

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**USO TERAPÊUTICO DAS CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E  
SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

**RENATA FERNANDES DE FREITAS HEHL PRESTES  
Orientador: CLAUDIO JOSÉ LANGROIVA PEREIRA**

**SÃO PAULO – SP  
2012**

**RENATA FERNANDES DE FREITAS HEHL PRESTES**

**USO TERAPÊUTICO DAS CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS E  
SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Diretoria do Curso de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Pós Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal sob a orientação do Professor Claudio José Langroiva Pereira.

**SÃO PAULO – SP**

**2012**

**USO TERAPÊUTICO DAS CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS E  
SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

**RENATA FERNADE DE FREITAS HEHL PRESTES**

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**CLAUDIO JOSÉ LANGROIVA PEREIRA**

Orientador

Pontifícia Universidade Católica

---

Examinador

Pontifícia Universidade Católica

---

Examinador

Pontifícia Universidade Católica

CONCEITO FINAL: \_\_\_\_\_

Dedico este trabalho à minha família e ao meu namorado que sempre me apoiaram em todas as ocasiões.

Agradeço pela compreensão de todos que estiveram ao meu redor, em especial meus amigos, que compartilharam mais essa empreitada.

*“Nossa busca de descobertas alimenta nossa criatividade em todos os campos, não apenas na ciência. Se chegássemos ao fim da linha, o espírito humano definharia e morreria”.*

*Stephen Hawking*

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar as implicações jurídicas da utilização terapêutica de células-tronco embrionárias, confrontando a autorização expressa do art. 5º da Lei de Biossegurança, que autoriza, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de tais células, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no respectivo procedimento, desde que se trate de embriões inviáveis, ou embriões congelados há três anos, sendo imprescindível a autorização dos genitores. Para tanto, adotou-se uma pesquisa de cunho sócio jurídico e pautada na revisão bibliográfica, buscando na doutrina, legislação e jurisprudência elementos para o enfrentamento do problema de pesquisa. Concluiu-se, ao final, que o art. 5º da Lei de Biossegurança, ao invés de ferir o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, contribui para que estes direitos sejam estendidos a um maior número de pessoas, na medida em que, o resultado das pesquisas por ele permitidas, pode modificar a qualidade de vida de pessoas que não conseguem vivê-la em sua plenitude, e que veem nestas pesquisas uma chance de usufruir deste direito de forma digna.

**Palavras chave:** Células-tronco – Embriões – Pesquisas – Legitimidade.

## **ABSTRACT**

The present study aims to examine the legal implications of the therapeutic use of embryonic stem cells, comparing the express permission of Art. 5 of the Law on Biosafety, which authorizes, for purposes of research and therapy, the use of such cells obtained from human embryos produced by in vitro fertilization and not used in their procedure, provided that it is non-viable embryos, or embryos frozen three years ago, it is imperative to authorization of the parents. To this end, we adopted a search of a socio legal and based on the literature review, looking at the doctrine, legislation and legal elements for addressing the research problem. It was concluded at the end, that art. 5 of the Law on Biosafety, rather than hurt the right to life and human dignity, to ensure that these rights are extended to a larger number of people, to the extent that the results of research he allowed, can modify the quality of life of people who can not live it to its fullest, and who see in these surveys a chance to enjoy this right in a dignified manner.

**Keywords:** Stem Cells - Embryonic - Surveys - Legitimacy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>12</b>
1.1. Noções gerais sobre os direitos fundamentais.....	12
1.2. Princípios e regras: uma distinção necessária .....	16
1.3. O direito à vida e as teorias acerca do início à vida .....	20
1.4. A dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro .....	23
<b>CAPÍTULO II – BIOÉTICA E O BIODIREITO: UMA REFLEXÃO SOBRE OS SEUS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS .....</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO III – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA .....</b>	<b>34</b>
3.1. Breve análise do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	34
3.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/2005.....	37
3.3. Conceitos e aplicações das células-tronco na pesquisa e terapia .....	39
3.4. Princípios bioéticos e a constitucionalidade formal e material do art. 5º da Lei de Biossegurança.....	42
<b>CAPÍTULO IV – PONDERAÇÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NA PESQUISA E TERAPIA.....</b>	<b>49</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo, acerca do uso terapêutico das células-tronco embrionárias e suas implicações jurídicas, busca analisar os efeitos das discussões que se acirraram com o advento da Lei de Biossegurança, que permitiu a pesquisa científica com células-tronco embrionárias.

Desde o seu advento várias são as questões envolvidas, dentre elas a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, discussão que se funda principalmente na discussão se o embrião tem direito à vida assegurado e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, enquanto parte das comunidades científica e jurídica garantem que os embriões no estágio que serão utilizados terapeuticamente ainda não podem ser vistos como seres vivos, a Igreja Católica, por exemplo, e outros segmentos da sociedade, mais conservadores, se vale de seu poder para obstar os avanços das pesquisas científicas, argumentando que ao considerar o art. 5º da Lei de Biossegurança constitucional, estar-se-á desrespeitando a vida humana e abrindo uma brecha para diversas conseqüências maléficas, tais como a legalização do aborto.

Tais divergências justificam o presente estudo, que busca identificar as implicações jurídicas da utilização das células-tronco embrionárias, em especial a constitucionalidade do art. 5º, dispositivo que confronta os princípios constitucionais que se referem à inviolabilidade do direito a vida e a dignidade da pessoa humana, ponderando, juridicamente, quando se inicia a vida, quem deve ter este direito garantido e a possibilidade de utilizarem-se embriões humanos na pesquisa científica.

Não se pode ignorar a importância dos avanços médico-científicos, ou seja, a ciência tem evoluído e é capaz de curar o que antes se dizia incurável. Assim, como surgem novas doenças devido à evolução da humanidade, deve-se poder empreender soluções mais eficazes com o aprendizado acumulado, e que não eram possíveis há algumas décadas.

Ademais, com o grande desenvolvimento tecnológico e as mais variadas descobertas envolvendo o ser humano, passou a ser uma necessidade a instituição

de mecanismos que deem proteção àqueles que possam ser atingidos pelas pesquisas, impedindo as atrocidades cometidas no passado em nome da ciência.

Logo, para aqueles que elaboraram, e também, para os que aprovaram a Lei de Biossegurança, tal diploma é uma forma de se realizar estas pesquisas, mas com limites que impeçam a ciência de avançar sobre qualquer pretexto.

Procurar-se-á mostrar, através do presente estudo, a relação do tema com os direitos fundamentais, em especial o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de breves considerações de como funciona o controle de constitucionalidade no país, para enfrentar a sua relação com a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Outrossim, faz-se necessário abordar, ainda que sucintamente, o histórico da lei de biossegurança que estabeleceu os parâmetros para a pesquisa científica, e conceituar termos específicos que são indispensáveis ao entendimento das pesquisas com células-tronco embrionárias, para compreender a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, sob o argumento de que as pesquisas com células-tronco embrionárias não ferem os princípios constitucionais estudados, e que são na verdade um marco na evolução da espécie, e que encontra nesta lei o seu limite, garantindo assim a manutenção do estado de direito estabelecido.

Para tanto, adota-se uma pesquisa de cunho sócio-jurídico, pautado na revisão bibliográfica, que busca na doutrina, legislação e jurisprudência pátria, a compreensão acerca da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, e a consequente legitimidade para o uso terapêutico de células-tronco embrionárias.

O presente estudo foi dividido em quatro capítulos. No primeiro são abordados os direitos fundamentais, suas noções gerais, e a distinção traçada entre princípios e regras, de suma importância para a solução de conflitos no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda no primeiro capítulo são analisados o direito à vida, e às Teorias acerca do início da vida, e o princípio da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito, e sua relação com o direito à vida.

No segundo capítulo são tecidas considerações acerca da bioética e o biodireito, demonstrando a sua importância nas discussões que envolve a utilização de células-tronco embrionárias na terapia e pesquisa.

No terceiro capítulo são abordados os principais aspectos do controle de constitucionalidade, especificando o seu funcionamento no Brasil, a fim de se

entender como e porque se declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma, imprescindível à compreensão da Ação Direito de Inconstitucionalidade nº 3.510/2005, que questionou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

Também no terceiro capítulo são abordados os principais conceitos e aplicações das células-tronco na pesquisa e terapia, para, ao final, confrontar tais conceitos com os princípios bioéticos e a constitucionalidade formal e material do dispositivo legal que autoriza a realização de pesquisas com células-tronco embrionários.

Por fim, no quarto capítulo, são levantados os principais pontos sobre a polêmica do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, pretendendo-se, ao final, verificar a legitimidade da utilização de tais células, e a sua importância para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

## **CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **1.1. Noções gerais sobre os direitos fundamentais**

A condição humana, por si só, traz consigo uma série de direitos que são inerentes aos indivíduos, mesmo antes de sua organização em sociedades mais complexas, anteriores mesmo à própria ideia de Estado. Assim, valores como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens, estão presentes na filosofia clássica, no cristianismo e, posteriormente, na doutrina jusnaturalista.

Ainda no século XVI o jusfilósofo alemão, Hugo Donellus, ensinava aos seus discípulos, em Nuremberg, que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem, assim como o jusfilósofo Johanes Althusius, que no início do século XVII defendeu a ideia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à autoridade apenas na medida em que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação, defendendo que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência (SARLET, 2003, p. 42-43).

Essa concepção serviu de base para o que hoje a sociedade civil denomina de direitos humanos e direitos fundamentais, embora somente tenham surgido os primeiros textos que concretamente falavam de tais direitos no século XVIII, quando veio a lume a Declaração de Direitos do Povo, na Virgínia (1776), nos Estados Unidos da América, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), redigida na França (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 27).

Segundo Sarlet, embora as expressões direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizados comumente como sinônimos, sua distinção é clara, e acrescenta:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os

povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2003, p. 33).

Logo, enquanto todos os homens são titulares dos direitos humanos, somente aqueles pertencentes a um determinado Estado são detentores dos direitos fundamentais, que nascem e se desenvolvem a partir das Constituições elaboradas por estes Estados. Nesse sentido são os ensinamentos de Para Dimoulis e Martins:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas e jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 54).

Silva (2006, p. 178) ressalta o significado do adjetivo “fundamental”, ao defender que se refere a situações jurídicas sem as quais a pessoa não se realiza, ou seja, sequer sobrevive.

Um passo importante para a concretização dos direitos fundamentais foi a decisão da Corte Americana, no ano de 1803 (Caso *Marbury versus Madison*), na qual os juízes, ao declararem a supremacia da Constituição, defenderam também a obediência do legislador aos direitos fundamentais contidos naquela Constituição (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 28).

De acordo com Bonavides (2005, p. 561), que cita os ensinamentos de Carl Schmitt, existem dois critérios de caracterização dos direitos fundamentais: pelo primeiro, podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional; pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo, portanto, imutáveis, ou pelo menos de mudança dificultada.

Os direitos fundamentais, ao longo dos anos, foram cumulativamente apresentando-se em quatro dimensões, balizados por três princípios cardeais: liberdade, igualdade e fraternidade (BONAVIDES, 2005, p. 562-563).

Os direitos de primeira dimensão, que tem na liberdade sua fonte de inspiração, surgiram para garantir a autonomia individual frente ao Estado, pois são direitos civis e políticos de resistência perante o Estado (SARLET, 2003, p. 51-52), e se hoje são pacificados na condição política, se moveram em cada país num

processo dinâmico e ascendente, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade.

Com o advento da industrialização e dos problemas sociais e políticos que com ela vieram, surgiu a necessidade de maior intervenção do Estado como garantidor da justiça social. Segundo Sarlet (2003, p. 52), são direitos embasados no princípio da igualdade, que outorgam ao indivíduo “direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho”.

Nesse sentido também se posiciona Bonavides, para quem:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em plenitude (BONAVIDES, 2005, p. 565).

O autor supracitado ressalta, porém, que são direitos que passaram por um período de baixa normatividade, pela dificuldade dos Estados de os cumprirem frente à carência de meios e recursos.

Têm-se, ainda, os direitos de terceira dimensão, denominados direitos de fraternidade, que segundo Sarlet (2003, p. 53-54) se diferenciam dos demais por serem destinados ao gênero humano, e não ao indivíduo ou a uma categoria. Dentre eles encontra-se o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Com os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão surgiu, segundo Bonavides (2005, p. 573) “uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais”, culminando com a aprovação, no ano de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. E acrescenta:

[...] procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade (BONAVIDES, 2005, p. 574).

Com a globalização política e os avanços tecnológicos de comunicação, se formou uma nova categoria de direitos fundamentais, os denominados direitos de quarta dimensão, como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2005, p. 571).

Os direitos fundamentais, quanto a sua função, podem ser agrupados como direitos de defesa e direitos de prestação (SARLET, 2003, p. 175). Enquanto direitos de defesa limitam o poder do Estado em favor do indivíduo, impedindo interferências indevidas na liberdade pessoal dos cidadãos, como defende Canotilho:

[...] os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2003, p. 408).

Lado outro, como direitos de prestação, requer uma postura ativa do Estado, tais como os direitos de segunda dimensão, direitos do Estado social. Sarlet (2003, p. 195) defende que a presença destes direitos obriga o Estado “a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)”.

Ao analisar a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, não se pode desconsiderar a sua função ou a sua forma de positivação, uma vez que a Constituição da República de 1988 assevera que as normas que disponham sobre direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. No entanto, isso nem sempre é possível, como se vê na lição de Silva, *in verbis*:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem direitos económicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta (SILVA, 2006, p. 180).

Sarlet (2003, p. 258-259) aduz que o mandamento da aplicação imediata contido na Constituição tem um carácter principiológico de otimização, ou, em outras palavras, significa dizer que o poder público extrai a maior eficácia possível das normas de direito fundamental. Isso se deve porque as normas de direito

fundamental podem ter natureza tanto de princípio quanto de regra (SARLET, 2003, p. 148).

As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como princípios.[...] isso ocorre, por exemplo, quando se fala em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. Por outro lado, faz-se referência às normas de direito fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 86).

Para a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é de suma importância para que se entenda, por exemplo, como funcionam as restrições a direitos fundamentais, ou as colisões entre esses direitos. Dessa forma, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca dos princípios e regras, o que será realizado no próximo tópico.

## **1.2. Princípios e regras: uma distinção necessária**

Os princípios, de maneira geral, são considerados um conjunto de valores que tem como finalidade nortear o desenvolvimento de determinada ciência, como se depreende dos ensinamentos de Espíndola:

[...] designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam (ESPINDÓLA, 2002, p. 52).

No ordenamento jurídico pátrio, atualmente os princípios são normas de direito que gozam de positividade, vinculatividade, eficácia sobre comportamentos públicos e privados, bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas (ESPINDOLA, 2002, p. 60).

No entanto, esta normatividade, para ser alcançada, passou, como defende Bonavides (2005, p. 259), por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira concebia os princípios como inspiradores de um ideal de justiça, porém sua normatividade era basicamente nula e duvidosa; na fase positivista, os princípios passaram a fazer parte dos Códigos, embora encarados

como “válvulas de segurança”, que “garantem o reinado absoluto da lei”, e ali estão para “estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo” (BONAVIDES, 2005, p. 262); na terceira fase, compreendida nas últimas décadas do século XX, os princípios são positivados nos textos constitucionais e são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2005, p. 264).

Desde então, “os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito” (ESPÍNDOLA, 2002, p. 64).

Os princípios deram, portanto, um grande salto ao deixarem de ser meros garantidores da eficácia das leis, para atuarem como fundamentos da ordem jurídica, como princípios constitucionais.

Sua relevância é apontada por Boulanger, citado por Bonavides nos seguintes termos:

Uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência, os princípios são os materiais graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, construções jurídicas [...] Os princípios existem, ainda que não se expressem ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a declará-los; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do espírito de uma legislação (BOULANGER *apud* BONAVIDES, 2005, p. 268).

Segundo Silva (2006, p. 91), a expressão “princípios fundamentais” na Constituição “exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema”, e tratados inicialmente como categorias distintas, norma e princípio, este último é concebido hoje como espécie da primeira. Logo, norma foi elevada à categoria de gênero, onde princípios e regras são as suas espécies.

Anote-se, ainda, que a distinção entre esses dois conceitos proporcionou um avanço na resolução dos problemas oriundos da aplicação das normas de direitos fundamentais, uma vez que a técnica da subsunção muitas vezes não era eficaz no caso concreto.

Dissertando acerca do conceito de norma, Ávila (2006, p. 30) defende tratar-se não de textos, nem de conjunto deles, pois “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; as normas no seu resultado”.

Em alguns casos, pode-se ter a norma, mas não ter o dispositivo, como ocorre, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica. Em outros, se tem o dispositivo, mas não a norma, como o preâmbulo da Constituição da República. Há ainda a hipótese de a partir de um dispositivo se construir mais de uma norma, como “o enunciado prescritivo que exige lei para instituição e aumento de tributo”, de onde se tira o princípio da legalidade e o princípio da tipicidade, como defende Ávila (2006, p. 30).

Semelhante é a definição proposta por Silva, *in verbis*:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (SILVA, 2006, p. 91).

Como resultado da concepção supra, da interpretação do texto normativo pode-se extrair tanto um princípio, quanto uma regra, ou até mesmo os dois (OLSEN, 2008, p. 63).

A partir da sistematização realizada por Dworkin, e mais tarde aperfeiçoada por Alexy, distinguindo regras e princípios, a Constituição passou a ser encarada como um sistema aberto de regras e princípios (BARROSO, 2008, p. 338), na qual os princípios são diretrizes que servem para nortear decisões, sendo ponderados quanto ao seu peso ou importância em dada situação, enquanto as regras são comandos que devem ser aplicados ou não, dependendo do caso concreto.

Levando-se em conta o critério da generalidade da norma, diz-se que a regra é especial (generalidade baixa), uma vez que “editada para uma situação jurídica determinada”, enquanto o princípio é geral (generalidade alta), “porque comporta uma série indefinida de aplicações” (ESPÍNDOLA, 2002, p. 69).

Para Alexy (2006, p. 90), princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, enquanto regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”.

A distinção entre princípios e regras é melhor visualizada em casos de colisão de princípios ou de conflito de regras, por apresentarem soluções diferentes (ALEXY, 2006, p. 91-92). O conflito de regras é solucionado no campo da validade,

com a declaração de invalidade de uma das regras, ou com a introdução de uma cláusula de exceção que ponha fim ao conflito, o que nem sempre é possível (ALEXY, 2006, p. 92).

De acordo com Ávila (2006, p. 52-53), o conflito entre regras também pode ser solucionado através da ponderação. Ele sustenta a possibilidade de ocorrer um conflito concreto entre regras, e a aplicação de uma não significar a nulidade da outra, cabendo ao interprete atribuir um peso maior a uma delas.

A colisão de princípios, por sua vez, não passa pela validade, tendo em vista que só princípios válidos podem colidir, mas sim, pela ponderação. Na hipótese de colisão, um princípio deve ceder, sem, contudo, tornar-se inválido ou sem que haja a necessidade de uma cláusula de exceção. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (ALEXY, 2006, p. 93).

A ponderação é um método que tem por objetivo estabelecer qual norma deverá prevalecer, sem perder de vista o princípio da unidade da Constituição, passando, assim, por três fases:

[...] a primeira, em que se avalia a intensidade da intervenção de um princípio no âmbito normativo do outro princípio; a segunda, em que é analisada a importância das razões que justificam esta intervenção; e a terceira, na qual se dá propriamente a ponderação em sentido estrito (OLSEN, 2008, p. 76).

O conceito de princípio, segundo Alexy (2006, p. 109), apresenta três objeções: a primeira se refere à invalidade de princípios, ou seja, que existiriam colisões resolvidas por meio da declaração de invalidade de um dos princípios; a segunda objeção aponta a existência de princípios absolutos, princípios estes que nunca cedem e diante dos quais a regra da colisão não seria aplicável; a terceira objeção critica o fato do “conceito de princípio ser muito amplo e, por isso, inútil, porque abarcaria todo e qualquer interesse que possa ser introduzido em um processo de sopesamento” (ALEXY, 2006, p. 107-108).

Os direitos fundamentais estão inseridos em um modelo normativo de princípios e regras, e como tal devem ser analisados, no caso de colisão ou conflito, de forma racional, tendo por objetivo maior o bem comum, a segurança jurídica e a unidade da Constituição.

### 1.3. O direito à vida e as teorias acerca do início da vida

A vida é um dos maiores bens a ser preservado, pois não há como falar “em liberdade, em igualdade, em solidariedade, em segurança, em propriedade, em saúde, em educação, em dignidade da pessoa humana [...] se não houver o respeito ao direito à vida” (ROCHA, 2008, p. 127).

Ademais, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, declara que 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” (BRASIL, 1988).

Além do referido artigo, a vida é tutelada em outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, os arts. 194 e 196 que dispõem sobre o direito à saúde, e o art. 225, que defende o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De acordo com Silva o vocábulo “vida”, no texto constitucional tem uma conotação bem ampla, e assim disserta:

[...] não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que então muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 2006, p. 197).

Essa acepção da vida, como bem a ser resguardado, vem sendo construída ao longo dos anos, como se vê nas várias legislações supranacionais, dentre as quais se pode citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e o Pacto de São José da Costa Rica. Tais dispositivos são unânimes em conceber o direito a vida como inerente ao homem e, portanto, deve ser protegido, sob pena de se perder o sentido da existência dos demais sem que haja o primeiro.

O direito à vida, na legislação supranacional, é tratado sob a ótica dos direitos humanos. Todavia, na legislação brasileira é tratado como direito fundamental, previsto constitucionalmente (ROCHA, 2008, p. 132). Por isso Silva (2006, p. 198)

defende que “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”. Aliás, a noção de que existem direitos inerentes ao homem, dentre eles o direito à vida, é que fez surgirem os direitos fundamentais, que se estabeleceram ao longo da história de acordo com a necessidade das sociedades civilmente organizadas, como visto anteriormente.

A vida humana, segundo Rocha (2008, p. 111), é reconhecida no ordenamento jurídico como um direito personalíssimo, irrenunciável, inviolável, imprescritível e intangível. E o autor em comento resume o tratamento dispensado pelos Estados ao atributo vida, ao longo da história, nos seguintes termos:

Destarte, uma análise, superficial que seja, da evolução histórica dos direitos humanos, das declarações que surgiram, geração após geração, bem como da disposição dos Estados em subscrevê-las, permite constatar que em comum essas iniciativas representam um esforço jurídico e político no sentido de proteger, amparar e tutelar um bem principal, primordial, supremo, o bem da vida (ROCHA, 2008, p. 127).

Pamplona Filho (2007, p. 253) enfatiza que “a vida, enquanto pré-existente a qualquer direito, antecede esse próprio sistema e é pressuposto de qualquer tutela destinada à espécie humana”. Porém, não existe um consenso científico, filosófico ou jurídico, a respeito de quando a vida se inicia.

Segundo Tavares (2006, p. 492), existem cinco teorias a respeito do início da vida: a teoria da concepção, a teoria da nidação, a teoria da implementação do sistema nervoso, a teoria dos sinais eletroencefálicos e o próprio nascimento em si.

A teoria da concepção sustenta a tese de a vida se iniciar no ato de conceber (penetração do espermatozoide no óvulo); a teoria da nidação pressupõe a fixação do óvulo nas paredes do útero; a terceira teoria, a implementação do sistema nervoso, remete o início da vida ao surgimento de rudimentos do que virá a ser o sistema nervoso central (entre o décimo quinto e o quadragésimo dia do desenvolvimento do embrião); a teoria dos sinais eletroencefálicos requer a existência de atividade cerebral no feto (por volta de oito semanas); e, a última teoria, preconiza o início da vida somente após o nascimento (TAVARES, 2006, p. 492-493).

Sobre o momento em que se inicia a vida, Barroso (2007, p. 25) assim se manifesta:

O momento exato em que um aglomerado de células se transforma em um ser moral divide as opiniões de cientistas e filósofos em todo o mundo, e a resposta a essa questão sempre estará sujeita à crença subjetiva ou religiosa de cada um.

Silva (2006, p. 195), por sua vez, defende que a vida começa com a concepção, e invoca o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que em seu art. 4º, § 1º, afirma que "toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida", direito este que "deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção".

O foco principal, de acordo com os ensinamentos de Vieira (2007, p. 24), não deve estar em "quando começa a vida biológica, mas sim que grau de proteção jurídica deve ser conferido à vida em cada etapa do seu desenvolvimento".

É sabido que o Código Civil vigente, em seu art. 1º dispõe que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", enquanto o art. 2º assevera que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2002).

Cumprido, no entanto, esclarecer quem seria o nascituro, que de acordo com Rodrigues (2003, p. 36), "é o ser já concebido, mas que ainda encontra-se no ventre materno".

A doutrina discute, no entanto, sobre a natureza jurídica do nascituro, uma vez que a lei não o reconhece como pessoa, mas põe a salvo seus direitos. Para tanto, existem três teorias: teoria concepcionista, teoria da personalidade condicional e teoria natalista (PAMPLONA FILHO, 2007, p. 255).

Na teoria concepcionista, "o nascituro tem personalidade jurídica desde a sua concepção pode figurar como sujeito de direitos e obrigações, possuindo a mesma natureza que a pessoa natural" (PAMPLONA FILHO, 2007, p. 255).

Na teoria da personalidade condicional ou condicionada, "a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção" (PAMPLONA FILHO, 2007, p. 256).

E, por fim, para a teoria natalista, a personalidade jurídica só existe a partir do nascimento com vida, o nascituro possui apenas uma expectativa de direito (PAMPLONA FILHO, 2007, p. 256-257).

De acordo com Tavares (2006, p. 494), o disposto no art. 2º do Código Civil de 2002 tutela “o desenvolvimento embrionário, mas não se admite tratar-se de vida propriamente dita. Trata-se de mais um valor que, tal qual a vida, encontra guarida no Direito”.

Atrelado ao direito à vida encontra-se o direito à existência, que na visão de Silva (2006, p. 198) “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.

Com base nessa premissa, é que o sistema penal brasileiro consagra institutos como o da legítima defesa, e pune com severidade todas as formas de interrupção violenta da vida, assim como as formas de agressão à integridade física, uma vez que “agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele” (SILVA, 2006, p. 198-199).

Tavares (2006, p. 491), corroborando com a ideia de um direito de existência, acrescenta outra vertente do direito à vida, qual seja, o direito a um adequado nível de vida. Esta vertente pressupõe que sejam assegurados ao homem direitos como o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217), para que este tenha o mínimo de qualidade de vida.

A vida deve ser protegida em sua plenitude, e para tanto, além da proteção do indivíduo, há de se proteger a espécie humana, como preconiza o art. 225 da Constituição, ao dispor que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

Por fim, cumpre ressaltar que a Constituição da República de 1988 prioriza o direito à vida, tanto em relação ao indivíduo, quanto à espécie humana, dando-lhe o *status* de direito fundamental, irrenunciável e inviolável, acima de todos os outros direitos, que em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, constituem os pilares de todo o ordenamento jurídico nacional.

#### **1.4. A dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio**

A dignidade da pessoa humana está positivada no ordenamento jurídico brasileiro como princípio fundamental, ou melhor, como princípio jurídico

constitucional fundamental. Isso significa que todo ordenamento deve ser pensado e criado tendo por paradigma, em conjunto com o direito à vida, a dignidade da pessoa humana.

Como fundamento de um Estado, a dignidade da pessoa humana implica em uma visão do homem como fim último deste Estado, e não como meio para alcançar determinados objetivos (BASTOS, 2002, p. 249). No entanto, antes da dignidade da pessoa humana ser definida como um princípio, cabe aqui algumas considerações sobre a construção deste conceito, pois na história da humanidade, a noção de dignidade sofreu transformações em relação ao seu alcance e a sua atribuição como valor intrínseco dos homens.

A Bíblia traz em seu texto a premissa de que todo ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, ou seja, todos são possuidores de um valor próprio, não podendo ser objeto de instrumentalização. No entanto, esta nem sempre foi a postura da Igreja, que durante um longo período atribuiu este valor apenas aos cristãos (SARLET, 2006, p. 30).

Na antiguidade clássica a dignidade sofria modulações, de acordo com a posição social ocupada pelo indivíduo, “no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas” (SARLET, 2006, p. 30).

Já o pensamento estoico voltava-se a uma dignidade inerente ao homem, “intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo”. Cícero, em Roma, desvinculou dignidade e posição social, sendo possível “reconhecer a coexistência de um sentido moral [...] e sociopolítico de dignidade” (SARLET, 2006, p. 30).

Na era medieval, destaca-se o pensamento de Tomás de Aquino, que seguindo o pensamento cristão agregou a este “a capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade” (SARLET, 2006, p. 31).

A renascença antropocêntrica outorgou ao homem “uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado de capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja” (SARLET, 2006, p. 31-32).

No transcorrer dos séculos XVII e XVIII, o conceito de dignidade “passou por um processo de racionalização e laicização”, tendo como expoente Kant, para quem a “concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano [...] além de

sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado” (SARLET, 2006, p. 32).

A lógica de Kant estabelecia que tudo tinha ou um preço ou uma dignidade. Se algo tinha preço, podia ser substituído por um equivalente. Contudo, se não tinha preço, e não podia ser substituído por equivalente, este então possuía dignidade. De acordo com este enunciado, a dignidade seria algo acima de qualquer preço, sob pena de que se assim não fosse, ter ferida sua santidade (TAVARES, 2006, p. 504).

Sarlet (2006, p. 36) esclarece que “a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”.

Contrário a esta visão, Hegel, filósofo alemão, dizia que o ser humano não nasce digno, mas conquista sua dignidade na medida em que se torna cidadão, afastando-se da concepção de Kant, que a tratava como inerente ao homem (SARLET, 2006, p. 36-37).

De acordo com Sarlet (2006, p. 41), a dignidade é irrenunciável e inalienável, podendo “ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida”. Logo, não pode “ser criada, concebida ou retirada”, uma vez que faz parte da condição humana.

A concepção de igualdade e de que a dignidade é valor próprio do homem aparece em vários documentos internacionais, em sinal de repúdio principalmente aos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu art.1º dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, a Carta das Nações Unidas e o Estatuto da Unesco de 1945, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Católicos de 1966, que de certa forma revitalizam o pensamento kantiano (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 153).

Com base no conteúdo da Declaração de Direitos da ONU, Sarlet (2006, p. 45) coloca como ponto principal do conceito de dignidade da pessoa humana a autonomia e o direito de autodeterminação da pessoa. Para o autor a autonomia presente no conceito de dignidade é considerada “em abstrato, como sendo a capacidade potencial de cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da efetiva realização no caso da pessoa em concreto”, visto que os absolutamente incapazes possuem a mesma dignidade que qualquer outro ser humano.

Anote-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana possui uma dimensão dúplice, pois ao mesmo tempo em que engloba a ideia de autonomia e, portanto de autodeterminação, traz consigo a ideia de proteção por parte da sociedade e do Estado (SARLET, 2006, p. 49).

Nas palavras de Dworkin (2003, p. 336), a dignidade contém “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”. O autor sustenta, ainda, que a forma digna ou indigna de tratamento dispensado às pessoas vai variar de acordo com os padrões de cada sociedade, tendo em vista o local e a época em questão.

Sarlet, condensando o conceito de dignidade da pessoa humana, assim disserta:

[...] 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p. 60).

Inspirados nas Constituições Portuguesa e Espanhola, o constituinte brasileiro optou por incluir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, em seu art. 1º, III (BRASIL, 1988). Sobre a disposição da dignidade da pessoa humana como fundamento de um Estado, Canotilho assim disserta:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem, que serve os aparelhos político-organizacionais (CANOTILHO, 2003, p. 225).

De acordo com os ensinamentos de Barroso (2008, p. 372), a dignidade da pessoa humana está relacionada tanto “com a liberdade e valores como com as condições materiais de subsistência”.

Bastos (2002, p. 248-249), por sua vez, acredita que a intenção do constituinte, ao colocar no texto constitucional este princípio, foi ressaltar o seu

caráter material, assegurando a todos uma vida economicamente digna. E Barroso (2008, p. 372) observa, ainda, que todo princípio tem um núcleo a partir do qual passa a agir como regra. O princípio da dignidade da pessoa humana, nestas condições, tem como núcleo material elementar, o que o autor chama de mínimo existencial, que incluiria os direitos à renda mínima, saúde, educação e acesso à justiça.

Logo, a dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade (BARROSO, 2004, p. 335).

Embora de extrema importância para o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto. Por isso Alexy (2008, p. 114) afirma que apesar de se ter esta impressão, o que ocorre na verdade é a “existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio”. Para este autor a regra da dignidade humana tem caráter absoluto, tanto que quando necessário não se questiona se ela prevalece em relação às outras, mas se foi violada ou não. No entanto, quanto ao princípio, este agrega diferentes graus de realização, dependendo das condições apresentadas no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 111-114).

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 152), optando por reconhecer na dignidade da pessoa humana um valor metajurídico e pré-constituente, entendem ser esta “sobrepota a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, embora expresso no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, encontra guarida em outros dispositivos do texto constitucional, como o art. 170, *caput*, que estabelece que a ordem econômica tenha por finalidade assegurar a todos uma existência digna, assim como o art. 226, § 6º, que “fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável”, ou ainda o art. 227 *caput*, que assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade (SARLET, 2006, p. 62).

Inserido em todos esses dispositivos e em muitos outros, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ser o cerne de todo o ordenamento, tendo em vista que é com base nele, juntamente com o princípio da inviolabilidade ao direito a vida, é que todo o país se desenvolve, “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (CASTRO, 2005, p.18).

Resta claro, portanto, que há no mundo uma tendência, um esforço de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ao utilizá-lo como paradigma nas mais variadas decisões dos tribunais constitucionais e ordinários, atrelado que está aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO II – BIOÉTICA E O BIODIREITO: UMA REFLEXÃO SOBRE OS SEUS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS

Os avanços no campo científico têm feito o homem refletir sobre que caminhos pretende seguir, ou seja, quais os limites da ciência, o que é plausível de acordo com os valores arraigados na sociedade, o que fazer com questões como o aborto, a eutanásia, inseminação artificial *post mortem*, a pesquisa com células-tronco e, a clonagem humana, dentre tantos outros temas controversos?

No intuito de ponderar sobre estes dilemas científicos e sociais, surgiu na década de 1970, um novo campo de estudo, a bioética. Segundo Diniz (2007, p. 10), citando a *Encyclopedia of bioethics*, define bioética como sendo “o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.

Contudo, a autora acrescenta que a bioética não se reduz apenas ao aspecto moral, mas também a questões materiais e subjetivas, e acrescenta:

A bioética seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares [...], para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia, etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites a biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações (DINIZ, 2007, p. 11).

A bioética, em relação ao tema estudado, pode ser classificada em bioética das situações persistentes e bioética das situações emergentes. A primeira trata dos assuntos que sempre foram discutidos na sociedade organizada, como o aborto e a eutanásia. A segunda, por sua vez, se ocupa de discutir “os conflitos originados pela contradição verificada entre o progresso biomédico desenfreado dos últimos anos e os limites da cidadania e dos direitos humanos” (DINIZ, 2007, p. 11).

A antropóloga Débora Diniz (2007a, p. 66), por sua vez, menciona que dois sentimentos contraditórios afloram naqueles que tem contato com a bioética: fascínio e repulsa. Fascínio por acharem ter encontrado um meio eficaz para a

solução dos conflitos morais, e repulsa pela constatação de que a bioética não consegue responder a estes conflitos.

A bioética está pautada em quatro princípios: autonomia, beneficência, justiça e não maleficência. Tais princípios foram elaborados inicialmente pela “Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental”, que através do Relatório Belmont, de 1978, apontou três deles (autonomia, beneficência e justiça). E, em um segundo momento, no ano de 1979, com a publicação do livro “Princípios da Ética Biomédica”, da autoria de Beauchamp e Childress, foi apresentado um quarto princípio, o da não-maleficência (DINIZ, 2007a, p. 21-25).

Segundo a autora supracitada, a teoria contida neste livro “foi a primeira tentativa bem sucedida de instrumentalizar os dilemas relacionados às opções morais das pessoas no campo da saúde e da doença [...]” (DINIZ, 2007a, p. 25).

Para Dworkin (2003, p. 321), a autonomia é “a capacidade de agir com base em preferências genuínas, na percepção da natureza das coisas, nas convicções pessoais ou no sentido da própria identidade”.

Na visão de Diniz o princípio da autonomia é assim conceituado:

[...] requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento (DINIZ, 2007, p. 14).

Esse princípio, tal qual enunciado, prevê uma situação ideal, onde todos são dotados de competência e liberdade individual. No entanto, no mundo dos fatos, é preciso fazer uma distinção entre autonomia e respeito à autonomia. Por isso Débora Diniz (2007a, p. 30) defende que “a capacidade de agir livremente de certos grupos, ou mesmo de indivíduos vulneráveis, é proporcional ao respeito à autonomia das pessoas que as “protegem”, sejam elas cuidadores ou profissionais de saúde”.

Inseridos no princípio da autonomia, estão o princípio pelo qual as pessoas devem ser tratadas como agentes autônomos e o princípio de proteção, contra qualquer forma de abuso, das pessoas vulneráveis, crianças, idosos, deficientes mentais, pacientes debilitados, entre outros (DINIZ, 2007a, p. 22).

A beneficência, por sua vez, está ligada diretamente ao bem estar do paciente, ou da pessoa envolvida em um experimento. Este princípio exige dos profissionais de saúde ou dos cientistas que ajam no interesse das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas (DINIZ, 2007, p. 14).

Maria Helena Diniz (2007, p. 15) aponta dois pressupostos envolvendo o princípio da beneficência: “não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos”.

Semelhante são os ensinamentos de Dworkin, que assim descreve a beneficência:

Quando se confia uma pessoa aos cuidados ou a tutela de outra, a primeira tem o que chamarei de direito à beneficência – um direito a que a segunda tome decisões que favoreçam seus interesses fundamentais. Esse direito fiduciário é uma ideia conhecida tanto no direito quanto na moral: um fideicomissário deve agir de modo a atender aos interesses dos beneficiários do fideicomisso (DWORKIN, 2003, p. 326).

Surgido do desdobramento do princípio da beneficência, o princípio da não maleficência contém “a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*” (DINIZ, 2007, p. 15).

Considerado como um princípio negativo, uma vez que existe em oposição à beneficência, vem sendo contestado na prática biomédica, tendo em vista a linha tênue que existe entre estes dois princípios. Débora Diniz (2007a, p. 31) cita o exemplo da interrupção da gravidez por graves anomalias do feto. Segundo a autora, neste caso, “não é possível dizer se a interrupção da gestação [...] será sempre uma atitude baseada no princípio da beneficência ou da não-maleficência”.

O último princípio é o da justiça, também conhecido como princípio da equidade, “requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente” (DINIZ, 2007, p. 15).

Intimamente ligado aos movimentos sociais organizados, este princípio está comprometido com “a resolução de conflitos existentes entre reivindicações e interesses particulares em contraposição aos interesses da sociedade” (DINIZ, 2007a, p. 31), e acrescenta:

A maior dificuldade para o desenvolvimento de políticas públicas baseadas no princípio da justiça está na existência de sérias dúvidas sobre o que

poderia ser necessário para a sociedade e que, ao mesmo tempo, também garantiria os interesses individuais (DINIZ, 2007a, p. 31).

Esses quatro princípios compõem a teoria principialista, que apesar de manter sua hegemonia no campo da bioética, sofre algumas críticas. A primeira delas aponta para a falta de hierarquia entre os princípios e para a falta de “um corpo teórico uniforme”. Assim esclarece Débora Diniz (2007a, p. 36), para quem inexistente conexão entre eles, pois cada “princípio pressupõe uma soberania em relação aos outros, havendo uma espécie de disputa”. Logo, como não há prioridades, muito menos procedimentos específicos que solucionem as dúvidas sobre qual valor deve dominar, as soluções dependem de julgamentos particulares sobre a importância de cada princípio na análise do caso prático.

Contudo, embora não previsto na teoria elaborada por Beauchamp e Childress, na prática o que tem ocorrido é um predomínio do princípio da autonomia sobre os outros (DINIZ, 2007a, p. 37).

Outra crítica que se faz é quanto à denominação princípios, como aduz Débora Diniz:

Na história da filosofia moral, os princípios assumiram o papel de guias para ação, resumindo e circunscrevendo o campo de atuação de uma determinada teoria que, por sua vez orientaria o agente moral no processo de tomada de decisões [...] os princípios da teoria principialista não cumpriram esses requisitos teóricos e práticos, sendo antes um checklist normativo (DINIZ, 2007a, p. 37).

A autora supracitada salienta o fato desta teoria “negligenciar a dimensão relacional das pessoas com narrativas particulares e contextos sociais específicos” (DINIZ, 2007a, p. 38), e afirma que atualmente, dentro da bioética, existem movimentos antirracistas e feministas, que são contra a visão da bioética tradicional do homem abstrato.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Oliveira, para quem:

[...] podemos até dizer que o ser humano com o qual o movimento bioético se preocupa é uma abstração, não existe concretamente, pois todas as pessoas estão inseridas em uma classe social, são mulheres ou são homens e têm uma cor: preta, amarela ou branca. Sabemos que classe social, ser mulher ou homem e a cor da pele fazem muita diferença na vida social (OLIVEIRA, 2002, p. 94).

Este posicionamento é corroborado por Débora Diniz (2007a, p. 32), ao afirmar que a teoria principialista preocupada em propor “um modelo teórico passível de universalização”, o fez tendo como paradigma um homem “livre dos constrangimentos sociais, esquecendo que em contextos de desigualdade social não é possível o exercício pleno da liberdade.” E acrescenta, ao dissertar sobre o principal papel da bioética:

[...] é reconhecer que é preciso sair ao encontro de estratégias de mediação para o conflito moral que tenham por espírito condutor a máxima tolerante e pacífica deixada pelo humanismo, em vez de assumir para si o imobilismo imposto pela impossibilidade de atingir a verdade absoluta e válida para todos. Não é preciso que todos os personagens morais tenham as mesmas crenças, basta apenas que saibam se respeitar e tolerar mutuamente (DINIZ, 2007a, p. 69).

Por fim, cumpre ressaltar que a bioética ainda é uma ciência nova e seus princípios bioéticos que têm por base os direitos humanos são utilizados como diretrizes para o posicionamento da sociedade em relação aos novos desafios que a ciência apresenta, pois é ela que impõe limites ao progresso científico no que concerne a valores.

Contudo, o desenvolvimento da bioética atrelada ao biodireito, que está voltado a regular legalmente este progresso, poderá trazer o equilíbrio que a sociedade precisa para lidar com as inovações que afloram a todo o momento, tendo sempre em mente o homem como fim e não como meio.

## **CAPÍTULO III – ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA**

### **3.1. Breve análise do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro**

Estabelecer parâmetros para a atuação do Poder Legislativo, com a finalidade de instituir normas e manter os atos jurídicos compatíveis com a Constituição da República através de um controle, é uma necessidade que acompanha o homem ao longo dos tempos.

Deste modo, surgiu de forma efetiva nos Estados Unidos o denominado Controle de Constitucionalidade, e embora a Constituição Norte-Americana não tenha instituído o controle de forma expressa, o controle encontra fundamento constitucional, não podendo ser alterado ou revogado por norma infraconstitucional (GRAHL, 2006. p. 87).

Segundo Moraes (2003, p.676) o controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Logo, se qualquer dessas leis ou atos normativos apresentar-se em dissonância com o texto constitucional, serão declaradas inconstitucionais, de modo que não devem permanecer no sistema legislativo pátrio.

Assim sendo, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade é a vigilância da obediência do ato jurídico, da lei, ou do ato normativo à Constituição, controle este que ocorre em seus aspectos formais e materiais, e é de suma importância à instituição e validade do ato jurídico perante a Constituição.

Segundo Silva (2006, p. 49), “há três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto”. Mister frisar que, para a caracterização do sistema de controle de constitucionalidade, parte-se da análise do órgão encarregado do seu exercício, o que leva a compreender que o controle político é realizado pelo Poder Legislativo, e em alguns casos específicos pelo Poder Executivo, enquanto o jurisdicional é competência exclusiva do Poder Judiciário, e o sistema misto, por sua vez, é aquele que realiza o controle de constitucionalidade através de um órgão especial, com representantes políticos e do judiciário.

Ao dissertar sobre o controle político, Carvalho (2001, p. 160-161) aponta os países da Europa, em especial a França, como berço do sistema que surgiu diante da necessidade de realizar um controle administrativo, ante a incredulidade diante do Poder Judiciário, que à época revestia-se de caráter patrimonial. Nesse cenário, o controle exercido pelo órgão político, independente do Poder Judiciário, já que realizado pelo próprio Poder Legislativo, ou mesmo pelo Chefe de Estado, ou por um órgão especial, como ainda ocorre no França, onde o controle político é realizado pelo Conselho Constitucional, representava maior segurança.

O controle jurisdicional, também denominado de controle jurídico ou judiciário, consiste no controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, concebido como a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais (SILVA, 2006, p. 49).

Carvalho (2001, p. 161) aponta como nascedouro do sistema jurisdicional o *Marbury versus Madison*, já comentado alhures, no qual o Juiz Marshall demonstrou que o “ato legislativo ou executivo incompatível com a Constituição é nulo, írrito, sem valor algum, desprovido de força vinculativa, desobrigando de seu cumprimento os indivíduos e o Poder Público”.

O Brasil adota o controle de constitucionalidade jurídico, embora há ordenamentos que adotam o controle de constitucionalidade político, ou mesmo o controle concomitantemente, que pode ser realizado antes da elaboração e promulgação da lei ou ato normativo, recebendo o nome de controle preventivo.

O sistema misto se caracteriza pela entrega, a um órgão especial, constituído de membros do Poder Judiciário e outros estranhos a este Poder, tendo sido adotado, como salienta Carvalho (2001, p. 162), a partir da 1ª Guerra Mundial, quando vários países deixaram de conferir poderes para aferir a constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo, visando assegurar a imparcialidade, atribuindo à um órgão, de natureza político-jurídica, tal função.

O sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade pode ser concentrado ou difuso, e tem como principal característica proporcionar ao Judiciário o poder de intervir, quando da análise do texto legal propriamente dito, ou da sua aplicação a um caso concreto, é que este sistema vem sendo alvo de críticas, já que estaria o Poder Judiciário autorizado a interpretar, final e conclusivamente, a

Constituição, transformando-o em um “super poder”, além de configurar afronta ao princípio da separação dos poderes (MORAES, 2003, p. 573).

É inegável que permitir ao Poder Judiciário aferir a constitucionalidade é menos maléfico do que restringir apenas à esfera política tal controle, uma vez que os órgãos políticos geralmente causam maiores danos aos direitos fundamentais previstos na Constituição do que o Poder Judiciário, pela natureza de suas funções.

Segundo Polleti (1985, p. 56), é considerado misto o sistema adotado no Brasil, não por permitir que dois Poderes distintos realizem o controle de constitucionalidade, mas porque, “a par do sistema difuso, há a jurisdição concentrada exercida pela provocação da ação direta de inconstitucionalidade”.

Para permitir a melhor compreensão do próximo tópico, que aborda a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do denominado controle concentrado, também denominado de direto ou abstrato, que coexiste paralelo ao controle difuso, que é aquele realizado no caso concreto, e que somente alcança as partes envolvidas no litígio.

No Brasil, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade somente pode ser constatado a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que o introduziu ao lado da representação interventiva. Antes disso, a jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade existia de maneira mitigada, na Constituição de 1934, com a criação da representação interventiva confiada ao Procurador-Gral da República e que se encontrava sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 159).

Com o advento da Constituição da República de 1988, o controle de constitucionalidade pela via concentrada foi aperfeiçoado, de modo que foi ampliado o rol de ações diretas e a extensão de legitimidade para provocar a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal a outras autoridades, órgãos e entidades. Pode-se dizer que o controle concentrado visa à obtenção da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, sendo que neste caso, independe de um caso concreto, o que se visa nesta situação é a invalidação da lei, de modo que sempre se deixe resguardado a segurança jurídica (que nunca poderá se basear em leis inconstitucionais).

Nessa forma de controle, o objeto da ação é a própria inconstitucionalidade, da mesma forma em que ocorre nas cortes internacionais europeias, diferentemente de como ocorre no controle difuso. Quando a declaração é feita em tese, com efeito

*erga omnes*, o que se visa não é mais a garantia dos direitos subjetivos, liberando alguém do cumprimento de uma lei inconstitucional, mas, expelir do sistema jurídico a lei ou ato inconstitucional, restabelecendo a harmonia do funcionamento do sistema prejudicado pela manutenção da lei inválida frente à Constituição. Não se cogita mais a aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional à espécie, mas a todas as hipóteses que se acham disciplinadas por ela (FERRARI, 1999. p. 154 - 155).

Por fim, cumpre ressaltar que se destacam várias espécies de controle de constitucionalidade, disciplinadas na Constituição da República de 1988, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, “a”); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, segunda parte); e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º). Desta forma, vislumbra-se neste tipo de controle de constitucionalidade, que o Supremo Tribunal Federal tem função de grande relevância ao declarar ou não a constitucionalidade da lei em tese, de modo que cabe a este órgão colegiado tomar a decisão de tornar ou não a lei inconstitucional. Por esta prerrogativa, chama-se esta corte máxima do direito brasileiro de “guardião da Constituição”.

### **3.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/2005**

Em março de 2005 foi aprovada a Lei 11.105, conhecida como Lei de Biossegurança, que inicialmente tratava de atividades envolvendo organismos geneticamente modificados e seus derivados. No entanto, ao longo da tramitação do projeto de lei na Câmara, este recebeu artigos relativos à clonagem humana e à obtenção de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapêuticos. A inclusão destes artigos gerou muita discussão em alguns setores da sociedade, tendo como resultado a proibição da clonagem humana, mas permitindo as pesquisas com células-tronco (OLIVEIRA, 2007, p. 79).

Em maio do mesmo ano, o Procurador Geral da República propôs uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510), justamente contra o artigo que tratava da aprovação das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, argumentando, em linhas gerais, que o embrião é um ser humano, pois no seu

entendimento a vida começa na fecundação. Assim, o autor da ação alegou que o art. 5º da referida lei afrontava os princípios constitucionais de inviolabilidade do direito a vida e da dignidade da pessoa humana.

Na ação direta de inconstitucionalidade, o Procurador Geral da República “faz referência positiva à pesquisa com células-tronco adultas”, além de citar vários doutrinadores e cientistas que tem a sua concepção a respeito do início da vida, demonstrando assim as fortes divergências que cercam o assunto (OLIVEIRA, 2007, p. 81), e que puderam ser vistas, ainda que sucintamente, ao tratar do direito à vida.

Para uma melhor visualização do problema, destaca-se que a Lei de Biossegurança permite a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, exigindo, no entanto, que os embriões tenham sido resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (art. 5º, caput); que os embriões sejam inviáveis (art. 5º, I) ou que não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de três anos (art. 5º, II); que os genitores deem seu consentimento (art. 5º, § 1º) e, por fim, que a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição (art. 5º, § 2º) (BARROSO, 2008, p. 24).

De acordo com Barroso (2008, p. 24), a lei proíbe a comercialização de embriões, células ou tecidos, a clonagem humana e a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano. Importante destacar que a lei também proíbe a produção de embriões apenas para pesquisa, ou seja, somente podem ser utilizados os resultantes das fertilizações *in vitro*, que seriam descartados pelas clínicas de fertilização.

Após um longo debate, que envolveu o meio jurídico e científico, a ação direta de inconstitucionalidade nº. 3510 foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), porém a discussão está longe de chegar a um consenso.

Anote-se que o Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, considerou vida humana possuidora de capacidade civil, e portanto, sujeito de direito, aquela que ocorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral, afirmando que a Lei de Biossegurança não desprezou o embrião, mas buscou encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.

Porém, para melhor compreensão dos elementos que envolvem a pesquisa com células-tronco embrionárias, e a polêmica que se criou, faz-se necessário a obtenção de conceitos pertinentes ao ramo da biologia, sobretudo no que diz respeito à reprodução humana e à biotecnologia.

### 3.3. Conceitos e aplicações das células-tronco na pesquisa e terapia

Células-tronco são células primárias que tem a capacidade de transformar-se em vários tipos de células especializadas, e estão presentes no organismo humano desde a fase embrionária até a sua morte, sendo responsáveis, além da formação do embrião, pela renovação e manutenção de todas as células do organismo humano (ROCHA, 2008, p.37).

Oliveira (2007, p. 76), ao conceituá-las, aborda duas características atribuídas a estas células: a autoconservação ilimitada, podendo reproduzir-se durante muito tempo sem diferenciar-se, e a capacidade de produzir outras células-tronco de transição, com limitado poder de proliferação, das quais derivam uma variedade de linhas de células bastante diferenciadas, quais sejam as células musculares, hemáticas, nervosas, dentre outras.

As pesquisas com essas células datam da década de 1960, mas apenas na década de 1970 começaram a tomar corpo. Elas podem ser extraídas do cordão umbilical, do organismo adulto ou do embrião (ROCHA, 2008, p. 42).

De acordo com a autora, as células encontradas no cordão umbilical, e também na placenta, estão sendo largamente utilizadas, principalmente em crianças portadoras da doença de Gunther, as síndromes de Hunter, de Hurler e a leucemia linfócita aguda (ROCHA, 2008, p. 43).

As células-tronco adultas são células especializadas, usadas inicialmente para substituir células mortas ou enfermas dos órgãos de onde se originam. Atualmente, as pesquisas têm avançado no sentido da utilização destas mesmas células na recuperação de outros órgãos, que não os originais, como por exemplo as encontradas no sangue, na medula óssea, no cérebro, nos vasos sanguíneos, músculos, intestinos, fígado, pâncreas, sistema nervoso e pele (ROCHA, 2008, p. 43).

As células-tronco embrionárias, por sua vez, estão presentes nos embriões, e tem a capacidade de se transformar em qualquer órgão do corpo humano.

Quanto à capacidade de produzir outras células, as células-tronco podem ser totipotentes, pluripotentes, multipotentes e unipotentes (ROCHA, 2008, p. 41). As células-tronco totipotentes são aquelas que podem produzir todas as células embrionárias e extra-embrionárias, ou seja, são capazes de desenvolver um organismo completo (ROCHA, 2008, p. 41); as pluripotentes são aquelas capazes

de gerar linhagens celulares e tecidos diferentes, mas não conseguem formar um organismo completo, estão presentes no início do desenvolvimento embrionário (ROCHA, 2008, p. 42); as células multipotentes podem gerar algumas linhagens celulares, mas não todas, e podem ser extraídas de tecidos e órgãos adultos, de crianças ou do cordão umbilical, por exemplo (ROCHA, 2008, p. 42); por último, as unipotentes são aquelas que podem produzir apenas um tipo de célula, mas possuem capacidade de autorrenovação (ROCHA, 2008, p. 42).

As células-tronco embrionárias são dotadas, como já mencionado, de pluripotência, ou seja, são capazes de formar um organismo completo, mas não conseguem formar um embrião viável, pois não conseguem reproduzir as células que dão origem ao trofoblasto (ROCHA, 2008, p. 44).

Marques, ao enfrentar o problema, relembra como acontece o processo de reprodução humana, para que se possa compreender melhor a origem dessas células:

O óvulo fecundado inicia seu processo de divisão celular e, pelo menos até o estágio em que atinge oito células, denominado mórula, considera-se que as primeiras células resultantes dessa divisão possuem capacidade para diferenciação total (totipotência) [...] entre cinco e sete dias, segue-se o estágio denominado blastócito, quando o conjunto dessas células precoces ganham a forma de uma bola, com uma cavidade interna. Nesse blastócito, as células se agruparão em uma camada mais externa, de nome trofoblasto. É esse conjunto denominado trofoblasto que dará origem à placenta e aos anexos embrionários. Outras células se agruparão em uma capa que reveste a cavidade interna do blastócito, formando uma espécie de parede interna, com cerca de trinta células-tronco ditas embrionárias. Será a partir dessa camada de células mais interna que se dará o processo comumente denominado organogênese, ou seja, de gênese de vários órgãos que um organismo adulto possui. São, portanto, células dotadas de pluripotência, de capacidade de engendrar as mais de duas centenas de tecidos que compõem o corpo de um embrião humano, menos a placenta e o demais anexos embrionários e fetais, que por isso são ditas pluripotentes e não totipotentes. Essas são as células-tronco embrionárias com as quais muitos almejam realizar pesquisas (MARQUES, 2006, p. 25-26).

Logo, a manipulação destas células tornou-se possível graças às técnicas de reprodução assistida, mas especificamente da fertilização *in vitro*, que consiste “na retirada de óvulo da mulher, na sua fecundação em proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, e na introdução do embrião no útero da mulher ou no de outra” (ROCHA, 2008, p. 46).

Os embriões excedentes desta técnica de reprodução, obedecidos os critérios estipulados pela Lei de Biossegurança, são os utilizados nas pesquisas com fins terapêuticos.

Para a obtenção das células-tronco necessárias a esta pesquisa, é preciso que se instaure o seguinte procedimento: primeiro, há o desenvolvimento do embrião até o estágio do blastocisto, quatro dias após a concepção, para então retirar as células da cavidade interna, o embrioblasto; a seguir são realizadas culturas dessas células, sobre uma camada de nutrientes; e, finalmente, são feitas “repetidas culturas das colônias de células até a formação de linhas de células capazes de se multiplicar indefinidamente” (OLIVEIRA, 2007, p. 78).

Tavares (2006, p. 498), a respeito das terapias genéticas, esclarece que a chamada terapia genética consiste na transferência, com finalidades terapêuticas, de material genético para as células de uma pessoa. Da mesma forma, a terapia genética pode utilizar-se de células-tronco (células germinativas) embrionárias ou células-tronco adultas (células somáticas).

De acordo com Barroso (2008, p. 7), as pesquisas com as células-tronco embrionárias têm por objetivo encontrar a cura de doenças como “as atrofias espinhais progressivas, as distrofias musculares, as ataxias, a esclerose lateral amiotrófica, a esclerose múltipla, as neuropatias e as doenças de neurônio motor, a diabetes, o mal de Parkinson”, dentre outras.

Cumprido trazer a baila, ainda, os ensinamentos de Tavares, *in verbis*:

[...] a potencialidade terapêutica das células-tronco embrionárias na cura de doenças graves que afligem a humanidade poderá justificar seu uso em certas circunstâncias, desde que sua autorização seja feita com parcimônia. Por serem capazes de gerar qualquer órgão do corpo humano, as células-tronco embrionárias são infinitamente mais preciosas para a ciência do que as células-tronco adultas, que esbarram na limitação de sua capacidade de reprodução, por serem multipotentes ou até unipotentes (TAVARES, 2006, p. 498).

Posta assim a questão, pode-se passar à análise da constitucionalidade formal e material do art. 5º da Lei de Biossegurança, objeto da ação de inconstitucionalidade acima comentada, o que se passa a fazer nesse ponto.

### **3.4. Princípios bioéticos e a constitucionalidade formal e material do art. 5º da Lei de Biossegurança**

Estabelecidos alguns aspectos importantes sobre o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, bem como o esclarecimento a respeito dos princípios que circunscrevem a relação entre pesquisadores e objeto de pesquisa, resta verificar a constitucionalidade da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, conhecida como Lei de Biossegurança, mais precisamente o art. 5º desta lei, que no ordenamento brasileiro elenca as normas de conduta para tal procedimento.

Uma lei é formalmente constitucional quando obedece aos procedimentos prescritos na Constituição para sua elaboração e posterior sanção. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 1321), “a doutrina tradicional considera que os vícios formais de lei incidem sobre o procedimento constitucionalmente estabelecido para a formação das leis e sobre o acto-lei, como momento terminal desse processo”.

O conjunto de atos previstos na Constituição para a criação de leis denomina-se processo legislativo, composto por cinco fases: iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, e por fim, promulgação e publicação (SILVA, 2006, p. 524-525).

A Constituição da República de 1988 estabelece, em seu art. 64, que “os projetos de lei de iniciativa do Presidente da República terão início na Câmara dos Deputados”. E ainda, em seus arts. 65 e 66, determina que “o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”, e que a “Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará” (BRASIL, 1988).

A Lei de Biossegurança é uma lei ordinária, resultado de um projeto de lei de iniciativa do Presidente da República que foi encaminhado a Câmara dos Deputados em 03 de outubro de 2003.

Inicialmente elaborada para regulamentar organismos geneticamente modificados e seus derivados, recebeu durante sua tramitação na Câmara mais de trezentas sugestões de emendas. No entanto, a “proposta do Ministro da Coordenação Política, Aldo Rebelo, permitindo a pesquisa de células-tronco embrionárias, foi engavetada” (OLIVEIRA, 2007, p. 79).

Ato contínuo, a Câmara dos Deputados aprovou o texto de lei em que constava a proibição do uso de células-tronco embrionárias para pesquisa terapêutica. Contudo, ao chegar ao Senado, “muitos senadores mostraram-se favoráveis a derrubar esta proibição”, sendo apresentada emenda para liberação da pesquisa pelo então senador Tasso Jereissati (OLIVEIRA, 2007, p. 80).

No mês de outubro de 2004 o projeto de lei voltou a Câmara, após aprovação pelo Senado, texto que permitia apenas a utilização “para pesquisa de embriões congelados a mais de três anos em clínicas de fertilização”, vedando a utilização terapêutica das células-tronco (OLIVEIRA, 2007, p. 80).

Quando a matéria seria votada novamente na Câmara dos Deputados, em março de 2005, “o Ministro da Ciência e Tecnologia, Eduardo Campos, acompanhado do médico Dráuzio Varela e da geneticista Mayana Zats”, com o auxílio de organizações não governamentais que também tinham interesse nestas pesquisas, se encontraram com o, à época, presidente da Câmara, Severino Cavalcanti, no intuito de esclarecê-lo quanto aos benefícios da liberação da pesquisa com células-tronco com fins terapêuticos. E, finalmente, em 24 de março de 2005, a lei foi sancionada, e publicada em 28 de março de 2005 (OLIVEIRA, 2007, p. 80).

Acerca da votação da referida Lei, assim disserta Barroso:

A suprema corte atua como intérprete da razão pública, impondo o respeito aos consensos mínimos consubstanciados na Constituição, mas respeitando a deliberação política majoritária legítima. Pois bem: no caso específico, a manifestação do Congresso foi inequívoca, mediante votação expressiva na Câmara dos deputados (85% dos parlamentares presentes votaram favoravelmente) e no Senado Federal (53 votos favoráveis contra 2) (BARROSO, 2008, p. 22).

O controle formal, na visão de Bonavides (2005, p. 297-298) “está volvido assim para aspectos tão somente formais, não ajuizando acerca do conteúdo ou substância da norma impugnada”.

A lei em questão recebeu corretamente o *status* residual de ordinária, por seu conteúdo não estar mencionado na Constituição como de atribuição de qualquer norma específica, como lei complementar ou emenda constitucional, por exemplo.

Quanto à legitimidade de iniciativa do projeto de lei, de acordo com o art. 61, *caput*, do texto constitucional, o Presidente da República está apto para tal função, a saber:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição (BRASIL, 1988).

O projeto de lei passou em diversas comissões, sendo realizadas, inclusive, sessões conjuntas da Comissão de Assuntos Econômicos, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e da Comissão de Assuntos Sociais. Nestas comissões foram ouvidos vários especialistas a fim de dar subsídios para a elaboração dos pareceres.

A referida lei foi votada nas duas Casas, com amplo debate no plenário, por maioria simples, conforme previsto no art. 47 da Constituição da República de 1988, disposição esta também residual, visto não ser previsto *quorum* especial (maioria absoluta) para lei ordinária, *in verbis*: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros” (BRASIL, 1988).

Cumprido trazer a baila, neste ponto, os ensinamentos de Barroso:

Embora o entendimento dominante seja o de que não existe hierarquia entre ambas, mas apenas uma definição constitucional de competências para cada qual, o quorum de aprovação de lei ordinária é o de maioria simples (art. 47), enquanto a lei complementar exige maioria absoluta (art. 69) (BARROSO, 2008, p. 28).

Portanto, da análise dos dados apresentados, verifica-se que a Lei 11.105/2005 é formalmente constitucional, uma vez que não apresenta qualquer vício de procedimento entre a iniciativa do projeto de lei e sua sanção.

Verificada a constitucionalidade formal da Lei de Biossegurança, passar-se-á a análise da sua constitucionalidade material, mais especificamente, a constitucionalidade material do art. 5º e §§ desta, atacado pela ADI 3.510.

Ao falar sobre o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, Canotilho assevera:

Os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 890).

Como mencionado alhures, a tese do Procurador Geral da República aduz que a vida se inicia com a fecundação (penetração do espermatozoide no óvulo) e que, portanto, a utilização de embriões congelados para pesquisa com fins terapêuticos, e consequente destruição destes embriões, violaria dois pilares do ordenamento jurídico brasileiro: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

O primeiro ponto a ser ponderado, em oposição aos argumentos apresentados na ação, é sobre quando se inicia a vida. É sabido que o direito brasileiro estabelece que o fim da vida ocorre com a morte cerebral, por conseguinte, adotando-se a mesma linha de pensamento, o início da vida se daria com pelo menos algum rudimento de atividade cerebral, que acontece após 14º dia depois da fecundação.

Os embriões, contudo, são congelados “no estágio do zigoto unicelular, (ii) clivados (2 a 8 células) ou (iii) em blastocisto (a partir do 5º dia do desenvolvimento in vitro) e nunca depois do 14º dia”, portanto sem qualquer atividade cerebral (BARROSO, 2008, p. 15).

Uma análise do Código Civil demonstra, ainda, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”, sendo pessoa aquele que nasce com vida, assegurando todavia o direito do nascituro, que para muitos civilistas é aquele que tem o nascimento como “fato certo” e deve “estar em desenvolvimento no útero da mãe”, como já demonstrado (BARROSO, 2008, p. 13).

Logo, se o embrião congelado não é pessoa, pois não nasce e também não é nascituro, visto que não foi implantado no útero materno, inconcebível dar-lhe os mesmos direitos assegurados ao homem, como pontua Vieira:

Reconhecer que o embrião tem vida significa que estejamos dispostos a equipará-lo moral e juridicamente a uma pessoa. Seria como comparar uma semente de jacarandá encontrada no chão da floresta com uma árvore centenária que protegemos com nossa legislação ambiental. A dor de ver uma semente sendo comida por um passarinho não é equiparável àquela de ver uma árvore derrubada por um raio (VIEIRA, 2007, p. 24).

Vale lembrar que aqui não se fala de embriões com expectativa de vida, mas de embriões inviáveis, que serão descartados pelas clínicas de fertilização, nem tão pouco que embriões não devam ser protegidos pelo Estado. O que se defende é que esta proteção não deve ser a mesma dada ao ser humano (VIEIRA, 2007, p. 24).

De acordo com Barroso (2008, p. 9-10), existem inúmeras concepções a respeito do início da vida, baseadas em vários critérios, sem que haja um consenso, ocorrendo o que “a filosofia moderna denomina de desacordo moral razoável” e salienta:

Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas. Foi exatamente isso que o fez a Lei nº. 11.105/2005 ao exigir, em qualquer caso de pesquisa com células-tronco, “o consentimento dos genitores” [...] o Congresso Nacional assegurou o direito de cada um decidir, de acordo com seus valores pessoais (BARROSO, 2008, p. 10).

Observa-se que a Constituição da República de 1988 não traz em nenhum de seus artigos o momento em que a vida se inicia, pois o constituinte foi silente em relação a este aspecto. Neste diapasão, a então Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, em seu voto sobre a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, afirmou não ser tarefa do Supremo Tribunal Federal “estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal”, e ainda que “a introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade” com a Constituição.

O segundo aspecto a ser analisado diz respeito à violação ou não da dignidade da pessoa humana. Pois bem. Se as ponderações sobre o direito à vida levaram ao estabelecimento da premissa de que o embrião não é pessoa, consequentemente não há que se falar em dignidade da pessoa humana. Todavia, em relação a este princípio do ordenamento pátrio, cabem algumas considerações.

O embrião congelado possui a potencialidade de se tornar um ser humano, portanto, mesmo que não comparado à pessoa, deve receber um tratamento diferenciado, é o que defende Barroso, citando Barbosa:

[...] 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. [...] No momento, parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma ‘tutela particular’, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o

respeito devido a um ser que não pode ser coisificado (BARBOSA *apud* BARROSO, 2008, p. 16).

Esse tratamento diferenciado é levado em conta na Lei de Biossegurança, que proíbe a produção de embriões exclusivamente para pesquisa. Ora, são utilizados para retirada das células-tronco apenas aqueles oriundos do processo de reprodução *in vitro*, e que por algum fator, alheio à pesquisa, tornaram-se inviáveis à reprodução. Em outras palavras, seu potencial de se transformar em um ser humano não é negligenciado em nome da pesquisa científica (BARROSO, 2008, p. 17-18).

Ainda em relação ao tema da dignidade da pessoa humana, Vieira (2007, p. 24) lembra o respeito que se deve ter em relação à dignidade das pessoas que podem ser beneficiadas por esta pesquisa:

[...] O terceiro aspecto preocupante do argumento levado a cabo pelo ex-Procurador-Geral da República é a sua omissão em relação à dignidade e à própria vida de milhões de pessoas humanas que sofrem doenças graves e letais, como Parkinson, diabetes, doenças coronárias ou lesões de medula, que poderiam ser beneficiadas com o progresso nas pesquisas com células-tronco. Ao elevar o embrião inviável à condição de ser humano, o sofrimento de milhares de seres humanos reais está sendo relegado à mais absoluta irrelevância. E essa não parece ser uma escolha moralmente adequada por quem luta em favor da vida (VIEIRA, 2007, p. 24).

Um estudo um pouco mais abrangente da Lei de Biossegurança em relação à Constituição deixa transparecer outros princípios relacionados a presente discussão, e que confirmariam a constitucionalidade material do dispositivo legal, como, por exemplo, o princípio da liberdade e o princípio da paternidade responsável.

O direito constitucional à liberdade, para seu entendimento, requer a elucidação de alguns conceitos. Liberdade pressupõe agir de forma correta, dentro dos limites éticos estabelecidos por determinada sociedade. Logo, liberdade impõe obrigações, ou seja, esses limites éticos não permitem, por exemplo, que para que se exerça a liberdade possa invadir a seara de outra pessoa do grupo social. E ainda, de acordo com Silva (2005, p. 232), “liberdade opõe-se a autoritarismo, a deformação da autoridade; não, porém, a autoridade legítima”. Então, tendo em mente que o ordenamento jurídico permite que as famílias se utilizem das técnicas de fertilização assistida, seria lícito que este mesmo ordenamento podasse a liberdade destas famílias de dizerem qual o destino do material genético proveniente destes procedimentos? Ao responder-se afirmativamente a esta pergunta, estar-se-

ia indo de encontro não somente ao princípio da liberdade, mas também ao da paternidade responsável.

Isto posto, entende-se que o art. 5º e seus parágrafos, da Lei 11.105/2005, é materialmente constitucional, por não estar em conflito com nenhum dispositivo da Constituição. Pelo contrário, a regulação legal das pesquisas biomédicas e biotecnológicas traz consigo segurança jurídica, em um terreno onde a linha entre o ético e o não ético é tênue. Aliás, nas palavras de Barroso (2008, p. 14), “até o advento da Lei nº. 11.105/2005, não havia qualquer disciplina jurídica para esta entidade: embrião produzido em laboratório, mediante processo de reprodução assistida”.

Em um Estado laico, não se pode permitir que a interpretação constitucional seja pautada por crenças estranhas ao seu conteúdo. Não há qualquer previsão constitucional que entenda o embrião como pessoa sujeito de direitos e protegido pelo Estado da mesma forma que as pessoas nascidas com vida, ou mesmo ao nascituro.

Portanto, o art. 5º da Lei de Biossegurança, ao invés de ferir o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, na verdade contribui para que estes direitos sejam garantidos a um maior número de pessoas, na medida em que, o resultado das pesquisas por ele permitidas, pode modificar completamente a qualidade de vida de uma parcela de brasileiros que hoje sofrem com diversas síndromes ou com doenças degenerativas.

## **CAPÍTULO IV – PONDERAÇÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NA PESQUISA E TERAPIA**

No primeiro capítulo do presente estudo foram tecidas algumas considerações acerca do início da vida humana, assim como se viu a importância da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, e mais adiante a intrínseca relação entre os tais conceitos e os questionamentos bioéticos acerca do uso terapêutico das células troncos embrionárias, um dos temas recorrentes nas discussões médicas, jurídicas, e que acaba por envolver diversos segmentos da sociedade.

Viu-se, ainda, que a questão ganha relevância quando se busca discutir a destinação dos embriões excedentes, situação que ganhou evidência após o advento da Lei da Biossegurança, e da ADIN 3510, principalmente no que se refere à possibilidade de pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias.

Busca-se tecer, neste ponto, algumas considerações acerca da legitimidade da utilização de células-tronco embrionárias, partindo da premissa de que se trata de embriões excedentes, ou seja, não se preconiza a fertilização para unicamente voltada às pesquisas, mas sim a utilização terapêutica dos embriões que não foram implantados, e que serão descartados.

Anote-se que a Lei de Biossegurança, em seu art. 5º expressamente dispõe que:

[...] 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;

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 do congelamento (BRASIL, 2005).

O parágrafo primeiro do supracitado artigo exige o consentimento dos genitores para a utilização dos embriões criopreservados, em qualquer das hipóteses acima, consentimento este que deve ser livre e esclarecido, no qual haja

expressa previsão acerca da destinação para fins de pesquisa e/ou terapia das células-tronco embrionárias.

Não se pode ignorar, ainda, que as pesquisas estão condicionadas à aprovação pelos comitês de ética em pesquisa, o que implica dizer que as células-tronco embrionárias, não serão utilizadas ao bel prazer dos pesquisadores, devendo observar, para tanto, um amplo procedimento (MINAHIM, 2005, p. 160).

A importância do uso terapêutico das células-tronco embrionárias, segundo Minahim (2005, p. 161), é de importância impar para o desenvolvimento da ciência, devido ao poder que as células embrionárias possui de transformarem-se em tecidos futuros, permitindo que enfermos incuráveis tenham esperança quando à utilização de tais células, que podem funcionar como celular substitutas em tecidos lesionados, para diversas patologias, dentre as quais se pode citar a diabetes, a paralisia cerebral, a esclerose múltipla, doenças degenerativas, leucemia, etc.

Neri (2004, p. 85) ressalta, ainda, a utilização das células-tronco embrionárias para a construção de medicamentos eficazes e seguros, “pois terão em vista fornecer ao organismo unicamente aquilo que ele tem necessidade, sendo que graças à farmacogenética pode-se administrar esses medicamentos na dose certa e ao paciente certo”.

O autor supracitado defende a importância de tais pesquisas não apenas pelos argumentos citados, pois ressalta também a possibilidade de se criar, futuramente, órgãos internos, solucionando o grave problema dos transplantes de órgãos, que levam inúmeros indivíduos à morte todos os anos (NERI, 2004, p. 95).

Acontece que a utilização terapêutica de células-tronco embrionárias não é tema isento de discussões, sendo levantados diversos argumentos favoráveis e contrários à sua utilização, seja do ponto de vista ético, jurídico, moral, religioso, percebendo-se inclusive falta de conhecimento de inúmeros indivíduos que se põem a criticar a sua utilização sem, contudo, analisar a legitimidade do uso terapêutico de tais células.

No que toca os aspectos éticos, percebe-se uma grande preocupação com o que se denominada “embriões excedentes” e o momento em que se atribui a tais embriões o direito à vida e, por conseguinte, o respeito à dignidade.

Logo, os segmentos contrários à utilização terapêutica das células-tronco embrionárias, defendem o início da vida com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, ou seja, aderem à Teoria Concepcionista, o que implica dizer que

toda e qualquer utilização de tais células seria medida afrontosa ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, haja visto a sacralidade da vida (NERI, 2004, p. 158).

A título de exemplo, a Igreja Católica, por meio da *Donum Vitae* (1987, p. 22), posicionou-se contrária à toda e qualquer pesquisa com células-tronco embrionárias, por se tratar de conduta imoral. Logo aos olhos da Igreja Católica, as intervenções em embriões são afronta à vida e à integridade.

Segundo Neri (2004, p. 97), aqueles que se opõem à utilização terapêutica das células-tronco embrionárias defendem, ainda, que o bem estar da coletividade jamais poderá ser obtido partindo da morte de seres humanos, ainda que no início de seu desenvolvimento, como ocorre com os embriões.

Em suma, Böhmer (2002, p. 84) afirma que o uso terapêutico de células-tronco embrionárias traz a baila vários problemas, pois são incertas as promessas de cura esperadas com a pesquisa; tais pesquisas ligam-se diretamente à eliminação de embriões; e, por fim, que não há suficiente reflexão acerca do tema em contraposição aos valores fundamentais.

Lado outro se encontram os defensores da utilização terapêutica de células-tronco embrionárias, e partem do argumento de que o embrião nada mais é que um aglomerado de células indiferenciadas, não podendo ser concebida como vida humana.

Segundo Neri (2004, p. 172-174), apesar das divergências morais, parece mais acertada a afirmativa de que o embrião não é “pessoa”, ou seja, enquanto zigoto, não haverá afronta ao direito à vida, o que somente ocorreria após a implantação do embrião no útero materno.

Ademais, estar-se-ia assegurando o bem estar social, pois a utilização das células-tronco embrionárias permitira a cura de inúmeras enfermidades, valor que se sobrepõe à mera expectativa de vida, principalmente se consideradas as limitações estabelecidas pela Lei de Biossegurança, sendo as pesquisas imprescindíveis ao desenvolvimento e progresso da ciência médica.

Os argumentos acima levam a perceber que apesar da autorização das pesquisas com células-tronco embrionárias, a questão envolve discussões das mais diversas ordens, já que envolve questões acerca do início da vida, a dignidade da pessoa humana e os princípios bioéticos.

Resta claro, portanto, que não há como se negar a legitimidade do uso de células-tronco embrionárias, pois permite a cura à doenças, o prolongamento do

direito à vida, o desenvolvimento das pesquisas científicas, sem que haja afronta ao direito à vida, pois os embriões criopreservados, utilizados terapeuticamente, em observância aos princípios bioéticos e aos preceitos legais, são de suma importância ao desenvolvimento da ciência médica, além de encontrar guarida no ordenamento jurídico brasileiro e proporcionar o desenvolvimento sustentável do Estado Democrático de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo buscou-se compreender as implicações jurídicas do uso terapêutico de células-tronco embrionárias, discussão que passou pela análise da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permite a pesquisa científica com células-tronco embrionárias com fins terapêuticos, confrontando tal autorização com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

O tema abordado foi amplamente discutido por ocasião da votação, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 3.510/2005, que buscava ver declarada a inconstitucionalidade do supracitado dispositivo legal, ação esta que foi julgada improcedente. Porém, viu-se que apesar da votação unânime no sentido de considerar que o art. 5º da Lei de Biossegurança não feria os direitos citados, as discussões não cederam, o que comprova o terreno arenoso em que está assentada a matéria.

O foco principal do presente estudo estava em apontar as implicações jurídicas das pesquisas com células-tronco embrionárias, por exigirem a destruição de embriões, pois tal discussão traz a baila conflitos entre os direitos fundamentais à vida e a dignidade da pessoa humana, ou melhor, se os embriões, produzidos em laboratório para fertilização *in vitro*, e que devido a algum fator externo à pesquisa tenham se tornado inviáveis à reprodução, estariam amparados pelos direitos constantes no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com o interesse de constituir subsídios teóricos para o enfrentamento do problema de pesquisa, foi realizada também uma pesquisa bibliográfica sobre direitos fundamentais, abrangendo suas origens, seu conceito, e como foram sendo inseridos na sociedade, sem prejuízo da diferenciação entre princípios e regras, uma vez que de acordo com a natureza jurídica dos direitos fundamentais estes podem se apresentar tanto como princípios quanto como regras, ponderando, contudo, que é na resolução de conflitos ou colisões que suas diferenças se apresentam de forma mais clara, visto que os resultados se mostram de forma completamente distinta.

Outrossim, viu-se que o direito à vida, consagrado como direito fundamental na Constituição da República de 1988, se apresenta como preexistente a qualquer direito, englobando duas vertentes, o direito de existência e o direito a um adequado

nível de vida. Constatou-se a importância de proteger a vida não do só do homem como indivíduo, mas também do homem como espécie.

Quanto à dignidade da pessoa humana, constatou-se que o homem deve ser visto como fim do Estado e não como meio para alcançar determinados objetivos, repudiando-se qualquer tentativa de instrumentalização do ser humano. A dignidade da pessoa humana possui uma dimensão dúplex, de autonomia e de proteção, posto que ao mesmo tempo em que traz a ideia de autodeterminação do ser humano, carrega consigo a noção de proteção do Estado em relação a este mesmo ser humano.

Embora de extrema importância para o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto, visto que ora se apresenta como regra, e neste contexto verifica-se se foi violada ou não, ora princípio, e neste caso conduz a diferentes graus de realização, dependendo das condições apresentadas no caso concreto.

Ainda, abordou-se como ocorre o controle de constitucionalidade das normas, destacando-se a importância de um ordenamento jurídico em harmonia com o texto constitucional, por ser este um reflexo da vontade soberana da sociedade civil. Viu-se os principais aspectos do controle de constitucionalidade, para posteriormente entender como este acontece no ordenamento jurídico pátrio, onde o controle difuso é realizado via exceção e o controle concentrado via ação, culminando com um estudo sobre a inconstitucionalidade formal e material do art. 5º da Lei de Biossegurança.

Por fim, estudou-se os principais pontos que envolvem a polêmica do uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, e o esclarecimento de conceitos concernentes ao ramo da biologia, mais precisamente ligados à reprodução humana e manipulação das células-tronco, bem como se realizou a análise propriamente dita da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

A princípio, mostrou-se a tese da ação de inconstitucionalidade do referido artigo, que em suma alegava que a vida se inicia no momento da fecundação e que portanto, a destruição dos embriões para a pesquisa implicaria em uma afronta ao direito constitucional à vida e a dignidade da pessoa humana. Posteriormente, foram destacados os critérios para obtenção dos embriões, com as exigências e proibições da lei, bem como o resultado da votação da ADI 3.510 no Supremo Tribunal Federal.

Para uma melhor ponderação da constitucionalidade material da lei de biossegurança, abordou-se, além dos conceitos científicos a respeito da matéria, os princípios bioéticos que norteiam as decisões na seara da biomedicina e da biotecnologia.

Finalmente, fez-se a análise da constitucionalidade da lei, constatando-se que a mesma é formalmente e materialmente constitucional: formalmente, posto que se observando a tramitação da referida lei, esta não apresentou qualquer vício de procedimento entre a iniciativa do projeto e sua sanção; materialmente, por não estar em conflito com nenhum dispositivo da Constituição.

Logo, uma análise sistemática da constituição, tendo em vista os vários princípios nela inseridos, leva a concluir que a utilização de células-tronco embrionárias não fere o Estado Democrático de Direito, nem tão pouco coloca em risco o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pois inexistente qualquer previsão constitucional que entenda o embrião como pessoa sujeito de direitos e protegido pelo Estado da mesma forma que as pessoas nascidas com vida, ou mesmo o nascituro.

Portanto, o art. 5º da Lei de Biossegurança, ao invés de ferir o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, contribui para que estes direitos sejam estendidos a um maior número de pessoas, na medida em que, o resultado das pesquisas por ele permitidas, pode modificar a qualidade de vida de pessoas que não conseguem vivê-la em sua plenitude, e que veem nestas pesquisas uma chance de usufruir deste direito de forma digna.

Por isso a Lei de Biossegurança é uma maneira de limitar a ação dos cientistas e dar segurança jurídica sobre o rumo a ser tomado, cenário no qual a Bioética e o Biodireito tentam auxiliar na formação de diretrizes de ação para a sociedade, que ainda tem dificuldades ao lidar com as novas descobertas científicas e o impacto que estas podem causar aos valores sociais estabelecidos até então.

Por fim, cumpre salientar que restou evidenciada a compatibilidade da norma que permite a pesquisa com células-tronco embrionárias com a Constituição da República de 1988, e que coincide com o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, ou seja, norma plenamente constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BÖHMER, Maria. **Pesquisa em células-tronco humanas com responsabilidade política**. Trad. Jutta Gruetzmacher. Cadernos Adenauer. Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 71-85, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%E7ao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm). Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Lei 10.406, de 1º de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**: Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – 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. 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: 12 jan. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. 3 reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2007a.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. revista e atualizada conforme a Lei nº. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdade individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRAHL, Renato Hartwig. **Jurisdição do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERI, Demetrio. **A bioética em laboratório: células-tronco, clonagem e saúde humana**. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2004.

OLIVEIRA, Alcyone da Costa. **Considerações constitucionais sobre a pesquisa e aplicação terapêutica das células-tronco**. Revista de Direito Privado, São Paulo, ano 8, v. 30, p. 74-90, abr./jun. 2007.

OLIVEIRA, Fátima. Direitos humanos, bioética , gênero e Feminismo. *In*: SILVA, Reinaldo Pereira; Fernanda Brandão Lapa (Org.). **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC, p.89-118, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Ana Thereza Meirelles Araújo. **Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal**. Revista de Direito Privado, Florianópolis, nº. 30, p. 251-264, 2007.

POLLETI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ROCHA, Renata. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo W. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Células-tronco embrionárias**: que vida, biológica ou moral? Revista Jurídica Consulex. Ano XI n. 253, p. 24, 2007.