrionárias*. Disponível em <http://www.movitae.bio.br/texto_rminare_060306.htm. Acesso em 6. set. 2006.

MORETTI, Jean-Marie; DINECHIN, Olivier de. *O desafio da genética*. São Paulo: Notícias, 2000, 209 p.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque. *A constitucionalidade material do artigo 5º da lei de biossegurança*. *Revista Prática Jurídica*, Brasília, ano IV, n.42, p. 26-29, 30. set. 2005.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de biotécnica*. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1997, 583 p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. Vol. I, 33 ed. São Pulo: Saraiva, 2003, 354 p.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro (Org.) et. al. *Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 374 p.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 871 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. Vol. I. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, 663 p.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. O chamado biodireito. *Revista Consulex*. Brasília, ano IX, n.º 197, p. 14, 31 mar. 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; RUIZ, Juliana Bueno; MAGRO, Mayara Alyne. Células-tronco embrionárias e os direitos do nascituro – Parte I. *Revista Consulex*. Brasília, ano XD, n.º 223, p. 14-15, 30 abr. 2006a.

_____. Parte II. *Revista Consulex*. Brasília, ano X, n.º 224, p. 14, 15 mai. 2006b.

ZATZ, Mayana. Células-tronco. *Revista Consulex*, ano VIII, n.º 180, 15 jul. 2004, p. 24.

_____. Ética: Da clonagem aos testes genéticos. in Borem Santos. *Biotecnologia de A a Z*, Viçosa: UFV, 2003.