



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CÍCERO ERNANY ALVES QUERINO

TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO *IN VITRO*

SOUSA - PB
2007

CÍCERO ERNANY ALVES QUERINO

TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO *IN VITRO*

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB
2007

Cícero Ermany Alves Querino

TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO *IN VITRO*

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em de de 2007.

Prof^ª. Esp. Maria dos Remedios de Lima Barbosa - UFCG
Orientadora

Nome – Titulação - Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação - Instituição
Professor(a)

Àquele que é chamado Príncipe da Paz (Is 9:6), Deus Forte (Is 9:6), Maravilhoso, Conselheiro (Is. 9:6), Santo de Deus (Mc 9:24), Cordeiro de Deus (Jo 1:29), Autor da Vida (At 3:15), Senhor Deus (Ap 15:3), Todo-Poderoso, Leão da Tribo de Judá (Ap 5:5), Raiz de Davi (Ap 22:16), Verbo da Vida (1 Jo 1:1), Autor e Consumador da Fé (Hb 12:2), Advogado (1 Jo 2:1), O Caminho (Jo 14:6), Sol Nascente (Lc 1:78), Senhor de Todos (At 10:36), Eu Sou (Jo 8:58), Filho de Deus (Jô 1:34), Pastor e Bispo das Almas (1 Pe 2:25), Messias (Jô 1:41), A Verdade (Jô 14:6), Salvador (2 Pe 2:20), Pedra Angular (Ef 2:20), Rei dos Reis (Ap 19:16), Reto Juiz (2 Tm 4:8), Luz do Mundo (Jô 8:12), Cabeça da Igreja (Ef 1:22), Estrela da Manhã (Ap 22:16), Sol da Justiça (At 4:2), Supremo Pastor (1 Pe 5:4), Ressurreição e Vida (Jô 11:25) Plena Salvação (Lc 1:69), Guia (Mt 2:6), o Alfa e o Omega (Ap 1:8) – a ti, Jesus.

AGRADECIMENTOS

A Deus: “Não tenho palavras para agradecer Tua bondade, dia após dia, me cercas com fidelidade. Nunca me deixes esquecer, que tudo o que tenho, tudo o que sou, e o que vier a ser, vem de Ti Senhor! Dependo de Ti, espero em Ti, sozinho nada posso fazer”. Obrigado!

A painho e a mainha: pelo amor e atenção a mim dedicados. Amo vocês!

A meu irmão Thiago: pela valorosa amizade que nos une. Valeu!

A mamãe: minha querida avó, meu exemplo sublime de honradez e determinação. Estou com saudades...

As minhas tias-mães: por terem participado de todos os momentos da minha vida. Isso foi *muito* importante para mim!

A minha namorada: presente de Deus em minha vida. “De tudo ao *meu amor* serei atento...”

As minhas amigas Patrícia e Kallyne: por todas as vezes que nós brincamos, choramos, sorrimos, conversamos, estudamos (nem tanto!), planejamos nosso futuro; por vocês fazerem parte para sempre, mesmo que, a partir de agora, distantes, da minha vida. Muito obrigado por tudo!

Aos meus amigos Reinaldo, Nívia e Marília: pelas pessoas de bom caráter que vocês são.

A minha querida professora orientadora, Maria dos Remédios Lima Barbosa: pela professora amiga que é e por todo o ensinamento comigo compartilhado sobre Direito Civil (I, III, V e VII) e ainda o “VIII” (que tem como fruto maior este trabalho).

A todo o CCJS: por ter sido durante todo esse tempo o meu segundo lar e local onde eu pude desenvolver-me intelectualmente, mas, acima de tudo, onde eu aprendi a respeitar o próximo, por mais diferente que ele seja de mim. E, portanto, a todos os professores e funcionários desta casa, pelo esmero com que conduzem os seus trabalhos, e aos demais estudantes, que juntamente comigo tiveram o *privilégio* de estudar nesta Faculdade. A Deus sou grato por isso!

Enfim, a todos aqueles que de alguma forma ajudaram-me na realização deste grandioso sonho – agradeço!

“Não há limite para a produção de livros, e estudar demais deixa exausto o corpo. Agora que já se ouviu tudo, aqui está a conclusão: tema a Deus e obedeça aos seus mandamentos, porque isso é o essencial para o homem”.

(Eclesiastes, 12b-13).

RESUMO

O presente trabalho, cujo enfoque consiste na tutela jurídica concedida ao embrião humano *in vitro*, tem como objetivo analisar a proteção deferida aos embriões excedentários surgidos das novas técnicas artificiais de reprodução assistida, denominadas FIVET (Fecundação *In Vitro* com Transferência do Embrião), que visam dirimir ou, pelo menos, atenuar alguns dos problemas relacionados à infertilidade. A importância deste estudo envolve o fato de se averiguar se o embrião crioconservado ou criopreservado, vulgarmente intitulado “bebê de proveta”, é considerado sujeito de direito ou objeto para o ordenamento jurídico nacional. Para o alcance do objetivo proposto, este estudo foi baseado no método dedutivo, em pesquisa bibliográfica, utilizando-se da hermenêutica jurídica norteada pelas Escolas Histórico-evolutiva e Exegética, para apuração dos conceitos de alguns institutos jurídicos – pessoa, sujeito de direitos, personalidade jurídica e os direitos a ela inerentes e capacidade jurídica – demonstrando sua possível aplicabilidade em relação ao amparo jurídico do embrião humano *in vitro*. *A posteriori*, examinou-se como se dão a reprodução humana assistida, seus tipos e conseqüências, tais como: possibilidade de alegação de *estupro científico*; uso de procedimentos para obtenção do embrião geneticamente superior, ou seja, práticas eugenésicas; transplante de embrião humano para o útero de um animal, e vice-versa; probabilidade considerável de incesto, etc. Os quais constituem-se, como percebido, num verdadeiro dilema que os ordenamentos jurídicos de vários países tem a resolver. Outrossim, analisaram-se alguns dispositivos legais, que tratam do assunto, como a Resolução do Conselho Federal de Medicina e a nova Lei de Biossegurança, além dos princípios que subjazem o sistema jurisdicional brasileiro, como os essenciais princípios da dignidade da pessoa humana e da não instrumentalização (*coisificação*) da vida humana. Destarte, de acordo com a pesquisa feita, verifica-se a necessidade de resguardar o embrião *in vitro*, em razão de sua natureza humana, evidenciando-se, como é imperioso, a determinação de valores morais universais para se definir os limites do desenvolvimento das ciências biotecnológicas em face da conservação do valor fundamental: *o ser humano*.

Palavras-chave: reprodução assistida. embrião *in vitro*. sujeito de direitos. dignidade da pessoa humana. não instrumentalização da vida humana.

ABSTRACT

The present work, whose focus consists of the juridical protection granted to the human embryo in vitro, has as objective to analyze the protection granted to the excess of embryos whose appeared from the new artificial techniques of attended reproduction, denominated FIVET (Fecundation In Vitro with Transfer of the Embryo), that seek to solve or, at least, to lessen some of the problems related to the infertility. The importance of this study involves the fact of being discovered if the embryo deep-frozen- conserved or deep-frozen-preserved, commonly entitled "test tube baby", is considered subject of right or object for the national juridical decree. For the reach of the proposed objective, this study was based on the deductive method, in bibliographical research, utilizing the juridical hermeneutice orientated by the Historical-evolutionary and Exegetice Schools, for verification of the concepts of some juridical institutes - person, subject of rights, juridical personality and the rights to its inherent and juridical capacity - demonstrating the possible applicability in relation to the juridical protection of the human embryo in vitro. At posteriori, was examined how attended human reproduction works, their types and consequences, such as: possibility of allegation of scientific rape; use of procedures for obtaining of the embryo genetically superior, in other words, eugenic practices; transplant of human embryo in the uterus of an animal, and vice-versa; considerable probability of incest, etc. This concepts are constituted, as noticed, in a true dilemma that the juridical decrees of several countries has to solve. Likewise, some legal devices were analyzed, which treat of this matter, as the Resolution of Federal Council of Medicine and the new Law of Biosecurity, besides the underlying principles of the brazilian jurisdictional system, as the essentials principles of the human's dignity and of the non instrumentality of the human life. Like this, in agreement with the done research, the need of protecting the embryo in vitro is verified, in reason of his human nature, being evidenced, as it is imperious, the determination of universal moral values to define the limits of the development of the biotechnological sciences in face of the conservation of the fundamental value: the human.

Word-keys: attended reproduction. embryo in vitro. subject of rights. human's dignity. non instrumentality of the human life.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	10
1.1 Critério Religioso sobre o início da vida humana.....	12
1.2 Critério Biológico sobre o início da vida humana.....	13
1.3 Critério Jurídico sobre o início da vida humana.....	13
1.4 Evolução Histórica do conceito de pessoa.....	16
1.5 Conceito de personalidade jurídica.....	17
1.5.1 Os direitos da personalidade.....	18
1.5.2 Evolução Histórica dos direitos da personalidade.....	19
1.5.3 Conceito dos assim denominados “direitos da personalidade”.....	20
1.5.4 Caracteres essenciais dos direitos da personalidade.....	21
1.5.5 Classificação dos direitos da personalidade.....	23
1.6 Capacidade jurídica.....	24
CAPÍTULO 2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	26
2.1 Lineamento histórico da reprodução assistida.....	28
2.2 Tipos de fecundação <i>in vitro</i>	29
2.3 Conseqüências ético-jurídicas da FIVET (fecundação <i>in vitro</i> com transferência do embrião.....	30
2.4 Enquadramento do problema no direito comparado.....	37
2.4.1 Espanha.....	38
2.4.2 Alemanha.....	39
2.4.3 Reino Unido.....	40
2.4.4 França.....	41
CAPÍTULO 3 A PROTEÇÃO DO EMBRIÃO HUMANO <i>IN VITRO</i> NO DIREITO BRASILEIRO.....	42
3.1 Análise da Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.....	42
3.2 Exame da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biosegurança.....	45
3.3 O enfrentamento da matéria do Supremo Tribunal Federal.....	48
3.3.1 A primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal.....	49
3.4 O princípio da dignidade humana.....	51
3.5 Direito à existência e o direito de nascer.....	52
3.6 Direito à identidade pessoal do ser humano.....	53
3.7 A santidade da vida humana <i>versus</i> qualidade de vida.....	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXOS.....	61

INTRODUÇÃO

A investigação científica em tela visará a análise da tutela jurídica dispensada ao embrião humano excedente criopreservado em laboratório. Cumpre ressaltar, assim, que com as novas técnicas biotecnológicas, o ser humano está sendo atemorizado por possibilidades nunca antes pensadas, as quais têm como finalidade a busca do *segredo da vida*.

Destarte, o progresso técnico-científico, em especial na área médico-biológica, tem trazido perplexidades para a humanidade com recentes descobertas envolvendo: a clonagem de seres humanos; modernas técnicas de reprodução artificial; possibilidade de criação de seres híbridos; experimentações com embriões humanos para atender a finalidades *cosméticas* ou para fabricação de *armas biológicas de extermínio*, entre tantas outras novidades que tanto proporcionam o “progresso” como o medo.

Assim, ladeado com os benefícios surgiram os malefícios, que vêm causando uma forte discussão ética e jurídica sobre algumas condutas médicas praticadas no âmbito da procriação assistida. Pois, como se sabe, estas inovações tecnológicas permitem que o embrião seja fertilizado fora do corpo materno, para posterior implantação. Por vezes essas condutas transgridem direitos fundamentais da pessoa humana, retirando desta forma a legitimidade de tal processo artificial.

No evolver do estudo, observar-se-á que no centro desta problemática aparece o embrião humano como protagonista da preocupação do Direito, já que é em função dele que todo o processo se instaura. Com ele surge a possibilidade de geração de uma nova vida. Todavia, o processo de fertilização extra-uterina envolve um número elevado de embriões, sendo que muitos deles se perdem por diversos motivos.

Nesse sentido, estes avanços tecnológicos nas denominadas ciências biomédicas trazem à tona diversas indagações jurídico-morais visando a se estabelecer os limites da compatibilização entre os valores ético-jurídicos e o progresso da biotecnologia.

É atribuição do Estado estabelecer através de lei, regras sobre o começo e o fim da personalidade da pessoa, bem como a capacidade e os direitos de família. É justamente neste ponto que o problema começa a ser delineado: a determinação do regime jurídico concernente ao embrião humano, nomeadamente na esfera constitucional em face dos direitos fundamentais.

Definir, por conseguinte, a tutela jurídica para o embrião é dizer quais serão os direitos atribuídos à este: se for considerado sujeito de direitos e de obrigações poderá gozar

das prerrogativas atribuídas às pessoas. Se, ao contrário, for considerado como um objeto, destituído da qualidade inerente a toda pessoa humana, receberá o tratamento de *coisa*.

“ Não obstante, parece de todo necessário empregar esforços para que se possa extrair do texto constitucional, mas não só dele, regras e diretrizes básicas para nortear uma resolução para os principais problemas verificados no campo técnico-científico, enquanto a legislação ordinária não estiver pronta, de forma satisfatória, para tratar especificamente destes assuntos.

Definido o objeto de estudo da presente investigação, compete delinear a seqüência e o desenvolvimento do tema. Isto posto, o trabalho está dividido em três capítulos, os quais serão apresentados da seguinte maneira:

No primeiro capítulo, será traçado o momento inicial da vida humana, de acordo com o ponto de vista das ciências jurídica, biológica, além do teológico e o estudo dos institutos de direito civil, tais como: pessoa; personalidade e os direitos a ela correlatos; enfatizando-se, neste caso, o direito à vida e seus corolários; e a capacidade jurídica.

No segundo capítulo, observar-se-á o surgimento dos modernos procedimentos de reprodução humana assistida, os quais se dividem em inseminação artificial e fertilização *in vitro*, dando-se especial destaque à última, explicitando, assim, os seus tipos e a vasta quantidade de conseqüências advindas desta técnica e suas implicações sócio-jurídicas. Além disso, far-se-á um breve estudo do direito comparado, tendo em vista, uma melhor noção de como o assunto em comento é tratado pelas diversas legislações.

No terceiro capítulo, examinar-se-á a questão no direito brasileiro, especialmente, com fulcro no que prescreve a resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina e a Lei nº. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), com o objetivo de entender como os embriões sobrantes são tratados por este ordenamento, além de se destacar o acontecimento da primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal, realizada para tentar definir quando tem início a vida humana. Outrossim, verificar-se-á a proteção dos embriões *in vitro* com base numa perspectiva principiológica, notadamente, no que tange, ao princípio da dignidade da pessoa humana e o da não instrumentalidade (*coisificação*) da vida humana.

“ O encerramento do trabalho será dado com a apresentação de breves conclusões sobre as idéias centrais da investigação.

Por fim, para a realização desta investigação, será procedida uma pesquisa bibliográfica na doutrina brasileira e estrangeira, entre as principais obras versando sobre este assunto. O método dedutivo será o utilizado na elaboração deste trabalho.

CAPÍTULO I INÍCIO DA VIDA HUMANA

Uma das problemáticas centrais na discussão ética sobre limites dos avanços biotecnológicos baseia-se na delimitação do início da vida humana.

Antes de adentrar nas teorias do início da vida humana, seria importante tentar definir em que consiste a vida. Nesse sentido, de acordo com o dicionário de Aurélio Buarque de Holanda (2001; p. 710), vida seria em uma primeira acepção:

Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução e outras.

Já para o dicionário jurídico, a palavra vida designa a força interna substancial, que anima ou dá ação própria aos seres organizados, revelando o estado de atividade dos mesmos seres.

Fica clara a dificuldade do estabelecimento de um conceito único e universalmente válido, diante da diversidade de conceitos existentes. Destarte, o que se sabe é que toda célula, todo organismo provém de outra célula ou organismo já existente. Daí a pergunta que surge: qual é a origem dessa célula primordial? Ou seja, qual a origem da vida?

Ao longo da história, destacaram-se algumas teorias sobre o assunto, dentre as quais:

a) Teoria Criacionista, também intitulada de Teoria da Criação, onde a vida teria sido criada na Terra por Deus; b) Teoria da Panspermia, a qual afirma ter a vida surgido na Terra proveniente de outro planeta, ou seja, segundo essa teoria, a vida teria sido "semeada" no nosso planeta, vinda do espaço; c) Teoria Abiogênica ou da Geração Espontânea, que diz que a vida surgiria espontaneamente e continuamente da matéria inanimada; d) E, por fim, a Teoria da Auto-Organização, dizendo que a vida teria surgido sob condições extremamente especiais, a partir da auto-organização de compostos orgânicos simples em macromoléculas que originariam as protocélulas primordiais. Tal teoria é a mais aceita atualmente pela comunidade científica.

Entretanto, não há consenso sobre como se deram esses passos iniciais que, ainda hoje, são palco de debates. Sendo assim, tendo em vista que o tema encontra amparo e diversas respostas em vários campos, tais como na religião, na ciência biológica e na ciência jurídica, entre outros, analisar-se-ão agora cada um de *per si*.

1.1 – Critério Religioso sobre o início da Vida Humana

Sob o ponto de vista religioso, mediante notável reportagem trazida na revista Super Interessante em novembro de 2005, pode-se destacar cinco crenças, que tomam para si os seguintes fundamentos:

Para a Igreja *Cristã*, a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado, formando um ser humano pleno.

Para o *Judaísmo* a vida começa apenas no quadragésimo dia, quando acreditam que o feto começa a adquirir forma humana. Sendo assim, o judaísmo permite pesquisas com células-tronco.

No que concerne à religião do *Islamismo*, a mesma afirma que o início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto e isso, segundo eles, acontece cerca de cento e vinte dias após a fecundação.

Os *Budistas* acreditam que a vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe, seja nos nossos pais e avós, nas plantas, nos animais e até na água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras.

Quanto aos seguidores do *Hinduísmo*, os mesmos asseveram que alma e matéria encontram-se na fecundação e é aí que começa a vida. Sendo assim, como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano.

1.2 – Critério Biológico sobre o início da Vida Humana

Do ponto de vista científico, conforme artigo divulgado na revista Super Interessante em novembro de 2005, foram abordadas cinco posicionamentos, quais sejam:

Do ponto de vista da *Genética*, a vida começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo encontram-se e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único, criando assim um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. Essa também é a visão do Cristianismo;

Quanto ao posicionamento da *Embriologia*, a vida começa na terceira semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque, até doze dias após a fecundação, o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas.

De acordo com a visão *Neurológica*, o mesmo princípio da morte vale para vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema nesse pensamento é que essa data de início de atividade cerebral não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na oitava semana. Outros, na vigésima semana.

No que concerne à percepção *Ecológica*, a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a vigésima e a vigésima quarta semana de gravidez.

Finalmente, a visão *Metabólica*, afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

1.3 – Critério Jurídico sobre o início da Vida Humana

Pode-se, de forma geral, dividir em três correntes preponderantes o pensamento jurídico sobre o início da vida humana, sendo elas: a teoria natalista, a teoria concepcionista imprópria (ou condicional) e a concepcionista.

A teoria natalista defende que o início da personalidade civil dá-se com o nascimento com vida, não cabendo, portanto, discutir eventuais direitos do ente ainda no ventre da mãe, que só passará a ser considerado no meio jurídico a partir de seu nascimento, compreendendo-se esse momento quando o novo ser se desprende por completo das entranhas da mãe e por si só mantém suas atividades vitais. São adeptos desta teoria: Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola, Vicente Ráo, João Luiz Alves, Sérgio Abdalla Semião, Caio Mário da Silva Pereira.

“Já os adeptos da teoria concepcionista imprópria ou condicional sufragam entendimento no sentido de que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. Nesse sentido, preleciona Arnoldo Wald, *apud* Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2004; p. 92): “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.

Essa teoria encontra fundamento no direito romano, e é adotada no Código Civil Brasileiro, no artigo 2º, quando aduz que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Também essa é a linha de pensamento de Miguel Maria de Serpa Lopes.

Ressalte-se, aqui, que se entende como nascimento o momento no qual o feto é separado do corpo materno (seja por procedimento natural ou com intervenção médica ou de terceiros, não importando o tempo de gestação ou demais elementos como aparência humana e viabilidade).

No direito pátrio, considera-se o primeiro momento de vida aquele no qual existe a respiração, sendo a mesma constatada por todos os meios clinicamente aferíveis na Medicina Legal, precipuamente, pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, que, conforme estabelece o nobre doutrinador Sérgio Abdalla Semião, *apud* Gagliano e Pamplona (2004; p. 89):

É um exame baseado na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água. O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveolares colabadas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo.

Observe-se que, mesmo indo a óbito logo após a primeira respiração, considera-se que, tendo respirado e por conseqüência vivido, adquiriu personalidade, transmitindo-lhe todos os direitos que o assistem como a filiação, direitos patrimoniais, etc., e com o termo de sua vida transmite-se a outros de acordo com o direito sucessório.

Nesse diapasão, conclui-se que não é pacífica na doutrina a questão da personalidade jurídica do nascituro, discutindo-se se este possui ou não personalidade civil já no ventre materno, sendo incontestado, no entanto, a proteção.

É de observar, outrossim, que essa personalidade confere aptidão apenas para a titularidade de direitos da personalidade (sem conteúdo patrimonial), uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva). Observe-se posicionamento da renomada professora Maria Helena Diniz (2006, p. 150):

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

Para a teoria concepcionista, influenciada pelo Direito francês, o início da personalidade ocorre desde a concepção, que é o momento onde há a fusão dos gametas masculinos e femininos, dando assim uma completa e irrestrita proteção aos embriões pré-implantatórios e nascituros, reconhecendo, por conseguinte, o embrião como pessoa. Essa corrente é defendida pelos doutrinadores: Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Rubens Limongi França, Francisco Amaral Santos, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, André Franco Montoro, Maria Helena Diniz, entre outros.

Silmara Chinelato e Almeida, preclara defensora da tese concepcionista, assevera que:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro por este não ser pessoa. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação

que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código Chinês, artigo 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do Código Civil de 2002, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.

1.4 Evolução histórica do conceito de pessoa

Consoante ensinamento do ilustre civilista Washington de Barros Monteiro (2003; p. 61), a palavra pessoa significa, *in verbis*:

A palavra pessoa advém do latim *persona*, emprestada à linguagem teatral na Antigüidade romana. Primitivamente, significava máscara. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas palavras. *Personare* queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma *persona*, porque fazia ressoar a voz da pessoa.

Em conseqüência, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, tempos depois, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Por fim, a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que representa esses papéis. Nesse sentido é que se utiliza esta palavra hodiernamente.

Destarte, ao se mencionar a palavra pessoa, a primeira imagem que surge é a figura humana, e a personalidade como sendo as características pessoais e particulares inerentes a cada ser humano, individualizando-o mesmo em um contexto global.

Logo, a palavra em comento pode ser tomada em três acepções diferentes: vulgar, filosófica e jurídica, conforme lição do doutrinador Washington de Barros Monteiro (2003; p. 62):

Na acepção vulgar, pessoa é sinônimo de ente humano. Essa acepção não se adapta à técnica jurídica. Efetivamente, há instituições que têm direitos, e por isso são reconhecidas como pessoas, e, no entanto, não são entes humanos (as pessoas jurídicas). Na acepção filosófica, pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Nesse sentido, pessoa é o homem, ou qualquer coletividade, que preencha aquelas condições. Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.

Desta forma, fica claro que o conceito de pessoa varia de acordo com o referencial adotado para a análise, aqui sendo mais válido a visão jurídica de pessoa.

Nessas condições, presente determinado direito, há de existir obrigatoriamente um sujeito que lhe detenha a titularidade. Esse sujeito pode ser o homem, individualmente, ou um agrupamento mais ou menos numeroso de homens, animados ou inspirados por fins e interesses comuns.

Este trabalho, entretanto, ater-se-á somente à definição de pessoa natural, também denominada pessoa física, que é o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano.

Como é sabido por todos, o Direito regula e ordena a sociedade. Não existe, pois, sociedade sem Direito, nem Direito sem sociedade. Outrossim, sabe-se que a sociedade é composta de pessoas. São essas pessoas que a constituem. Os animais e as coisas podem ser objeto de Direito, mas nunca serão sujeitos de Direito, atributo exclusivo da pessoa, de acordo com ensinamento do notável doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2003).

Sendo assim, dispõe o Código Civil, no artigo 1º, em forma lapidar: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Logo, pessoa natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações.

Vê-se, conseqüentemente, que o conceito tradicional de pessoa, é sinônimo de sujeito de direito. Pois, sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

1.5 Conceito de personalidade jurídica

O civilista Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 70), assegura:

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão

genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.

Nesse sentido, personalidade jurídica é um atributo primordial ao ente humano, concedendo-lhe a aptidão de possuir direitos e contrair obrigações como reza o artigo 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Observa-se, hoje, que o reconhecimento dessa qualidade a todo ser humano representa uma conquista da civilização jurídica.

1.5.1 Os direitos da personalidade

O homem, como principal componente da sociedade, necessita ser protegido não somente em seu patrimônio, é indispensável, também, que se tutele sua essência.

Somente por essa circunstância já se pode perceber a importância da matéria, uma vez que a previsão legal dos direitos da personalidade, muito além de ser uma simples codificação de amparo ao ser humano, constitui-se num verdadeiro baluarte jurídico de dignificação do ente humano.

Nessa esteira de pensamento, é que Rita de Cássia Curvo Leite, apud Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, (2001, p. 151), certificou:

Dentro de uma sociedade evolutiva e globalizada, assim, é inegável a importância desses direitos na medida em que andando ciência e tecnologia a passos largos deve o direito, amparado nos costumes, na jurisprudência e em princípios gerais de ordem moral e filosófica, acompanhar essas transformações não se esquecendo jamais de que o seu papel fundamental é o de proteger o ser humano, preservando sua identidade, integridade e dignidade.

Isto posto, a personalidade e os direitos a ela correlatos serão objeto do presente estudo, cujo sentido é incentivar o interesse pela preservação desses direitos, de modo a que possam eles obter, cada vez mais, atenção que bem merecem.

1.5.2 Histórico dos direitos da personalidade

No mundo antigo, conforme preleciona Marconi do Ó Catão (2004), não existia a compreensão de que a personalidade era elemento inato ao indivíduo, mas foi na época clássica da civilização Grega, que uma incipiente noção geral e abstrata de pessoa começou a ser identificada, pois cada homem tinha personalidade e capacidades jurídicas, mas de acordo com a classe social pertencente, marcadas as devidas distinções.

No direito romano, de acordo com o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira (1999), a personalidade não era conferida a todos, pois os escravos para a lei eram vistos como coisa, não sendo, desta feita, sujeitos de direitos, e podendo dispor seu proprietário da maneira que mais lhe aprouvesse.

Outrossim, o Cristianismo pode ser apontado como base para o despertar do reconhecimento dos direitos da personalidade baseado na fraternidade e na idéia da dignidade do homem. Nesse sentido é que Marconi do Ó Catão (2004, p. 97), aduz:

Desse modo, em matéria de tutela dos direitos de personalidade, admite-se que o Cristianismo implementou a tutela da personalidade moral e dos bens imateriais da pessoa humana, que se continuaram a tutelar por meio da *actio iniuriarum*, ou seja, ação que servia para proteger, em Roma, as vítimas de certas violações de atributos da personalidade humana, tais como a honra, a reputação, a liberdade e a integridade física.

Nas Idades Média e Moderna sobressaíram alguns movimentos e diplomas legislativos enfatizando os direitos da personalidade. São a Carta Magna de 1215, na Inglaterra, que continha o reconhecimento de direitos próprios do ente humano perante os detentores do poder; mais tarde, o período do Renascimento, marcado pela modificação do eixo do pensamento, colocando o homem no centro de convergência e importância; o Bill of Rights de 1689; a declaração norte-americana, firmada em 12 de junho de 1776; e a Declaração dos direitos adotada pela Assembléia Constituinte francesa em agosto de 1789, que assentou que os homens são livres e independentes por natureza e deveriam ter garantidas a vida e a liberdade próprias, na busca da felicidade e da segurança – foi um grande marco desse processo.

Nesse sentido, é de bom alvitre, destacar que no artigo de Rita de Cássia Curvo Leite, *apud* Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (2001, p. 153), está expresso:

O preâmbulo da Declaração estava redigido assim: “Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o desrespeito e o desprezo aos direitos do homem são a única causa das desgraças públicas e da corrupção dos governos, decidem expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem...”

No Direito Moderno, a Carta de São Francisco, de 1948, é considerada a primeira base de elevação dos direitos da personalidade pelo direito internacional.

Além dos movimentos políticos e dos tratados internacionais, deve-se levar em consideração o esforço dos tribunais, em especial o francês, que deu arrimo e suporte aos anseios comuns que reivindicavam a proteção aos atentados contra determinados bens pessoais que giram em torno de um meio estritamente moral.

No ordenamento jurídico brasileiro a matéria encontra-se regulamentada desde a Constituição de 1988, “a Constituição Cidadã”, quando se deu início a um processo de ênfase ao respeito e à proteção dos direitos da personalidade numa tentativa de se edificar a *dignidade da pessoa humana*.

Outrossim, destaque-se a importância dada ao tema no Código Civil de 2002, quando no Capítulo II do Título I (“Das pessoas naturais”), do Livro I (“Das pessoas”), sob a epígrafe “Dos direitos da personalidade” (artigos 11 a 20), o legislador brasileiro consagrou expressamente tais direitos, constituindo-se numa relevante inovação, em face da atualidade do assunto.

Verifica-se, assim, que a importância, o reconhecimento e a proteção dos direitos da personalidade são conquistas recentes, projetando-se, internacionalmente, especialmente durante a segunda metade do século XX, após a Segunda Grande Guerra. Diante disto, esse será, indubitavelmente, um dos maiores desafios a serem confrontados nesse novo século, que apenas se delinea.

1.5.3 Conceito de “direitos da personalidade”

Vários doutrinadores têm procurado obter um conceito para os direitos da personalidade. Portanto, é prudente analisar as lições de alguns deles.

Assim, preceitua Carlos Alberto Bittar (1989, p. 7):

Os direitos da personalidade são os direitos inatos cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares.

Já no dizer de Gilberto Haddad Jabur, *apud* Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 150), em excelente monografia sobre o tema, explica: “os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxaço exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa”.

Percebe-se, conseqüentemente, conforme conceitua Gagliano e Pamplona (2004): “os direitos da personalidade são, em síntese, aqueles comuns da existência, que têm por objeto as características físicas, psíquicas e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. São, assim, inatos e fundamentais ao ser humano.

1.5.4 Caracteres essenciais dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são dotados de determinadas características particulares, que lhes outorgam posição privilegiada na seara dos direitos privados, são eles: absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios.

Entende-se por absolutos o fato de serem oponíveis *erga omnes*, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à sociedade o dever de respeitá-los. São gerais porque são outorgados a todas as pessoas, pelo simples fato de existirem.

Uma das características mais evidentes dos direitos puros da personalidade é a ausência de um conteúdo patrimonial direto, avaliado objetivamente, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos, de acordo com o ensinamento de Gagliano e Pamplona (2004). São, por conseguinte, extrapatrimoniais por não se sujeitarem à avaliação pecuniária. Porém, sob

alguns aspectos, principalmente em caso de violação (dos direitos autorais, por exemplo), podem ser economicamente mensurados.

A indisponibilidade significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular, independentemente de ser por ato inter vivos ou *post mortem*, a título oneroso ou gratuito.

Pertinente, neste ponto, a observação de Adriano de Cupis, *apud* Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 156):

Os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo simples e único fato de sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.

São imprescritíveis pela impossibilidade de sua extinção e inexistência de um prazo para seu exercício. São impenhoráveis, pois não se manifestam patrimonialmente, estando, portanto, fora do comércio, além de não poderem ser oferecidos como garantia.

Por último, os direitos da personalidade são vitalícios, pois não é possível sua ausência no indivíduo, visto que é qualidade inerente ao ser humano, acompanhando-o durante toda sua vida, sobrevivendo-lhes, mesmo depois de sua morte, a proteção legal em algumas espécies.

É válido ressaltar, porém, que nem sempre esses caracteres serão absolutos em si mesmos. Ao contrário, nota-se que, em várias situações, os atributos dos direitos da personalidade manifestar-se-ão relativamente, consoante lição de Rita de Cássia Curvo Leite, *apud* Maria Celeste Cordeiro (2001).

À guisa de exemplo, tem-se o caso dos gametas (óvulo e espermatozóide), passíveis de serem apartados do corpo humano, que é primordialmente um direito da personalidade, a par da integridade física. Isso tudo, em nome da concepção e da descendência, como forma de perpetuação da espécie e de preservação da diversidade do patrimônio genético.

1.5.5 Classificação dos direitos da personalidade

Consoante lição de Gagliano e Pamplona (2004, p. 157):

Os direitos da personalidade classificam-se com base na tricotomia corpo/mente/espírito. Logo, podem ser elencados de acordo com a proteção à: vida e integridade física; integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, privacidade, segredo); e, integridade moral (honra, identidade pessoal, etc.).

Ocorre que, no presente estudo, alicerçado na análise do tema – tutela jurídica do embrião humano *in vitro* – observar-se-á, inicialmente, apenas o direito à vida como pressuposto que é de todos os demais direitos. Sendo, conseqüentemente, o direito mais precioso do ser humano, sem ele, nada podendo existir.

Nesse diapasão, é que Carlos Alberto Bittar (1999, p. 67), sintetiza vida como:

O direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida e não um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, eis que se não pode ceifar a vida humana, por si, ou por outrem, mesmo sob consentimento, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria da sociedade. Cabe-lhe, assim, perseguir o seu aperfeiçoamento pessoal, mas também contribuir para o progresso geral da coletividade, objetivos esses alcançáveis ante o pressuposto da vida.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*: “garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Consoante lição do insigne constitucionalista Alexandre de Moraes (2003):

Constata-se que a Lei Maior assegura o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência, entendendo esta como direito à alimentação, vestuário, moradia, saúde, educação, segurança, cultura, lazer e demais condições vitais.

1.6 Capacidade jurídica

O artigo 1º do Código Civil entrelaça o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Portanto, afirmar que o ser humano tem personalidade é dizer que ele possui capacidade para ser titular de direitos.

Pode-se falar que a personalidade tem sua medida na capacidade, sendo esta a maior ou menor extensão dos direitos e das obrigações de uma pessoa.

Diante disto, a capacidade que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de direito ou de gozo, também intitulada capacidade de aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano.

Nem toda pessoa, entretanto, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em virtude de alguma intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), ou de uma insuficiência somática (como por exemplo, deficiência mental). Portanto, aos que assim são tratados por lei, o direito denomina incapazes.

Mas, se puderem atuar pessoalmente, possuem, também, capacidade de fato ou de exercício, que segundo a professora Maria Helena Diniz (2005, p. 147):

A capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Sendo assim, reunidos os dois atributos, fala-se em capacidade civil plena. Nesse ínterim, importante é o ensinamento do doutrinador Orlando Gomes, *apud* Gagliano e Pamplona (2004, p. 95):

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

Outrossim, ressalve-se que capacidade não se confunde com legitimidade. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos, uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. Assim, por exemplo, o tutor, embora maior e capaz, não poderá adquirir bens móveis ou imóveis do tutelado, conforme artigo 1.749, I, do Código Civil. Vê-se, portanto, que o tutor é capaz de obter direitos e contrair obrigações no âmbito civil, porém, em virtude de um interesse que se quer preservar, ou em consideração à delicada situação de determinada pessoa que se quer proteger (no caso, o menor) criaram-se impedimentos circunstanciais.

Finalmente, pode-se sintetizar os conceitos dos institutos jurídicos analisados neste capítulo, com a douda lição do civilista espanhol Jean Carbonnier, *apud* Heloisa Helena Barbosa, para quem:

Pessoa, em sentido jurídico, é todo ser com capacidade de gozo de direitos: pessoa e sujeito de direito são a mesma coisa. Com os requisitos exigidos, em princípio, é o nascimento o determinante da personalidade. Esse o entendimento que tem predominado, igualmente, na doutrina brasileira. A idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica, hoje reconhecida a todo ser humano, para adquirir direitos e contrair obrigações; capacidade de direito é aptidão, oriunda da personalidade para adquirir direitos na vida civil. Personalidade é um atributo jurídico e tem sua medida na capacidade; sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres; a personalidade é a qualidade inerente ao ser humano que o torna titular de direitos e deveres, sendo pessoa os que a têm.

CAPÍTULO II A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

No evoluir da humanidade, certos acontecimentos marcam de forma tão expressiva determinada época, que os tornam altamente significativos para a própria história. O nascimento de Jesus Cristo divide a história, tal como a Revolução Francesa marca o início de nova fase da modernidade, a da civilização tecnológica.

Após o período da Segunda Grande Guerra, até os anos sessenta, passa-se a vivenciar a intitulada pós-modernidade, a qual tem sido definida como a era da informação.

Contudo, é notório o início de uma nova fase, a qual vai muito além da pós-modernidade. Hoje em dia, a sociedade não é mais caracterizada apenas por alguns fatores importantes como a globalização, o domínio da informação, a afirmação generalizada do capitalismo neoliberal. A essa caracterização vem agora somar-se novo fator, que está em evidente eminência em todos os meios da coletividade, sejam eles o jurídico, filosófico, ético, religioso, científico – *a Revolução Genética*.

Assim, após as revoluções sucessivas, a industrial, a tecnológica e a informática, que conduziram à pós-modernidade, tem-se agora a revolução genética, que situa a sociedade na era *biotecnológica*.

Destarte, diante deste novel panorama social, examinar-se-á o desenvolvimento da reprodução humana assistida, cujo tema é muito controverso e atual, visto que suscita debates éticos e questionamentos jurídicos, uma vez que interfere no processo de procriação natural do ser humano, fazendo eclodir situações antes inimagináveis, que desafiam a Ciência Jurídica, principalmente no que tange à tutela jurisdicional do embrião humano *in vitro*.

Assim, a reprodução humana assistida é, fundamentalmente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

As principais técnicas de reprodução assistida são: a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e as denominadas mães de substituição ou mães de aluguel.

Dependendo da técnica aplicada, a fecundação poderá ocorrer *in vivo* ou *in vitro*. Na inseminação artificial, conforme Eduardo Oliveira Leite (1995, p. 38): “a fecundação ocorre *in vivo*, com procedimentos que são relativamente simples, consistentes na introdução dos gametas masculinos dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdômen”.

No caso da fecundação ou fertilização *in vitro*, o processo é mais complexo e a fecundação ocorre em laboratório, de forma extra-uterina, entendendo-se por fertilização *in vitro*, mediante artigo de Heloísa Helena Barbosa: “a técnica conforme a qual se reúnem em uma proveta os gametas masculino e feminino, em meio artificial apropriado, favorecendo a fecundação e formação do ovo, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantado no útero de uma mulher”.

Ou, conforme lição de Maria Helena Diniz, que assim assevera:

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmem do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmem na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.

Portanto, dependendo da origem dos gametas, a inseminação ou fecundação será homóloga ou heteróloga. Será homóloga quando o material genético é do próprio casal do qual o embrião será filho. Será heteróloga quando o espermatozóide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada.

No que diz respeito à técnica de reprodução assistida, denominada “mães de substituição ou mães de aluguel”, a Revista Prática Jurídica (2002; p. 35), define:

É a técnica indicada para as mulheres impossibilitadas de carregarem o embrião, isto é, de ter uma gestação normal, precisando, portanto, que uma terceira pessoa empreste o seu útero, com o fim de assegurar a gestação, tendo em vista que o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco considerável para a mãe biológica.

Ressalte-se, todavia, que no presente estudo, analisar-se-ão, primordialmente, a fecundação *in vitro* e suas conseqüências.

2.1 Lineamento histórico da reprodução assistida

Conforme artigo publicado pela Revista Prática Jurídica de outubro de 2002, a inseminação artificial desenvolveu-se da seguinte maneira:

Teve seu início em meados do século XVIII, quando Ludwig Jacobi, natural da Alemanha, fez tentativas de inseminação em peixes. Ainda no mesmo século, um biólogo italiano, chamado Lazzaro Spallanzani, conseguiu resultados animadores na fecundação de mamíferos.

Ocorre que, em 1799, John Hunter, médico e biólogo inglês, foi o primeiro cientista a lograr êxito com a fecundação por inseminação assistida em seres humanos. Sobressai mais uma vez a ciência inglesa, quando em 1884, o médico Pancoast fez a primeira inseminação heteróloga.

Já em 1910, Elie Ivanof, cientista russo, foi o responsável pela descoberta de que se pode resfriar o sêmem, preservando-o, portanto, num ambiente extracorpóreo. Os primeiros bancos de sêmem surgem nos Estados Unidos da América, em 1940.

Outrossim, os geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H. C. Crick, em 1953, descobriram a estrutura em hélice de DNA, a qual deu origem à Genética Molecular, sendo considerada o marco inaugural da Engenharia Genética.

A partir do final da década de setenta, no século XX, os médicos Patrick Steptoe e Robert G. Edwards misturaram óvulos de uma mulher e espermatozóide de seu marido numa proveta de laboratório, culminando com o nascimento de Louise Joy Brown, em 5 de julho de 1978, na Inglaterra, considerada o primeiro “bebê de proveta” do mundo.

Tornou-se certo um fato que, até então, pertencia ao campo experimental: a possibilidade de concepção de um ser humano *in vitro*. A fertilização extracorpórea passou, desde então, a fazer parte efetiva das técnicas de reprodução humana assistida. De um lado, a mencionada técnica trouxe a possibilidade da realização do sonho de ser pai ou mãe para inúmeros casais inférteis; porém, de outro, ocasionou delicados questionamentos jurídicos, muitos dos quais até o presente permanecem sem resposta adequada.

Com o contínuo progresso científico, é que foi criado em 1980, na Austrália, o primeiro banco de embriões de seres humanos congelados. Tal fato passaria a configurar-se como um dos maiores desafios enfrentados pelos ordenamentos jurídicos de vários países. Residindo a problemática, principalmente, no fato da indecisão dos tribunais e/ou governos em permitir a pesquisa com células-tronco embrionárias ou resguardar o eventual direito desses embriões excedentários virem a nascer.

Fato de suma importância para a legislação pátria, deu-se em 7 de outubro de 1984, quando foi concebida Ana Paula Caldeira, a primeira brasileira resultado da fertilização *in vitro*.

E, finalmente, em 17 de maio de 2007, o governo de Londres autorizou a pesquisa de embriões híbridos, ou seja, o cruzamento de embriões de humanos com animais, conforme notícia veiculada no programa da TV Record – *Hoje em dia* (2007).

2.2 Tipos de fecundação *in vitro*

Consoante entendimento de Maria Helena Diniz (2001; p. 55), com a fertilização *in vitro* podem surgir certas situações, no mínimo, incomuns como, por exemplo:

- a) fecundação de um óvulo da esposa com o esperma do marido, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;
- b) fertilização *in vitro* com sêmem e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;
- c) fecundação, com sêmem do marido, de um óvulo não pertencente à mulher, mas implantado no seu útero;
- d) fertilização, com esperma de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa, com imissão do embrião no útero dela;
- e) fecundação na proveta de óvulo da esposa com material fertilizante do marido, colocando-se o embrião no útero da própria esposa;
- f) fertilização, com esperma de terceiro, de óvulo da esposa, implantando em útero de outra mulher;
- g) fecundação *in vitro* de óvulo da esposa com sêmem do marido, congelando-se o embrião, para que depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido, seja implantado no útero da mulher ou no de outra.

Vê-se, conseqüentemente, que essa técnica para criação de ser humano em laboratório, através de manipulação dos materiais genéricos da fecundação, trouxe grande entusiasmo para as ciências biológicas, pois, além de servirem como meio eficiente para a realização do desejo de procriar dos casais estéreis, ainda podem possibilitar o

desenvolvimento de novas pesquisas com o escopo de descobrirem a cura para vários tipos de doenças até hoje sem tratamento terapêutico adequado.

Não obstante ser considerado um avanço na área médico-científica, tal técnica de reprodução humana caracteriza-se como um sério problema a ser resolvido, o quanto antes, pelo Direito, tendo em vista que esses procedimentos atingem diretamente vários institutos jurídicos que não previram esses acontecimentos quando da sua criação. Estando, portanto, essas técnicas conceptivas e suas conseqüências, ainda sem regulamentação adequada.

2.3 Conseqüências ético-jurídicas da FIVET (fecundação *in vitro* com transferência do embrião)

A procriação assistida é um método que tem alcançado bons resultados para os casais com dificuldades na gestação de um novo ser de forma natural. As técnicas desenvolvidas para a obtenção de um resultado profícuo nessa área são diversas. A fertilização *in vitro* tem sido um método muito recorrente. Por vezes, a manipulação de embriões em laboratório não segue os pressupostos assegurados pela Constituição: é grande o número de embriões que são descartados, objetos de pesquisas ou de armazenamento, vilipendiando a dignidade humana que lhe subjaz.

Desta forma, a satisfação de um direito legítimo, um direito de procriar, é obtido com um alto custo individual e social, para todos os agentes envolvidos, pois causa a degradação dos demais embriões que são destruídos ou congelados. Sem falar dos embriões que são utilizados para satisfazer interesses técnicos, como a pesquisa ou experimentação, com o fito de aperfeiçoar os recursos existentes.

Este fenômeno de total indiferença com o ente humano caracteriza-se pela sua *coisificação*, pois faz com que este seja produzido ao invés de ser procriado. Por isso, deve-se questionar se há realmente que se falar em êxito na execução deste processo.

Isto posto, nota-se que a técnica de fertilização *in vitro* com transferência do embrião, ocasiona delicadas questões ético-jurídicas, não podendo por isso o jurista quedar-se inerte ante essa realidade, nem o legislador deverá se omitir, não regulando o fato sob análise.

Nessa direção é que esse procedimento vem acarretando gravíssimas questões ético-jurídicas, tais como:

1) desarmonia da estrutura basilar do casamento, visto que a reprodução humana assistida fará com que o fundamento genético não se equipare com o institucional;

2) inexistência de consentimento do marido que poderá dar ensejo a uma separação judicial, já que esta situação caracteriza-se como injúria grave, devido ter atentado contra a integridade moral do esposo, obrigando-o a assumir algo não desejado;

3) possibilidade de uma criança nascer de genitor morto (implantação *post mortem*). Discutindo-se bastante se o cônjuge supérstite pode ou não prosseguir com o processo de procriação artificial, utilizando os embriões ou os sêmens congelados para uma futura implantação, com o fito de realizar um desejo de última vontade do *de cuius* ou mesmo por motivos de caráter econômico, como é o caso da geração de possíveis herdeiros;

Neste caso, verifique-se a lição de Maria Helena Diniz (2001; p. 73):

É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de trezentos dias da cessação do vínculo conjugal em razão de morte de um dos consortes. E, além disso, o morto não mais exerce direitos, nem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nasceu por técnica conceptiva *post mortem*, pois não estava gerado por ocasião do óbito de seu pai genético. Conseqüentemente, de *lege lata*, será filho extramatrimonial. Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução humana assistida *post mortem*, e, se, porventura, houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios.

4) modo de obtenção do sêmen, sendo coerente o estabelecimento das formas de recolhimento do esperma, vedando, por exemplo, que seja conseguido durante ato sexual do marido com a outra mulher;

5) possibilidade da mulher alegar estupro científico, ou seja, quando contra sua vontade, seu marido a induz à prática de fertilização assistida, sabendo que o líquido seminal não é dele. Ou quando, por erro médico, ocorre a mesma situação;

6) probabilidade de se demandar ação negatória de paternidade ou de maternidade, argumentando, por exemplo, que houve dolo ou coação. E ainda arrependimento do casal, do marido ou da mulher após a realização da fertilização *in vitro*, sugerindo o aborto; ou depois do nascimento da criança, gerando infanticídio, abandono, maus-tratos e rejeição;

7) falsa inscrição no Registro Civil, ante a presunção legal (com esta técnica extremamente mitigada) de que é filho do marido o concebido durante o casamento;

8) observação das condições físicas do doador, impondo exame médico adequado e controle periódico do material fertilizante, para que não haja transmissão de doença ou de psicoses hereditárias;

9) possível processo judicial, movido pelo doador do sêmen, da doadora do óvulo ou da que emprestou o ventre, reclamando como seu o filho gerado;

Outra vez, pode-se trazer à baila os ensinamentos da professora Maria Helena Diniz (2001; p. 80):

Deveria o doador do material fertilizante ou do útero assumir ato próprio, não podendo reconhecer como seu filho advindo de técnica conceptiva, pois quem faz tal doação deverá aceitar que a criança não é sua institucionalmente. Com isso o concebido, por exemplo, com óvulo doado ou gerado em ventre cedido não seria filho institucional da doadora do óvulo, nem da receptora do embrião alheio, mas da que idealizou a fertilização *in vitro*.

10) conflito de maternidade e paternidade, visto que, na fecundação na proveta, a criança poderá ter: duas mães, uma institucional e outra genética; dois pais, o institucional, que será o marido de sua mãe, que aprova a fertilização *in vitro cum semine alieno* (com sêmen alheio), e o genético, ou seja, o doador do espermatozóide, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou; três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que concebeu em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que idealizaram e encomendaram o filho à clínica);

11) violação do direito da identidade da criança, devido à obrigatoriedade do anonimato do doador e do receptor do material genético e da que cedeu o ventre, sob pena de responsabilidade civil e criminal, além da considerável probabilidade de ocorrência de incesto e conseqüente degeneração da raça humana;

12) possibilidade de chantagem por parte de técnicos e funcionários do serviço de fertilização humana assistida;

13) determinação do começo da vida e da personalidade jurídica;

Neste aspecto, embora já estudado no capítulo anterior, é válido o entendimento de Maria Helena Diniz (2001; p. 50), veja-se:

A personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com a vida, mas a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção; logo, o fator determinante do momento da existência do ser humano será a concepção, ou seja, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. O embrião humano é um ser com individualidade genética, dotado da alma intelectual e de instintos. É um ser humano *in fieri* (*em via de nascer; em ato de tornar-se*), merecendo proteção jurídica, mesmo quando ainda não implantado no útero ou criopreservado. Por isso, deverá haver tutela jurídica desde a fecundação do óvulo em todas as suas fases (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto).

14) possibilidades do uso de técnicas para obtenção do embrião geneticamente superior ou com caracteres genéticos já predeterminados, como, por exemplo, seleção de sexo, aperfeiçoamento de determinada raça, entre outros, surgindo, por conseguinte, uma circunstância que prenuncia um mal tremendo para toda a humanidade, que é a eugenia, que segundo o dicionário de Aurélio Buarque de Holanda (2001), é a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana. Cria-se, desta forma, uma competição entre os seres humanos desde a fecundação, vindo a vencer o “melhor”;

15) experimentações com embriões humanos para a consecução de escopos alheios à reprodução, podendo surgir: *criação de seres híbridos; transplante de embrião humano para o útero de outra espécie animal e vice-versa; experimentações com embrião humano para atender a finalidades cosmetológicas ou para fabricação de armas biológicas de extermínio; clonagem, isto é, a formação de embriões idênticos mediante a subdivisão de um embrião humano primitivo, por meio de processos químicos e físicos; criação de embriões com espermatozóide de diferentes homens para sua transferência ao útero de uma só mulher; implantação uterina, ao mesmo tempo, de embriões oriundos de óvulos de mulheres diferentes; uso de material genético de cada doador para mais de uma fertilização; e manutenção de embrião em proveta, além de quatorze dias, podendo este prazo estender-se indeterminadamente;*

Deste modo, imagine-se a situação em que o embrião, através da intervenção humana, fosse dividido em duas partes: uma para ser implantada e a outra para permanecer congelada, funcionando a última como *reserva de células sãs para o seu gêmeo vivo*. Deveras, tal conduta pode caracterizar-se numa forma de desprezar a dignidade humana do embrião, apoiada por critérios utilitaristas.

16) destinação dos embriões excedentes, pois, antes da fecundação *in vitro*, a mulher é submetida a um tratamento hormonal para ter uma super-ovulação, para que vários óvulos sejam fertilizados na proveta, implantando-se, porém, apenas alguns deles no útero;

Verifica-se, portanto, que o processo de fertilização *in vitro* envolve a fecundação de um grande número de embriões a serem introduzidos no útero materno. A razão disso é que a quantidade elevada de embriões fertilizados eleva as chances de sucesso na implantação e conseqüente gravidez.

Ocorre que nem todos os embriões, como visto, são utilizados, em função de poder ocasionar risco de morte da mulher, devido a um processo gestacional múltiplo. Destarte, a orientação internacional tem sido no sentido de se limitar a quantidade de óvulos fertilizados, normalmente a um número de três a quatro embriões em cada ciclo implantatório, visto que os embriões excedentes serão congelados e utilizados em pesquisas laboratoriais ou simplesmente destruídos.

Nessa esteira de pensamento, é que a doutrinadora Maria Helena Diniz (2001; p. 82) questiona:

(...)Como ficaria, então, a proteção jurídica dos demais? Deveriam ser utilizados em outra gestação? Seriam doados a outro casal? Possível seria sua criopreservação? Poderiam ser exterminados? Tratar-se-iam de vidas humanas sacrificadas em holocausto ao progresso científico e à criação de seres humanos em laboratório? Há juristas que admitem sua destruição, porque enquanto não forem implantados no útero, não há viabilidade, logo não se poderia falar em aborto. Outros, como nós, não aceitam isso por consistir no extermínio de vidas humanas, pois cada embrião já é síntese incipiente da individualidade genética de um ser humano, sua destruição seria um aborto eugenésico, uma vez que a lei resguarda os direitos desde a concepção. Surgem as questões: quem tem legitimidade para decidir sobre a vida ou morte desses seres? O direito de decisão caberá aos genitores institucionais, ao doador do material genético, ao médico, à clínica ou ao Estado? Quais os limites para a livre manipulação laboratorial, destruição ou modificação do embrião *in vitro*? Como encarar a destruição do embrião excedente? Como um aborto? Parece-nos que, se biologicamente, com a fecundação se tem um novo ser, a proteção deve alcançar o embrião mesmo fora do útero. Se o Direito defende a vida, propugnando seu respeito deverá protegê-la no momento em que surgir.

17) permissão jurídica para congelamentos, pois, tomando-se por base a idéia de que o embrião já tem vida, diante de seu valor absoluto, por que é possível congelá-lo?

A criopreservação ou criopreservação traz à tona uma série de conflitos diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito que o embrião tem de não ser exposto como coisa, haja vista que uma quantidade expressiva de embriões não resistem ao processo de descongelamento, aumentando o número de perdas para uma margem já elevada pelo processo de fertilização *in vitro*.

Esta técnica apresenta-se como uma das formas de impedir que os embriões excedentários sejam destruídos ou ultrapassem os quatorze dias desde a fecundação. Os motivos são vários para a criopreservação: o estado de saúde da mulher pode não permitir a implantação, a morte ou a separação judicial dos cônjuges, entre outras situações.

Não se sabe ainda se existem efeitos nocivos e quais são estes efeitos causados nos bebês produzidos por esse método, mas independente disso e da forma como vem sendo realizado, tal prática consiste num verdadeiro desrespeito ao princípio da dignidade humana, dispondo-o como um material armazenado, disponível para ser utilizado a qualquer tempo ou mesmo deixando-o numa situação que dificulta a sua sobrevivência.

Outrossim, o grande problema que este método pode ensejar é a deturpação do arcabouço genético familiar: o nascimento do embrião pode ultrapassar o período de existência dos seus progenitores, fazendo que o nascituro venha a nascer fora do ambiente familiar, perdendo assim a referência de seus antepassados.

Além disso, a criopreservação pode instrumentalizar o ser humano embrionário, tornando-o um meio para a consecução de um fim.

18) da locação de útero, pois há mulheres dispostas a comercializarem seus ventres, em troca de altas somas em dinheiro, entregando o bebê àqueles que doaram o óvulo e o sêmen ou aos que efetivaram o contrato locatício;

Ressalte-se que no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº. 1.358/92, aceita o empréstimo ou doação temporária de útero apenas no âmbito familiar, num parentesco até colateral de segundo grau, vedando, portanto, qualquer caráter lucrativo ou

comercial a esta atitude. O que não impede, a contrário senso, que a mãe de aluguel venha a receber generosos presentes pelo seu ato.

19) consideração de prestação de serviços de natureza médica como sendo obrigação de meio (já que o médico tem direito a receber o pagamento, independentemente, do resultado específico ter sido alcançado), exigindo-se: a responsabilidade civil médica contratual e subjetiva por dano patrimonial e moral na fertilização humana assistida, por exemplo, por inabilitação, por transmissão de doença congênita, por uso indevido de material genético, por troca de material fertilizante do marido pelo de outra pessoa, etc.;

20) interferência do ente estatal no processo de fertilização humana assistida, através de ação do Poder Judiciário, elaborando-se dispositivos legais que determinem: que haja homologação judicial da solicitação do casal que pleiteia a técnica concepitiva; apresentação ao magistrado de certidão de nascimento da criança fecundada artificialmente *in vitro* ou *in vivo*; incineração dos autos, cuja cópia deverá ser vedada, após o transcurso do prazo legal para ajuizar a negatória, quando admissível; sigilo judicial (segredo de justiça).

Conforme demonstrado, muitos são os problemas causados pelo processo de fertilização *in vitro*. Diversas questões ainda estão abertas ao debate para obtenção de respostas concretas do ordenamento jurídico e demais seguimentos envolvidos.

Por esta forma, preceitua Maria Helena Diniz (2001; p. 87):

A ciência é poderosa auxiliar para que a vida humana seja cada vez mais digna de ser vivida. Deveras, não se pode negar a ciência, que, com base em dados naturais, melhora a vida do homem na descoberta de remédios, nos transplantes de órgãos, na extirpação de tumores, nas cirurgias cardiovasculares, etc., mas, quanto à criação de vida em laboratório, é preciso muita cautela, por estar em jogo a dignidade do homem; por haver coisificação do ser humano; por atingir o embrião psicologicamente, trazendo traumas, reações de ordem psíquica e por possibilitar a degeneração da espécie humana, ante a possibilidade, no futuro, de relações incestuosas com o doador do material genético ou com sua prole etc... Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. Por isso, será preciso que o Poder Legislativo aja com prudência objetiva, ponderação e bom senso, editando normas regulamentadoras das técnicas concepitivas, rejeitando tudo o que for contrário à natureza das coisas e dos homens, aos valores sociais e aos da personalidade.

Portanto, enquanto não for promulgada uma legislação regulamentadora da reprodução humana assistida a contento, prevalecerá, conforme parte da doutrina, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com amplas possibilidades de atuação no campo da embriologia genética.

Entretanto, é sabido que diante da ausência de normas, deve-se aplicar o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que reza: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito”.

Como se vê, é de bom alvitre, que a atividade jurisdicional, utilize-se, por conseguinte, dos princípios gerais de direito comparado ante a abrangência dessa temática.

2.4 Enquadramento do problema no direito comparado

Em todo o mundo, as últimas décadas foram dedicadas à discussão de questões relativas à reprodução: nos anos sessenta e setenta, a interrupção da gravidez e as pílulas anticonceptivas; nas décadas de oitenta e noventa, a reprodução humana assistida; e, nos últimos anos, sobretudo, o emprego de embriões em pesquisas.

Ocorre que a utilização de embriões humanos para outra finalidade que não seja a de procriar é altamente polêmica, pois para algumas pessoas, a eliminação de um embrião humano de modo a fornecer a cura para uma doença é absolutamente inaceitável. Para outras pessoas, no entanto, esse fato é admissível se o embrião for muito recente e a doença for bastante grave.

Contudo, o uso das novas técnicas genéticas e seus corolários para a humanidade tem sido seguido pela comunidade internacional com certo receio, devido a estes instrumentos de desenvolvimento biotecnológico terem representado um considerável avanço por todos os lados do planeta, resultando desse fato a necessidade de fixação de limites a esses recursos.

Nesse sentido, de modo a elaborar uma lei que proíba ou permita a utilização de embriões na investigação médica, necessário se faz que os legisladores discutam estes assuntos com cientistas, líderes religiosos, especialistas em bioética, além de outros segmentos da sociedade.

Sendo assim, a restrição do campo de atuação desses recursos tecnológicos é estabelecida pelo Direito como fator de regulação social. Por essa razão, alguns países se

posicionaram de uma forma mais efetiva diante deste problema, criando alguns estatutos legislativos específicos sobre este assunto.

2.4.1 Espanha

Há na Espanha as leis nº. 35, de 22 de novembro de 1988, de Reprodução Assistida; nº. 42, de 28 de dezembro de 1988, de doação, uso de embriões humanos, fetos ou das células, tecidos e órgãos; e a Convenção dos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho Europeu, da qual a Espanha é signatária.

Esteado nas leis supramencionadas é que o governo espanhol não legalizou a produção de embriões para fins de pesquisa, mas permitiu a investigação em embriões inviáveis até o décimo quarto dia. Isto porque, pela lei espanhola, considera-se *pré-embrião* a partir do momento em que o óvulo é fecundado até o décimo quarto dia; sendo *embrião* a partir do décimo quinto dia até o terceiro mês de gravidez.

Em decorrência disto, outro problema vem a surgir: em que consiste o conceito de viabilidade? A polêmica, portanto, foca-se nos embriões excedentários crioconservados que ultrapassem a data legal para serem usados e que foram descartados para qualquer projeto de natureza parental. Discute-se se os embriões devem ser considerados viáveis ou não, uma vez que a capacidade de se desenvolverem em azoto (nitrogênio) líquido são nulas, tendo a Comissão Nacional para a Reprodução Assistida, o Observatório de Lei e Bioética, além de vários grupos de cientistas e médicos espanhóis, defendido esta opção.

Este país, outrossim, não autoriza a produção de um embrião unicamente para fins de investigação médica, conforme prescreve o artigo 18.2 da Convenção dos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho Europeu, desde 1º de janeiro de 2000.

No que tange à utilização de embriões humanos para produzir células estaminais, o ordenamento espanhol estipula que é necessária uma autorização específica para realizá-las. A autorização deve, em princípio, ser dada pela Comissão Nacional para a Reprodução Assistida ou por uma comissão *ad hoc*. No entanto, as opiniões são bastante dissonantes.

Quanto à clonagem terapêutica, é considerada legal, desde que sejam utilizados embriões excedentários que ultrapassaram a data de implantação e que tenham a autorização dos doadores do material genético. Porém, esta prática, mesmo estando legalizada, sofre forte oposição de determinados segmentos sociais, notadamente, o dos religiosos.

Já a clonagem reprodutiva é defesa pela Lei de Reprodução Assistida e criminalizada pelo Código Penal Espanhol de 1995, tendo também sido excluída no protocolo adicional da Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina.

2.4.2 Alemanha

Neste país é ilegal a utilização de embriões humanos na investigação médica. Ademais, existe a *Embryonenschutzgesetz*, Lei de Proteção do Embrião, em vigor desde janeiro de 1991, que só permite o diagnóstico ou análise de um embrião para seu próprio benefício e com o desiderato de implantar este embrião individual no útero da respectiva mãe com vista à gravidez e o parto.

De acordo com esta lei, a produção de um embrião unicamente para fins de investigação científica é vedada, prescrevendo que qualquer pessoa que fertilize artificialmente um óvulo para qualquer outro fim que não seja o de originar uma gravidez na mesma mulher que doou o óvulo está sujeita a ser processada.

É também contrária à lei alemã qualquer tentativa de se empregar embriões humanos para produzir células estaminais. Entretanto, em determinadas situações austeramente regulamentadas, é possível importar células estaminais de outros países para projetos de investigação especiais de relevante importância, tendo cada caso de ser aprovado por uma comissão especial de ética.

No que diz respeito às clonagens terapêutica e reprodutiva, ambas são proibidas na legislação germânica. Pois, de acordo com a interpretação majoritária dos peritos legais da Alemanha, a proibição da clonagem no parágrafo sexto da Lei de Proteção do Embrião inclui a clonagem terapêutica e a clonagem reprodutiva, uma vez que esse clone é em si mesmo um

embrião, o qual além de não poder ser produzido, também não pode sequer ser utilizado, salvo em seu próprio proveito.

2.4.3 Reino Unido

Consoante algumas leis de licenciamento rigorosas, como a *Human Fertilisation and Embryology Act* (Lei de Fertilização Humana e Embriologia), em vigor desde 1990, permite-se a investigação com embriões humanos em alguns casos específicos. Estes casos incluem a investigação sobre o aborto, a esterilidade e as doenças genéticas.

Todavia, esta lei foi modificada de forma a permitir a utilização de embriões na investigação de doenças graves e dos respectivos tratamentos, e na investigação do desenvolvimento dos embriões humanos. Sendo que em todos os casos estes embriões devem ser eliminados no período de quatorze dias depois da fertilização.

Quanto à produção de embriões para fim de pesquisa é permitida na Grã-Bretanha, desde que exista anuência dos doadores. Assim, antes do recolhimento de óvulos e espermatozoides, os doadores têm que assinar uma declaração consentindo na utilização dos gametas masculino e feminino para uma considerável variedade de situações. Portanto, se os doadores anuírem, os óvulos e esperma, serão utilizados na produção de novos embriões que serão usados apenas com o objetivo de investigação médica, antes de serem eliminados.

No Reino Unido, o emprego de embriões para criar células estaminais e assim investigar a cura de doenças graves é legalizado desde 2001. Não obstante, a investigação só ser permitida mediante uma licença da *Human Fertilisation and Embryology Authority* (Autoridade para a fertilização humana e embriológica).

Sendo assim, as clonagens terapêutica e reprodutiva, também são permitidas no Reino Unido, considerando-se crime apenas a implantação de embriões clonados no útero humano, a qual é punida com pena privativa de liberdade, que poderá ser até dez anos.

2.4.4 França

Na França, a lei sobre Bioética, proíbe de forma geral, experiências com base em embriões humanos. Sendo permitidas, desde que com a anuência de seus progenitores, somente aquelas que forem úteis para o próprio embrião e não vierem a danificá-lo.

A mencionada lei, em vigência desde 29 de julho de 1994, além de proibir a produção de embriões para investigação, só admite a fertilização *in vitro* sob um aspecto: o de ajudar um casal a ter filhos. Preceituando quanto aos embriões sobrantes que os mesmos devem ser armazenados em estado de congelação durante cinco anos, para uma eventual implantação no útero da mãe. Os doadores poderão igualmente decidir doá-los a outro casal ou mandá-los destruir.

Outrossim, é proibida neste país as clonagens terapêutica e reprodutiva, conforme dispõe a nova Lei sobre o assunto, aprovada em 2004. Chegando a França e a Alemanha solicitarem à ONU que introduzisse uma proibição internacional da clonagem reprodutiva. Tal proibição transformaria essa prática num crime abrangido por um quadro legal restritivo idêntico ao que pune a tortura. No entanto, a proibição sobre pesquisas com células-tronco a partir de embriões humanos foi suspensa por cinco anos.

Depreende-se, afinal, que, embora no campo científico a evolução das práticas de reprodução assistida e todas as questões daí decorrentes sejam notórias, no meio jurídico muito há que se fazer para alcançar uma legislação adequada e consensual, que consiga acompanhar esses desenvolvimentos técnico-científicos sem perder de vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO III A PROTEÇÃO DO EMBRIÃO HUMANO *IN VITRO* NO DIREITO BRASILEIRO

Em virtude do desenvolvimento da técnica de fertilização *in vitro* (FIV) com posterior transferência de embriões, a comunidade médica tornou-se capaz de intervir no processo reprodutivo humano. Tal fato, associado com a enorme diversidade religiosa, filosófica e científica, faz da reprodução humana assistida uma área polêmica, em que as reflexões legais e éticas, ainda são pouco definidas pelas diversas sociedades, como visto outrora.

De outro modo, o célere surgimento de novos conhecimentos técnico-científicos nesse campo é irrefreável, agravando o estabelecimento de normas ou legislações duradouras. No Brasil, as técnicas de Reprodução Assistida são regulamentadas precipuamente pela Resolução nº. 1358/92, do Conselho Federal de Medicina e pela lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança).

3.1 Análise da Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina determina na introdução desta norma que as questões relativas à infertilidade humana são consideradas problemas de saúde com implicações médicas e psicológicas, objetivando, portanto, harmonizar as técnicas de Reprodução Assistida com a ética médica, sendo adotado como dispositivo deontológico (referente ao estudo dos princípios, fundamentos e sistemas de moral) a ser seguido pelos médicos e clínicas que se utilizam desses procedimentos.

Esta resolução estabelece alguns objetivos deste tipo de tratamento, como: auxiliar na resolução de problemas de fertilidade, desde que outros mecanismos terapêuticos não tenham logrado êxito; considerável probabilidade de sucesso na implementação deste procedimento, além de não se colocar em risco a saúde da paciente, nem de sua eventual prole; exigência para a sua aplicação do consentimento livre e informado (detalhamento do método a ser utilizado) dos pacientes inférteis e dos doadores do material genético.

Observe-se, neste último tópico, que para a aplicação das técnicas de reprodução assistida, exige-se também o consentimento do cônjuge ou companheiro com a finalidade de evitar quaisquer questionamentos quanto à filiação ou possíveis alegações de infidelidade conjugal, em processo semelhante ao de consentimento consciente e informado. Sendo assim,

percebe-se que esta disposição tem em vista a análise não somente de uma questão legal, mas da estabilidade da unidade familiar.

Ademais, proíbe-se a escolha de sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, impedindo-se, por conseguinte, práticas eugenésicas, salvo quando se trate de evitar doenças hereditárias ligadas ao sexo do indivíduo que venha a nascer.

No que concerne à prática da eugenia – conforme Aurélio Buarque de Holanda (2001), a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana – embora proibida por esta resolução, alguns médicos de renome em matéria de reprodução assistida, admitiram utilizar-se de mecanismos para seleção de sexo em nome de um pretense *equilíbrio familiar* para casais que já têm três filhos (apenas do sexo feminino ou somente do sexo masculino), mas anseiam com outro de sexo determinado e diferente dos já concebidos, conforme matéria publicada na Revista Veja.

Igualmente, é vedada a fecundação de ovócitos humanos para qualquer outra finalidade que não seja a da reprodução. Além de determinar que o número de pré-embriões transferidos para o útero da receptora não seja superior a quatro, evitando-se, portanto, gestação múltipla, porém, caso isto aconteça, é proibida a utilização de técnicas que almejem a diminuição embrionária.

Além disso, a prática na área ainda implica responsabilidade civil das clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução humana assistida, sem o necessário controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária destes procedimentos.

Deve-se, neste sentido, apresentar para evitar estas situações alguns requisitos mínimos, tais como: a escolha de um médico responsável pelos métodos empregados; um registro permanente das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, advindos destas técnicas; e um registro constante das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de reprodução assistida, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

Ao tratar da questão de doação de gametas e embriões pré-implantatários, estabelece como regra de observância obrigatória o anonimato entre doadores e receptores, identificando, no entanto, como exceção, a hipótese em que em situações especiais, as informações sobre doadores, por questões médicas, podem ser reveladas exclusivamente para médicos, que resguardarão as identidades civis das partes envolvidas. Não explicita, todavia, que situações seriam estas, deixando este juízo de valor ao arbítrio dos profissionais de saúde.

Verifica-se, nesta resolução, a preocupação com a possibilidade de incesto e questões biológicas, como má formação genética decorrentes desta forma de reprodução humana, quando expõe:

As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes. A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

Ressalte-se que o uso de embriões humanos para pesquisas não é permitido, e esta resolução não fixa o tempo máximo de congelamento, vindo tal fato acarretar num contínuo aumento de embriões excedentes estocados em laboratório.

Por outro lado, o problema é agravado por fatores adicionais como o alto número de pacientes que abandonam o tratamento devido problemas econômicos, após uma ou duas falhas nos programas de fertilização *in vitro*, ou que consideraram ideal o número de filhos obtidos após o emprego das técnicas de reprodução assistida. E, some-se a isto, o fato de inexistir uma população interessada em receber embriões doados, pois o material genético não pertencerá a nenhum dos integrantes do casal infértil.

Destarte, é autorizada a criopreservação do excedentário de embriões, óvulos e espermatozóides, pelas clínicas, centros ou serviços que lidam com este tratamento, sendo proibida a destruição e o descarte de embriões pré-implantatórios. E no momento desta criopreservação, são os próprios consortes ou companheiros inférteis que devem exprimir sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Isto posto, pode-se depreender de tal regulamentação algo contraditório, visto que se não é permitido destruir ou descartar os embriões, como então deixar-se-á ao arbítrio dos cônjuges ou companheiros, nos casos supramencionados, o destino que darão a estas células individualizadas, por terem material genético próprio?

Neste diapasão, é que conforme artigo publicado, uma equipe médica resolveu adotar algumas normas para tentar reduzir o número de embriões excedentes congelados, como: realizar somente um novo ciclo de fecundação *in vitro* após a transferência de todos os embriões criopreservados dos ciclos anteriores; e, como outra forma de reduzir esse percentual, resolveram que quando um casal não possui mais interesse em receber os

embriões crioconservados para a obtenção de uma nova gestação, esses embriões são transferidos intra-útero durante um período *fora da fase ovulatória* destas pacientes.

Conforme este grupo de cientistas, essa medida não causou nenhuma complicação (infecções pélvicas, gestações indesejadas, etc.) nessas mulheres, apesar de não ser o ideal do ponto de vista ético, afirmam.

Diante deste quadro, nova indagação surge: transferir embriões para dentro do útero, durante um período não compreendido pela fase ovulatória da paciente, não seria o mesmo que descartá-los?

Vê-se, deste modo, que, doravante, complexos questionamentos éticos têm as ciências jurídicas, biológicas, filosóficas, sociológicas, entre outras, a dirimir ou no mínimo tentar atenuar as suas conseqüências.

Por fim, a resolução ora em análise, prescreve que o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de quatorze dias e que as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de reprodução assistida para criarem a situação identificada como gestação de substituição (*barriga de aluguel*), desde que exista um problema médico que impeça ou não indique a gestação na doadora genética. Asseverando, ainda, que as doadoras de ventre devem pertencer à família da doadora do óvulo, num parentesco até o segundo grau, sendo outros casos sujeitos à apreciação do Conselho Regional de Medicina, não podendo tal empréstimo ter caráter lucrativo ou comercial.

3.2 Exame da Lei nº. 11.105/2005 – Lei de Biossegurança

A priori, antes do advento desta lei, tinha-se a Lei nº. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, igualmente denominada Lei de Biossegurança, que estabelecia normas para o uso das técnicas de engenharia genética, permitindo as pesquisas com células da medula óssea e do cordão umbilical, mas vedando-as em relação aos embriões humanos. Além disso, esses embriões, ao completarem quatro anos de congelamento, eram descartados.

Neste sentido, surgiu, no cenário legislativo nacional, o projeto de lei, de autoria do Senador da República pelo Estado da Paraíba, Ney Suassuna, que visava regulamentar os incisos II, IV e V do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvessem OGM – organismos geneticamente modificados e seus derivados, a criação do CNBS – Conselho Nacional de Biossegurança, a reestrutura da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, que disporia sobre a Política Nacional de Biossegurança, a revogação da 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 dava outras providências.

Assim sendo, após amplo debate sobre os assuntos no Congresso Nacional, com direito à audiência pública no Senado Federal, e após atravessar três comissões, a de Educação, a de Assuntos Sociais e a de Constituição e Justiça, esta lei obteve a sanção presidencial, passando a vigorar desde a sua publicação.

Por conseguinte, a nova Lei de Biossegurança tenta regularizar, tal como a anterior, duas questões concomitantemente – a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados (OGM) e a pesquisa com células-tronco embrionárias. Contudo, nesta norma, são admitidas novas técnicas de pesquisa.

Somente a título de informação, os transgênicos ou organismos geneticamente modificados, são aqueles acrescidos de um novo gene ou fragmento de DNA para que desenvolva uma característica em particular, como mudanças do valor nutricional ou resistência a pragas.

Porém, cumpre salientar, que o objeto deste estudo centra-se na pesquisa de como é protegido o embrião humano *in vitro* pelo Direito.

Destarte, com a aprovação desta lei, que dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança, novas situações foram consignadas, a saber: tornou-se permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados para o fim a que se pretendia, ou seja, a procriação de seres humanos.

Destaque-se, que para tal medida entrar em vigor, algumas condições foram implementadas pelo próprio texto da lei, como a necessária inviabilidade destes embriões, ou o seu congelamento há três anos ou mais, além da indispensável outorga dos genitores, que se submeteram a este tipo de tratamento, conforme preceitua o artigo 5º, incisos I e II, parágrafo primeiro, desta lei.

No que concerne ao mesmo artigo, parágrafo segundo, ficou determinado que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com estes tipos de células humanas deverão sujeitar seus projetos à avaliação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Noutro aspecto, tipificou como crime, a comercialização do material biológico (embriões humanos *in vitro*) e prescreveu que sua prática implica a sanção definida pela Lei nº. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para

fins de transplante e tratamento, além de dá outras providências, em seu artigo 15, que assim estabelece:

Artigo 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, de 200 (duzentos) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Assegurou, ainda, que é defeso o procedimento de engenharia genética – que segundo a lei, consiste na atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante – em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas acima analisadas, conforme o artigo 6º desta lei.

Ademais, proíbe a engenharia genética em célula germinal humana (óvulo e espermatozóide), zigoto humano (célula reprodutora resultante da fusão de dois gametas de sexo oposto) e embrião humano (organismo em seus primeiros estágios de desenvolvimento, desde as primeiras divisões do zigoto até o nascimento, conforme definição de Aurélio Buarque de Holanda). Além de impedir a técnica de clonagem humana.

Nesta esteira de pensamento, é que caso alguém desobedeça as determinações desta lei, ou seja, utilize embrião humano em desacordo com o disposto acima, cumprirá pena de detenção de um a três anos e multa; se praticar engenharia genética naqueles casos, sujeitar-se-á a uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa; e caso realize clonagem humana, será enquadrado numa pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, mediante ilação dos artigos 24, 25 e 26. Ocorre, ainda, que esta lei determina o agravamento destas penas, caso resulte em lesão corporal de natureza grave em outrem, ou a morte de outrem.

Isto posto, convém ressaltar, que com a promulgação desta lei, a comunidade científica dividiu-se acerca do uso de células-tronco, ficando uns a favor, outros reticentes, e ainda alguns completamente contrários a esta prática.

Desta forma, como integrante do grupo que apóia esse tipo de pesquisa, pode ser evidenciado o posicionamento do CIB (Conselho de Informações sobre Biotecnologia), o qual afirma que com a sanção presidencial, o Brasil poderá ocupar posição de maior destaque nas pesquisas ligadas à biotecnologia em suas diferentes áreas, particularmente na medicina, beneficiando os estudos com células-tronco embrionárias.

Quanto aos que são reticentes a esta prática, embora totalmente favoráveis à mesma, podem ser citadas as cientistas Mayana Zatz, coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano da Universidade de São Paulo, a qual diz que é preciso ter bastante cuidado com

algumas promessas, pois os resultados ainda irão demorar vários anos para aparecer, em determinadas situações.

No mesmo sentido, assinala a pesquisadora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Nance Nardi, que tais células apresentam grave risco de segurança, salvo se estiverem sob total controle, *podendo ocorrer o surgimento de tumores, do tipo teratomas*, nos receptores do transplante. Além da possibilidade de rejeição imunológica, assim como ocorre em qualquer tipo de transplante.

Na esfera dos totalmente contrários ao uso de células-tronco embrionárias, está Dante Gallian, diretor do Centro de História e Filosofia das Ciências da Saúde da Universidade Federal de São Paulo, para quem a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo líquido seminal masculino, representando esta lei, por consequência, um “retrocesso humanístico”.

Conclui-se, que mesmo com a promulgação de uma nova lei, elaborada com a aspiração de solucionar estas questões da área da biomedicina e do biodireito, o consenso entre os diversos segmentos da sociedade, está longe de ser atingido.

3.3 O enfrentamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal

Como visto, para poderem fazer pesquisas com células-tronco embrionárias humanas (capazes de se diferenciar em qualquer tipo de tecido), os cientistas dependem do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Ocorre que este dispositivo foi questionado por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº. 3510-0/600, ajuizada em maio de 2005 e promovida por Cláudio Fonteles, ex-procurador geral da república, para o qual a vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade.

Segundo este jurista, o embrião humano não é parte, mas sim *totipotente*. Fundamentando sua afirmação em pronunciamento de notáveis cientistas, como Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia, que expõe: “O zigoto, constituído por uma única célula produz imediatamente proteínas e enzimas humanas e não de outra espécie. É biologicamente um indivíduo único e irrepitível, um organismo vivo pertencente à espécie humana”.

No mesmo sentido, asseveram Keith Moore e T. V. N. Persaud, que o desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta

masculino se une a um ovócito, formando, portanto, uma célula única, denominada zigoto. Esta célula altamente especializada e *totipotente* marca o início de cada um de nós, como indivíduo único.

Ao analisar o artigo 5º da Lei nº. 11.105/2005, o ex-procurador geral, disse que esta lei adotou a teoria da *diferenciação parcial*, significando que o embrião humano é ser humano, mas ainda não *homem-pessoa*, merecendo tutela jurídica inferior a esse. Deveras, pode-se observar tal classificação, quando o legislador permite apenas o uso de células-tronco embrionárias inviáveis, ou com três anos ou mais de congelamento, além da necessidade do consentimento dos genitores.

Sendo assim, de acordo com o probo procurador, o legislador brasileiro não admitiu a tese da *diferenciação total*, que concebe o embrião como simples coisa, sendo total sua disponibilidade, o que possibilitaria sua produção em proveta para quaisquer finalidades de pesquisa ou experimentação, genética ou não, bem como a utilização de fetos abortados em cosméticos ou na indústria.

É exatamente por esses motivos que o procurador Cláudio Lemos Fonteles, impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança, como dito anteriormente, pois para ele, se ser humano existe, se o embrião é ser humano, não se pode estabelecer gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida, sendo injurídico falar-se em tutela jurídica inferior.

Destarte, pugnou pela definição constitucional do início da vida humana, tendo em vista o princípio da inviolabilidade desta, como sendo testemunho inequívoco do cumprimento de missão reservada ao Supremo Tribunal Federal – “guardião” da Constituição.

Isto posto, o então relator desta ação, o Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Ayres Britto, aceitou o pedido do ex-procurador para haver uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de se ouvir as diversas correntes doutrinárias a respeito do assunto, e, ao final, tentar, embasado no direito, responder à pergunta – *quando começa a vida humana?*

3.3.1 A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal

A primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal, ocorreu no dia 20 de abril de 2007, a qual contou com a participação de trinta e quatro especialistas da comunidade científica (médicos, geneticistas, neurocientistas e advogados) na discussão sobre o emprego de células-tronco embrionárias em pesquisas.

A audiência, que se configurou numa verdadeira batalha entre cientistas, teve de um lado os defensores destas práticas, convidados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e de outro, os que não admitiam que o embrião humano seja tido como *coisa*, os quais foram escolhidos pelo Ministério Público Federal e pela Confederação Nacional de Bispos do Brasil.

O propósito do questionamento é auxiliar os onze ministros desta Corte a decidir sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, aprovada em 2005, que autoriza a pesquisa com células-tronco extraídas de embriões produzidos *in vitro* para fins de reprodução assistida.

Neste diapasão, é que aberta a audiência, os cientistas de ambos os lados, começaram a expor as suas argumentações, com o objetivo de influenciar e dar legitimidade à decisão mais lúcida e racional possível pela egrégia Corte, sem, no entanto, pôr em risco nenhum direito assegurado pela Constituição, mas, pelo contrário, tentar estabelecer, alicerçado no princípio da proporcionalidade, o mais razoável de acordo com a Lei Maior.

Sendo assim, a pró-reitora de pesquisa da USP (Universidade de São Paulo), Mayana Zatz, forte defensora da utilização de embriões nas pesquisas técnico-científicas, apresentou em telão imagens de pacientes de doenças degenerativas, muitos deles crianças com prognósticos de dor e sofrimento. Chegando a perquirir: por que preservar um embrião congelado e sem viabilidade, mesmo sabendo que a probabilidade de ele gerar um ser humano é *praticamente zero*?

Em seguida, a professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, exibiu fotos de embriões chamados de tipo A, B, C e D, segundo critérios usados pelas clínicas de reprodução assistida, afirmando que embriões de tipo D são aqueles com alto grau de fragmentação. Por isso, raramente são implantados no útero, pois têm pouca chance de originar uma gestação. Quando frescos, assevera, só seis por cento desses embriões fixam-se no útero. Se congelados, as chances caem para 0,8 por cento.

Ainda, conforme esta cientista, embriões C e D apresentam alta incidência de malformação fetal e por isso acabam sendo descartados. Logo: por que não usá-los na pesquisa? Questiona.

Em sentido contrário ao analisado, Lenise Garcia (2007), professora da Universidade de Brasília, defendeu que a vida começa na fecundação. *Ex positis*:

Veja uma borboleta. Lagarta e borboleta não se parecem, mas são o mesmo indivíduo em fases diferentes da vida. O Ibama protege o ovo da tartaruga porque sabe que ali está uma tartaruguinha. O embrião é um ser humano em potencial, mas um ser humano em uma fase específica da vida.

Para Alice Teixeira Ferreira, da Universidade de São Paulo, uma pesquisa intensiva de células-tronco adultas, como alternativa às embrionárias seria o ideal.

Tal teoria é a defendida também por Marcelo Mazzetti, da mesma Universidade, para quem a pesquisa com células-tronco adultas já resultou em 72 terapias com bons resultados. Assegurando que o *placar* está setenta e dois a zero para as células adultas! Sendo assim, conclui: por que insistir em um procedimento que mata embriões?

Finalmente, o Ministro Carlos Ayres Britto encerrou a audiência pública com um resumo do problema que cabe à insigne Corte Constitucional do País resolver, *in verbis*: “Temos pontos de vista bem fundamentados. Nem sempre você decide entre o gritantemente certo e o salientemente errado. Às vezes, você tem de decidir entre o certo e o certo; em outras, entre o certo aparente e o certo aparente”.

3.4 O princípio da dignidade humana

Há uma relação estreita de vinculação entre os direitos e os princípios fundamentais. Desta forma, a dignidade da pessoa humana, inegavelmente, encontra-se inserida entre os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, e dentre a maioria dos direitos sociais.

Contudo, antes de aprofundar-se no que significa tal princípio, cumpre ressaltar, de início, que a idéia de valor do ente humano encontra suas raízes já na ética cristã, como apresenta o douto constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet (2005; p.113):

Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

É neste sentido, que a Constituição Federal de 1988 aduz em seu artigo 1º, inciso III, que: “A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos – a dignidade da pessoa humana”. Logo, infere-se que não se admite, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou reduza este princípio.

Igualmente, como ordenamento jurídico de extrema importância que reverencia este princípio, tem-se a Declaração Universal da ONU, de 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data, que reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Destarte, embora alguns doutrinadores sustentem a desnecessidade em conceituar juridicamente a dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser a própria natureza do ente

humano como tal, torna-se importante fazê-lo para o bom desenvolver do tema em comento. Portanto, de acordo com o insigne jurista Ingo Sarlet (2005; p. 116):

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Na mesma esteira de pensamento, o doutrinador Alexandre de Moraes (2003; p. 60), pontua:

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

Não obstante, observa-se que o progresso científico tem posto em causa o verdadeiro sentido e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. As modernas técnicas de procriação, bem como as investigações e experimentos em embriões humanos têm servido para desprezar este princípio, consoante alguns grupos da sociedade.

Para finalizar, é notória a lição de Norberto Bobbio (1985) quando consigna que: “o problema de fundo dos direitos individuais, hoje em dia, não é tanto o de se encontrar argumentos para justificá-los, que existem muitos – mas sim o de protegê-los; a proteção dos direitos é um problema político e não filosófico”.

3.5 Direito à existência e o direito de nascer

Da garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana, já analisado no capítulo primeiro deste trabalho, subjaz a idéia de que o indivíduo humano *não pode ter o seu processo vital interrompido*, a não ser pela morte natural, espontânea e inevitável, como afirma o nobre jurista José Afonso da Silva (2000).

De outra forma, na sistemática constitucional, não há que se falar apenas num direito de vida, como medida de preservação de uma vida já nascida, mas também de um direito à vida, reflexo do desenvolvimento de toda e qualquer vida humana. O direito à vida reconhecido constitucionalmente diz respeito a todas as manifestações de vida humana, sem qualquer restrição. Neste sentido, pontua o doutrinador Paulo Otero (1999; p. 38), referindo-

se à Constituição Portuguesa, devido esta defender o direito à vida, podendo, portanto, ser reproduzido o mesmo ensinamento, no que concerne ao direito brasileiro, *in verbis*:

“O artigo 24, nº. 1, da Constituição, ao afirmar a inviolabilidade da vida humana, não faz qualquer distinção sobre a natureza extra-uterina ou intra-uterina dessa mesma vida. Precisamente por não fazer qualquer distinção, uma única interpretação se mostra legítima: entender que a garantia de inviolabilidade da vida humana compreende todas as formas de manifestação dessa mesma vida, isto, naturalmente, desde que a mesma surge. A inviolabilidade da vida humana envolve um direito à existência de todos os seres humanos já concebidos”.

Sendo assim, a proteção constitucional para que o embrião não tenha subtraída a sua vida arbitrariamente, resulta do direito que todos os integrantes da família humana possuem (como visto acima), de não terem apenas respeitada a vida num determinado momento de seu desenvolvimento, mas sim do início do processo vital até o seu término, sem a concorrência da intervenção maléfica da capacidade de inventar humana. Neste sentido, a tutela conferida pela Constituição é bastante salutar, tendo em vista que quanto mais indefeso o ser humano, maior deve ser a proteção dispensada.

No que diz respeito ao direito de nascer ou direito ao nascimento, o mesmo é deduzido de uma conseqüência lógica do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, toda forma de vida extra-uterina, usufrui do direito de ser implantada no útero materno e conseqüentemente do direito à gestação e posterior nascimento, conforme ensinamento de Paulo Otero (1999).

Deveras, toda vida humana possui dignidade, pois caso houvesse distinção entre vida nascida, intra e extra-uterina, com a finalidade de depreciar uma vida em relação à outra por critérios utilitaristas, chegar-se-ia à conclusão de que haveria espécies de vida menos importantes do que outras, o que levaria a deduzir que nenhuma vida é importante.

Por essa razão, a vida humana, de forma integral, é digna da proteção constitucional, seja na vertente do direito à existência, seja através do direito de nascer, seja finalmente, pelo direito à conservação de uma vida já nascida.

3.6 Direito à identidade pessoal do ser humano

No instante da fecundação, com a fusão dos dois gametas (óvulo e espermatozóide), inicia-se um processo irreversível que, *se não for interrompido*, irá conduzir à uma gestação e nascimento posteriores. É sabido, que a ciência biológica não nega que a partir da fecundação forma-se um novo ser, com características próprias e individualizadas.

Indubitável é, portanto, que o embrião, desde a sua fecundação, já possui um código genético com todas as suas características individuais, que não coincidem com a de nenhum outro. Os caracteres humanos por ele apresentados não se confundem sequer com a dos seus próprios genitores, trata-se de um novo ser, sem cópia e insubstituível.

Neste sentido, o doutrinador Paulo Otero (1998; p. 80), ao tratar de definir e classificar o direito à identidade pessoal do ser humano, exprime:

a) A identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único, indivisível e irrepitível de cada ser humano; cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais; b) A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num *direito à historicidade pessoal*.

Destarte, o direito à identidade pessoal, nas duas dimensões, objetiva tutelar o embrião humano e suas formas seguintes de vida para que não deturpem a finalidade precípua da reprodução assistida, que é a de possibilitar que a criança advinda deste processo tenha direito de nascer num ambiente familiar normal, bem como tenha acesso à todas as informações sobre as pessoas envolvidas no mesmo.

3.7 A santidade da vida humana *versus* qualidade de vida

Da proteção outorgada pela Constituição infere-se que a natureza da vida humana tem um elevado grau de respeitabilidade. A reverência absoluta à vida indica um importante sinal de que ela possui qualquer coisa de extraordinário e, por essa razão, não se admite seja violada ou desprezada.

A santidade da vida humana fundamenta-se na dignidade humana, sem a qual nenhum direito pode ser reconhecido. A pessoa tem o direito de viver a sua própria vida, independentemente de seu estado de saúde ou condição social, isto é, *merece ser tratada como um fim em si mesma, jamais como um meio*.

Todavia, nos últimos tempos, o conceito de intocabilidade da vida humana passou a ser implacavelmente questionado, pois com o surgimento das descobertas no campo técnico-científico, notou-se uma melhoria da condição humana, aparecendo algumas soluções para problemas antigos, tais como a possibilidade de procriação através de métodos artificiais, a descoberta de novos medicamentos que atenuam ou solucionam a dor ou o sofrimento, e, conseqüentemente, o aumento da duração de uma vida, entre outros.

Assim sendo, o grande problema que se identifica com isso, é a notável inversão de valores: fala-se na liberdade da autonomia da mãe (dos pais) em relação ao embrião para decidir sobre a vida ou a morte deste ser em formação. Por vezes esta liberdade tenta legitimar-se por meio de uma denominada autodeterminação da mulher ou pelo respeito que a sua vontade pode representar em face do ordenamento jurídico-constitucional.

Ocorre que, o embrião humano fertilizado *in vitro* não é *res* (coisa), ou uma parte da mulher que está separada do corpo, antes é, sobretudo, um ser humano em pleno vigor, e, portanto, digno do direito de não ser destruído ou descartado. Essa *coisificação* do ente humano tem servido para embasar estas atitudes mesquinhas e violadoras de direitos tão estimados para o denominado Estado Democrático de Direito.

Observa-se que o nível de inviolabilidade conferido pela Constituição à vida humana permite concluir que a mesma deve ser protegida como um valor supremo, independentemente da qualidade dessa vida. Por isso, a inviolabilidade deste direito deve ser revestida de uma dimensão absoluta, comportando apenas as exceções tradicionalmente conhecidas, tais como o estado de necessidade ou a legítima defesa.

Seguindo essa linha de argumentação, como seria possível se falar em qualidade de vida, se não é respeitada nem a mais rudimentar forma de existência humana? A qualidade de vida referir-se-ia à quem: aos pais ou ao próprio embrião? Ou deveria atribuir-se a ambos?

Com esse intuito, é que no âmbito constitucional, a vida humana é protegida de forma ampla e irrestrita. Embora a legislação infraconstitucional parecer indicar que quanto mais jovem o ente humano, menor é a proteção a ele conferida: exemplo disso é a tutela da vida humana no Código Penal Brasileiro, no caso de aborto e infanticídio, onde as sanções são menores do que as referentes ao homicídio. Senão, veja-se:

Artigo 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Artigo 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Artigo 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. Artigo 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Ademais, não se parece acertado imaginar que a vida humana possua diversos graus de respeitabilidade: a proteção constitucional não está condicionada ao nível de desenvolvimento do embrião e suas formas seguintes de desenvolvimento, pois a vida desde a concepção recebe a tutela conferida pela Constituição.

De forma que a discussão acerca de um estatuto da pessoa não nascida diferenciado da criança já nascida, sob o prisma constitucional, só terá importância em face de critérios

posteriores, como por exemplo os referentes ao Direito Privado (filiação, sucessões, indenizações por danos, etc.), mas não terá a mesma relevância quando se tratar de saber se o embrião possui ou não o direito à inviolabilidade de sua vida.

Em conclusão, percebe-se que a difusão crescente das pesquisas na área biomédica tem colocado em xeque uma série de direitos fundamentais já referidos, tendo como consequência a necessidade indeclinável da intervenção jurídica para obstar à continuação dessas agressões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo primordial deste trabalho foi se aventurar numa pesquisa mais aprofundada em busca de soluções para a questão dos embriões excedentários criopreservados, a saber: são ou não sujeitos de direitos? Merecem ou não serem tutelados juridicamente? Em que se justificaria esta proteção?

Todas estas questões estão há algum tempo afligindo cientistas, filósofos, juristas, religiosos, sociólogos, acadêmicos, enfim, a sociedade de uma forma geral. Razão pela qual, muitos trabalhos científicos, em todas estas áreas, estão sendo elaborados no intento de, pelo menos, atenuar estas inquietações.

Muitas, como observado, são as respostas, ditas científicas, a estas indagações. Nesse sentido, algumas reivindicam a diminuição de limites jurídicos e éticos, dando prevalência ao progresso médico-científico. Outras, no entanto, defendem que a consciência da comunidade científica não se deve afastar de seu desiderato comum: o progresso das ciências, juntamente com a valoração do ente humano e o respeito a sua dignidade.

Destarte, de tudo o que ficou demonstrado, pode-se inferir, com considerável grau de certeza, que o embrião humano, fecundado *in vitro*, goza do *status* de pessoa constitucional, sendo por este motivo digno do respeito e da tutela do ordenamento jurídico.

Esta garantia a Constituição Federal lhe dá, quando reconhece em seu artigo 5º, o caráter absoluto da vida humana, e, acima de tudo, ao vedar toda e qualquer conduta tendente a lesionar ou, no mínimo, ameaçar de lesionar, a dignidade do ser humano.

Igualmente, o reconhecimento destes direitos fundamentais, é declarado e assegurado por várias legislações internacionais, as quais dão subsídio e as vezes integram a Constituição, quando esta lhes é signatária. Tudo isso, com o objetivo de intensificar o completo repúdio por qualquer espécie de violação a direitos fundamentais de tamanha envergadura, como se define o direito à vida.

Seria contrário ao bom senso, se o ordenamento jurídico não reconhecesse a titularidade de direitos ao embrião humano, fundamentado em hipóteses científicas que se dispõem a determinar um momento para o início da vida humana.

Pois, embora seja suficientemente clara – talvez este seja o problema! – a ilação de que a vida humana surge quando da junção do óvulo com o espermatozóide, ou seja, com a concepção, a qual configura-se em condição *sine qua non* (sem a qual não) ocorrerá as demais etapas do processo evolutivo, pode-se ainda aduzir como tentativa de solucionar esta questão, o fato de que quando se está em dúvida quanto à culpabilidade ou não do acusado

criminalmente, julga-se *in dubio pro reo*, ou, na dúvida, a favor do réu. De igual forma, em caso de dúvida sobre a humanidade ou não do embrião em determinado momento da sua existência, deve-se, por analogia, aplicar o princípio do *in dubio pro vita*, ou, na dúvida, a favor da vida!

Neste diapasão, pode-se afirmar que o avanço tecnológico na área da Biomedicina é legítimo, denotando o desenvolvimento e o aperfeiçoamento que a humanidade está alcançando. Entretanto, deve-se tomar cuidado para que não haja uma inversão de valores, como infelizmente, já se pode notar, quando a ciência se tornou um fim em si mesma e o ser humano em um meio para se conseguir o progresso desta.

É neste esteira de pensamento, que se impõe a conclusão de que o ente humano deve sempre figurar como personagem principal do ordenamento jurídico, dispondo dos recursos da engenharia genética com finalidade terapêutica e não para a efetivação de vaidades egoísticas e utilitaristas.

Logo, os critérios de qualidade de vida, mesmo sendo muito importantes, devem submeter-se ao interesse maior que é o respeito pelo princípio da dignidade do ser humano e seus corolários. As liberdades individuais não podem prevalecer sobre a vida humana do embrião, mesmo que este esteja em estado de congelamento.

Isto posto, depreende-se que é de extrema urgência que se regule a contento a fecundação humana assistida e suas prováveis conseqüências, meticulosamente, restringindo-a no que for possível.

De tal sorte, roga-se a Deus para que ilumine os membros dos Poderes Legislativo e Judiciário, guiando-os em suas decisões, para que fatores técnico-científicos não constituam a destruição do gênero humano, não permitindo, por conseguinte, que os embriões humanos *in vitro*, sejam aviltados e fazendo com que a autonomia científica termine sempre que estiver em risco o respeito à vida e à dignidade humanas.

Ademais, ressalte-se, que estas limitações não devem circunscrever-se ao âmbito restrito de um único país, antes, deve ser uma preocupação universal, pautada primordialmente sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e da não instrumentalização (*coisificação*) da vida, como valores fundamentais da humanidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Heloísa Helena. *Proteção Jurídica ao Embrião Humano*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reprodução/proteção.htm>> Acesso em 20 de maio de 2007.

BOBBIO, Norberto. *Desapropriação para Urbanização e Reurbanização*. A questão da revenda. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL, Constituição (1998). *Lex: Legislação e Marginalização*. Brasília, DF: Senado, 2007.
BRASIL, Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2007.

CATÃO, Marcone do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

CHAVES, Benedita Inez Lopes. *A Tutela Jurídica do Nascimento*. São Paulo: LTR, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. vol. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A Ectogênese e seus Problemas Jurídicos*. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/plsportal/docsPAGEDOCUMENTACAO_E_DIVULGACAOPUBLICACAO_DIVULGACAODOCTRINA_CIVELCIVEL%2005.PDF>. Acessado em 02 de março de 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. vol. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade e Genética do Ser Humano*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Civil: direito de família*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ANEXOS

ANEXO A – Lei nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.....	62
ANEXO B – Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biosegurança.....	65
ANEXO C - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3510-0/600.....	84

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais; CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica; CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º.- Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92- Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I-PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores.

Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico

humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV-DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI-DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005.

Mensagem de veto

Regulamento

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES E GERAIS

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

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de pesquisa a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM e seus derivados.

§ 2º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de uso comercial de OGM e seus derivados a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais.

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

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

§ 2º As atividades e projetos de que trata este artigo são vedados a pessoas físicas em atuação autônoma e independente, ainda que mantenham vínculo empregatício ou qualquer outro com pessoas jurídicas.

§ 3º Os interessados em realizar atividade prevista nesta Lei deverão requerer autorização à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, que se manifestará no prazo fixado em regulamento.

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

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

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

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

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

multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

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

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

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

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

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

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

Art. 4º Esta Lei não se aplica quando a modificação genética for obtida por meio das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I – mutagênese;

II – formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal;

III – fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV – autoclonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural.

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

Art. 6º Fica proibido:

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

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

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

IV – clonagem humana;

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

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

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

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

Art. 7º São obrigatórias:

I – a investigação de acidentes ocorridos no curso de pesquisas e projetos na área de engenharia genética e o envio de relatório respectivo à autoridade competente no prazo máximo de 5 (cinco) dias a contar da data do evento;

II – a notificação imediata à CTNBio e às autoridades da saúde pública, da defesa agropecuária e do meio ambiente sobre acidente que possa provocar a disseminação de OGM e seus derivados;

III – a adoção de meios necessários para plenamente informar à CTNBio, às autoridades da saúde pública, do meio ambiente, da defesa agropecuária, à coletividade e aos demais empregados da instituição ou empresa sobre os riscos a que possam estar submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados no caso de acidentes com OGM.

CAPÍTULO II

Do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS

Art. 8º Fica criado o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, vinculado à Presidência da República, órgão de assessoramento superior do Presidente da República para a formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança – PNB.

§ 1º Compete ao CNBS:

I – fixar princípios e diretrizes para a ação administrativa dos órgãos e entidades federais com competências sobre a matéria;

II – analisar, a pedido da CTNBio, quanto aos aspectos da conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional, os pedidos de liberação para uso comercial de OGM e seus derivados;

III – avocar e decidir, em última e definitiva instância, com base em manifestação da CTNBio e, quando julgar necessário, dos órgãos e entidades referidos no art. 16 desta Lei, no âmbito de suas competências, sobre os processos relativos a atividades que envolvam o uso comercial de OGM e seus derivados;

IV – (VETADO)

§ 2º (VETADO)

§ 3º Sempre que o CNBS deliberar favoravelmente à realização da atividade analisada, encaminhará sua manifestação aos órgãos e entidades de registro e fiscalização referidos no art. 16 desta Lei.

§ 4º Sempre que o CNBS deliberar contrariamente à atividade analisada, encaminhará sua manifestação à CTNBio para informação ao requerente.

Art. 9º O CNBS é composto pelos seguintes membros:

I – Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá;

II – Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia;

III – Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário;

IV – Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

V – Ministro de Estado da Justiça;

VI – Ministro de Estado da Saúde;

VII – Ministro de Estado do Meio Ambiente;

VIII – Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

IX – Ministro de Estado das Relações Exteriores;

X – Ministro de Estado da Defesa;

XI – Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República.

§ 1º O CNBS reunir-se-á sempre que convocado pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, ou mediante provocação da maioria de seus membros.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes do setor público e de entidades da sociedade civil.

§ 4º O CNBS contará com uma Secretaria-Executiva, vinculada à Casa Civil da Presidência da República.

§ 5º A reunião do CNBS poderá ser instalada com a presença de 6 (seis) de seus membros e as decisões serão tomadas com votos favoráveis da maioria absoluta.

CAPÍTULO III

Da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio

Art. 10. A CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zootossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente.

Parágrafo único. A CTNBio deverá acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais e das plantas e do meio ambiente.

Art. 11. A CTNBio, composta de membros titulares e suplentes, designados pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, será constituída por 27 (vinte e sete) cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente, sendo:

I – 12 (doze) especialistas de notório saber científico e técnico, em efetivo exercício profissional, sendo:

- a) 3 (três) da área de saúde humana;
- b) 3 (três) da área animal;
- c) 3 (três) da área vegetal;
- d) 3 (três) da área de meio ambiente;

II – um representante de cada um dos seguintes órgãos, indicados pelos respectivos titulares:

- a) Ministério da Ciência e Tecnologia;
- b) Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;
- c) Ministério da Saúde;
- d) Ministério do Meio Ambiente;
- e) Ministério do Desenvolvimento Agrário;
- f) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;
- g) Ministério da Defesa;
- h) Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República;
- i) Ministério das Relações Exteriores;

III – um especialista em defesa do consumidor, indicado pelo Ministro da Justiça;

IV – um especialista na área de saúde, indicado pelo Ministro da Saúde;

V – um especialista em meio ambiente, indicado pelo Ministro do Meio Ambiente;

VI – um especialista em biotecnologia, indicado pelo Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

VII – um especialista em agricultura familiar, indicado pelo Ministro do Desenvolvimento Agrário;

VIII – um especialista em saúde do trabalhador, indicado pelo Ministro do Trabalho e Emprego.

§ 1º Os especialistas de que trata o inciso I do caput deste artigo serão escolhidos a partir de lista triplíce, elaborada com a participação das sociedades científicas, conforme disposto em regulamento.

§ 2º Os especialistas de que tratam os incisos III a VIII do caput deste artigo serão escolhidos a partir de lista triplíce, elaborada pelas organizações da sociedade civil, conforme disposto em regulamento.

§ 3º Cada membro efetivo terá um suplente, que participará dos trabalhos na ausência do titular.

§ 4º Os membros da CTNBio terão mandato de 2 (dois) anos, renovável por até mais 2 (dois) períodos consecutivos.

§ 5º O presidente da CTNBio será designado, entre seus membros, pelo Ministro da Ciência e Tecnologia para um mandato de 2 (dois) anos, renovável por igual período.

§ 6º Os membros da CTNBio devem pautar a sua atuação pela observância estrita dos conceitos ético-profissionais, sendo vedado participar do julgamento de questões com as quais tenham algum envolvimento de ordem profissional ou pessoal, sob pena de perda de mandato, na forma do regulamento.

§ 7º A reunião da CTNBio poderá ser instalada com a presença de 14 (catorze) de seus membros, incluído pelo menos um representante de cada uma das áreas referidas no inciso I do caput deste artigo.

§ 8º (VETADO)

§ 8º-A As decisões da CTNBio serão tomadas com votos favoráveis da maioria absoluta de seus membros. (Incluído pela Lei nº 11.460, de 2007)

§ 9º Órgãos e entidades integrantes da administração pública federal poderão solicitar participação nas reuniões da CTNBio para tratar de assuntos de seu especial interesse, sem direito a voto.

§ 10. Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes da comunidade científica e do setor público e entidades da sociedade civil, sem direito a voto.

Art. 12. O funcionamento da CTNBio será definido pelo regulamento desta Lei.

§ 1º A CTNBio contará com uma Secretaria-Executiva e cabe ao Ministério da Ciência e Tecnologia prestar-lhe o apoio técnico e administrativo.

§ 2º (VETADO)

Art. 13. A CTNBio constituirá subcomissões setoriais permanentes na área de saúde humana, na área animal, na área vegetal e na área ambiental, e poderá constituir subcomissões extraordinárias, para análise prévia dos temas a serem submetidos ao plenário da Comissão.

§ 1º Tanto os membros titulares quanto os suplentes participarão das subcomissões setoriais e caberá a todos a distribuição dos processos para análise.

§ 2º O funcionamento e a coordenação dos trabalhos nas subcomissões setoriais e extraordinárias serão definidos no regimento interno da CTNBio.

Art. 14. Compete à CTNBio:

I – estabelecer normas para as pesquisas com OGM e derivados de OGM;

II – estabelecer normas relativamente às atividades e aos projetos relacionados a OGM e seus derivados;

III – estabelecer, no âmbito de suas competências, critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados;

IV – proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;

V – estabelecer os mecanismos de funcionamento das Comissões Internas de Biossegurança – CIBio, no âmbito de cada instituição que se dedique ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial que envolvam OGM ou seus derivados;

VI – estabelecer requisitos relativos à biossegurança para autorização de funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM e seus derivados;

VII – relacionar-se com instituições voltadas para a biossegurança de OGM e seus derivados, em âmbito nacional e internacional;

VIII – autorizar, cadastrar e acompanhar as atividades de pesquisa com OGM ou derivado de OGM, nos termos da legislação em vigor;

IX – autorizar a importação de OGM e seus derivados para atividade de pesquisa;

X – prestar apoio técnico consultivo e de assessoramento ao CNBS na formulação da PNB de OGM e seus derivados;

XI – emitir Certificado de Qualidade em Biossegurança – CQB para o desenvolvimento de atividades com OGM e seus derivados em laboratório, instituição ou empresa e enviar cópia do processo aos órgãos de registro e fiscalização referidos no art. 16 desta Lei;

XII – emitir decisão técnica, caso a caso, sobre a biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrições ao uso;

XIII – definir o nível de biossegurança a ser aplicado ao OGM e seus usos, e os respectivos procedimentos e medidas de segurança quanto ao seu uso, conforme as normas estabelecidas na regulamentação desta Lei, bem como quanto aos seus derivados;

XIV – classificar os OGM segundo a classe de risco, observados os critérios estabelecidos no regulamento desta Lei;

XV – acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico-científico na biossegurança de OGM e seus derivados;

XVI – emitir resoluções, de natureza normativa, sobre as matérias de sua competência;

XVII – apoiar tecnicamente os órgãos competentes no processo de prevenção e investigação de acidentes e de enfermidades, verificados no curso dos projetos e das atividades com técnicas de ADN/ARN recombinante;

XVIII – apoiar tecnicamente os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, no exercício de suas atividades relacionadas a OGM e seus derivados;

XIX – divulgar no Diário Oficial da União, previamente à análise, os extratos dos pleitos e, posteriormente, dos pareceres dos processos que lhe forem submetidos, bem como dar ampla publicidade no Sistema de Informações em Biossegurança – SIB a sua agenda, processos em trâmite, relatórios anuais, atas das reuniões e demais informações sobre suas atividades, excluídas as informações sigilosas, de interesse comercial, apontadas pelo proponente e assim consideradas pela CTNBio;

XX – identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação do meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana;

XXI – reavaliar suas decisões técnicas por solicitação de seus membros ou por recurso dos órgãos e entidades de registro e fiscalização, fundamentado em fatos ou conhecimentos científicos novos, que sejam relevantes quanto à biossegurança do OGM ou derivado, na forma desta Lei e seu regulamento;

XXII – propor a realização de pesquisas e estudos científicos no campo da biossegurança de OGM e seus derivados;

XXIII – apresentar proposta de regimento interno ao Ministro da Ciência e Tecnologia.

§ 1º Quanto aos aspectos de biossegurança do OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio vincula os demais órgãos e entidades da administração.

§ 2º Nos casos de uso comercial, dentre outros aspectos técnicos de sua análise, os órgãos de registro e fiscalização, no exercício de suas atribuições em caso de solicitação pela CTNBio, observarão, quanto aos aspectos de biossegurança do OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio.

§ 3º Em caso de decisão técnica favorável sobre a biossegurança no âmbito da atividade de pesquisa, a CTNBio remeterá o processo respectivo aos órgãos e entidades referidos no art. 16 desta Lei, para o exercício de suas atribuições.

§ 4º A decisão técnica da CTNBio deverá conter resumo de sua fundamentação técnica, explicitar as medidas de segurança e restrições ao uso do OGM e seus derivados e considerar as particularidades das diferentes regiões do País, com o objetivo de orientar e subsidiar os

órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, no exercício de suas atribuições.

§ 5º Não se submeterá a análise e emissão de parecer técnico da CTNBio o derivado cujo OGM já tenha sido por ela aprovado.

§ 6º As pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em qualquer das fases do processo de produção agrícola, comercialização ou transporte de produto geneticamente modificado que tenham obtido a liberação para uso comercial estão dispensadas de apresentação do CQB e constituição de CIBio, salvo decisão em contrário da CTNBio.

Art. 15. A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade civil, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Em casos de liberação comercial, audiência pública poderá ser requerida por partes interessadas, incluindo-se entre estas organizações da sociedade civil que comprovem interesse relacionado à matéria, na forma do regulamento.

CAPÍTULO IV

Dos órgãos e entidades de registro e fiscalização

Art. 16. Caberá aos órgãos e entidades de registro e fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República entre outras atribuições, no campo de suas competências, observadas a decisão técnica da CTNBio, as deliberações do CNBS e os mecanismos estabelecidos nesta Lei e na sua regulamentação:

- I – fiscalizar as atividades de pesquisa de OGM e seus derivados;
- II – registrar e fiscalizar a liberação comercial de OGM e seus derivados;
- III – emitir autorização para a importação de OGM e seus derivados para uso comercial;
- IV – manter atualizado no SIB o cadastro das instituições e responsáveis técnicos que realizam atividades e projetos relacionados a OGM e seus derivados;
- V – tornar públicos, inclusive no SIB, os registros e autorizações concedidas;
- VI – aplicar as penalidades de que trata esta Lei;
- VII – subsidiar a CTNBio na definição de quesitos de avaliação de biossegurança de OGM e seus derivados.

§ 1º Após manifestação favorável da CTNBio, ou do CNBS, em caso de avocação ou recurso, caberá, em decorrência de análise específica e decisão pertinente:

- I – ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que utilizem OGM e seus derivados destinados a

uso animal, na agricultura, pecuária, agroindústria e áreas afins, de acordo com a legislação em vigor e segundo o regulamento desta Lei;

II – ao órgão competente do Ministério da Saúde emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados a uso humano, farmacológico, domissanitário e áreas afins, de acordo com a legislação em vigor e segundo o regulamento desta Lei;

III – ao órgão competente do Ministério do Meio Ambiente emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que envolvam OGM e seus derivados a serem liberados nos ecossistemas naturais, de acordo com a legislação em vigor e segundo o regulamento desta Lei, bem como o licenciamento, nos casos em que a CTNBio deliberar, na forma desta Lei, que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente;

IV – à Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República emitir as autorizações e registros de produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados ao uso na pesca e aquicultura, de acordo com a legislação em vigor e segundo esta Lei e seu regulamento.

§ 2º Somente se aplicam as disposições dos incisos I e II do art. 8º e do caput do art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, nos casos em que a CTNBio deliberar que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

§ 3º A CTNBio delibera, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental.

§ 4º A emissão dos registros, das autorizações e do licenciamento ambiental referidos nesta Lei deverá ocorrer no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.

§ 5º A contagem do prazo previsto no § 4º deste artigo será suspensa, por até 180 (cento e oitenta) dias, durante a elaboração, pelo requerente, dos estudos ou esclarecimentos necessários.

§ 6º As autorizações e registros de que trata este artigo estarão vinculados à decisão técnica da CTNBio correspondente, sendo vedadas exigências técnicas que extrapolem as condições estabelecidas naquela decisão, nos aspectos relacionados à biossegurança.

§ 7º Em caso de divergência quanto à decisão técnica da CTNBio sobre a liberação comercial de OGM e derivados, os órgãos e entidades de registro e fiscalização, no âmbito de suas competências, poderão apresentar recurso ao CNBS, no prazo de até 30 (trinta) dias, a contar da data de publicação da decisão técnica da CTNBio.

CAPÍTULO V

Da Comissão Interna de Biossegurança – CIBio

Art. 17. Toda instituição que utilizar técnicas e métodos de engenharia genética ou realizar pesquisas com OGM e seus derivados deverá criar uma Comissão Interna de Biossegurança - CIBio, além de indicar um técnico principal responsável para cada projeto específico.

Art. 18. Compete à CIBio, no âmbito da instituição onde constituída:

I – manter informados os trabalhadores e demais membros da coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

II – estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio na regulamentação desta Lei;

III – encaminhar à CTNBio os documentos cuja relação será estabelecida na regulamentação desta Lei, para efeito de análise, registro ou autorização do órgão competente, quando couber;

IV – manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento que envolvam OGM ou seus derivados;

V – notificar à CTNBio, aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e às entidades de trabalhadores o resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

VI – investigar a ocorrência de acidentes e as enfermidades possivelmente relacionados a OGM e seus derivados e notificar suas conclusões e providências à CTNBio.

CAPÍTULO VI

Do Sistema de Informações em Biossegurança – SIB

Art. 19. Fica criado, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, o Sistema de Informações em Biossegurança – SIB, destinado à gestão das informações decorrentes das atividades de análise, autorização, registro, monitoramento e acompanhamento das atividades que envolvam OGM e seus derivados.

§. 1º As disposições dos atos legais, regulamentares e administrativos que alterem, complementem ou produzam efeitos sobre a legislação de biossegurança de OGM e seus derivados deverão ser divulgadas no SIB concomitantemente com a entrada em vigor desses atos.

§ 2º Os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, deverão alimentar o SIB com as informações relativas às atividades de que trata esta Lei, processadas no âmbito de sua competência.

CAPÍTULO VII

Da Responsabilidade Civil e Administrativa

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

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

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

- I – advertência;
- II – multa;
- III – apreensão de OGM e seus derivados;
- IV – suspensão da venda de OGM e seus derivados;
- V – embargo da atividade;
- VI – interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento;
- VII – suspensão de registro, licença ou autorização;
- VIII – cancelamento de registro, licença ou autorização;
- IX – perda ou restrição de incentivo e benefício fiscal concedidos pelo governo;
- X – perda ou suspensão da participação em linha de financiamento em estabelecimento oficial de crédito;
- XI – intervenção no estabelecimento;
- XII – proibição de contratar com a administração pública, por período de até 5 (cinco) anos.

Art. 22. Compete aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, definir critérios, valores e aplicar multas de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), proporcionalmente à gravidade da infração.

§ 1º As multas poderão ser aplicadas cumulativamente com as demais sanções previstas neste artigo.

§ 2º No caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

§ 3º No caso de infração continuada, caracterizada pela permanência da ação ou omissão inicialmente punida, será a respectiva penalidade aplicada diariamente até cessar sua causa, sem prejuízo da paralisação imediata da atividade ou da interdição do laboratório ou da instituição ou empresa responsável.

Art. 23. As multas previstas nesta Lei serão aplicadas pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Saúde, do Meio Ambiente e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, referidos no art. 16 desta Lei, de acordo com suas respectivas competências.

§ 1º Os recursos arrecadados com a aplicação de multas serão destinados aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, que aplicarem a multa.

§ 2º Os órgãos e entidades fiscalizadores da administração pública federal poderão celebrar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios, para a execução de serviços relacionados à atividade de fiscalização prevista nesta Lei e poderão repassar-lhes parcela da receita obtida com a aplicação de multas.

§ 3º A autoridade fiscalizadora encaminhará cópia do auto de infração à CTNBio.

§ 4º Quando a infração constituir crime ou contravenção, ou lesão à Fazenda Pública ou ao consumidor, a autoridade fiscalizadora representará junto ao órgão competente para apuração das responsabilidades administrativa e penal.

CAPÍTULO VIII

Dos Crimes e das Penas

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

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

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

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

Art. 26. Realizar clonagem humana:

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

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

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

§ 1º (VETADO)

§ 2º Agrava-se a pena:

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO IX

Disposições Finais e Transitórias

Art. 30. Os OGM que tenham obtido decisão técnica da CTNBio favorável a sua liberação comercial até a entrada em vigor desta Lei poderão ser registrados e comercializados, salvo manifestação contrária do CNBS, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação desta Lei.

Art. 31. A CTNBio e os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, deverão rever suas deliberações de caráter normativo, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a fim de promover sua adequação às disposições desta Lei.

Art. 32. Permanecem em vigor os Certificados de Qualidade em Biossegurança, comunicados e decisões técnicas já emitidos pela CTNBio, bem como, no que não contrariarem o disposto nesta Lei, os atos normativos emitidos ao amparo da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.

Art. 33. As instituições que desenvolverem atividades reguladas por esta Lei na data de sua publicação deverão adequar-se as suas disposições no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da publicação do decreto que a regulamentar.

Art. 34. Ficam convalidados e tornam-se permanentes os registros provisórios concedidos sob a égide da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003.

Art. 35. Ficam autorizadas a produção e a comercialização de sementes de cultivares de soja geneticamente modificadas tolerantes a glifosato registradas no Registro Nacional de Cultivares - RNC do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Art. 36. Fica autorizado o plantio de grãos de soja geneticamente modificada tolerante a glifosato, reservados pelos produtores rurais para uso próprio, na safra 2004/2005, sendo vedada a comercialização da produção como semente. (Vide Decreto nº 5.534, de 2005)

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá prorrogar a autorização de que trata o caput deste artigo.

Art. 37. A descrição do Código 20 do Anexo VIII da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, acrescido pela Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

"ANEXO VIII

Código	Categoria	Descrição	Pp/gu
20	Uso de Recursos Naturais	Silvicultura; exploração econômica da madeira ou lenha e subprodutos florestais; importação ou exportação da fauna e flora nativas brasileiras; atividade de criação e exploração econômica de fauna exótica e de fauna silvestre; utilização do patrimônio genético natural; exploração de recursos aquáticos vivos; introdução de espécies exóticas, exceto para melhoramento genético vegetal e uso na agricultura; introdução de espécies geneticamente modificadas previamente identificadas pela CTNBio como potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente; uso da diversidade biológica pela biotecnologia em atividades previamente identificadas pela CTNBio como potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.	Médio

Art. 38. (VETADO)

Art. 39. Não se aplica aos OGM e seus derivados o disposto na Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, e suas alterações, exceto para os casos em que eles sejam desenvolvidos para servir de matéria-prima para a produção de agrotóxicos.

Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

Art. 41. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 42. Revogam-se a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, 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.

Brasília, 24 de março de 2005; 184^º da Independência e 117^º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Celso Luiz Nunes Amorim

Roberto Rodrigues

Humberto Sérgio Costa Lima

Luiz Fernando Furlan

Patrus Ananias

Eduardo Campos

Marina Silva

Miguel Soldatelli Rossetto

José Dirceu de Oliveira e Silva

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3510- 0/600

REQTE : PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

REQDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

CONGRESSO NACIONAL

INTDO : CONECTAR DIREITOS HUMANOS

CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH

RELATOR : EXMO. SR. MINISTRO CARLOS BRITTO

Ementa:

1. O conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil.

2. O direito civil, parte do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de regulação interpessoal no plano familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam.

3. O direito constitucional, também ocupa-se do tema vida, em perspectiva diversa e fundamental porque ao exigir sua proteção, como inviolável, expressamente no artigo 5º, caput, considera a vida em si e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida.

4. A petição inicial dessa ação, calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica, sustenta que a vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade.

5. Não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se a vida em si, para protegê-la desde a fecundação no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais: considerações outras.

6. Pela procedência do pleito.
 1. Diante das manifestações colhidas nestes autos, passo a examiná-las.
 2. Princípio pela que advém do Dr. Raffaello Abritta, advogado da União (fls. 82/115).
 3. É de se corrigir, de pronto, a afirmação posta a fls. 86 no sentido de que: “tais pesquisas (pesquisas com células-tronco embrionárias) estão avançadas no tratamento de doenças degenerativas como no caso do Mal de Alzheimer e Mal de Parkinson...”
 4. Não é assim, data venia.
 5. A frase carece de indispensável demonstração documental.

6. É de se recordar, a bem da verdade, que após a aprovação do texto, que ora se discute, os seus defensores viram-se na obrigação de esclarecer que curas imediatas, e mesmo dentro de prazo imaginável, não aconteceriam, visto que o emocionalismo com que a matéria foi tratada, sem dúvida induziu vãs expectativas.

7. Outra correção torna-se imprescindível quando, agora meditando sobre o conceito jurídico de vida, diz o Dr. Raffaello Abritta, verbis: “Qual seria o conceito operacional de 'vida'? Qual o melhor conceito para o vocábulo, segundo as regras de Hermenêutica e os princípios gerais do Direito? Se faz necessária a definição jurídica do termo 'vida' de maneira a permitir, simultaneamente, segurança e compatibilidade sistêmica com o ordenamento positivo e com os valores constitucionais. É de se reconhecer que a dificuldade se encontra justamente na definição jurídica do termo, pois as diversas definições dadas pela Medicina, Biologia, Antropologia, Religiões são bastantes para viabilizar os objetivos e para atender às necessidades de cada uma dessas respectivas áreas. Assim, o cirurgião que, logo após ter amputado uma perna por algum imperativo médico, deita fora, no lixo hospitalar, o membro decepado certamente não pratica nenhuma conduta antiética ou censurável do ponto de vista médico. Ainda assim, jogou fora um conjunto de células humanas e, naquele momento, ainda vivas. O mesmo ocorrerá em qualquer outra cirurgia, onde ocorre a perda de sangue, tecido vivos, gordura (lipoaspiração) etc. Importa reconhecer que tais situações não ofendem a proteção à 'vida', sob a óptica da medicina, ainda que eventualmente, ofendam a idéia 'vida' defendida por alguma religião. Muito menos configuram ilícito penal.” (fls. 96/97)

8. O equívoco, data venia, reside em que não atenta o Dr. Raffaello Abritta para a óbvia constatação de que parte do corpo humano – a perna; a mão; etc – não pode ser tomada para a discussão que está em fixar-se o momento inicial da vida.

9. O embrião humano não é parte.

10. O embrião humano – o zigoto - como disse na inicial, louvando-me em pronunciamentos de experts, é totipotente. De se ler, o que transcrevi no item 6, inicial, verbis: “6. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia escrevê, verbis: “O zigoto, constituído por uma única célula produz imediatamente proteínas e enzimas humanas e não de outra espécie. É biologicamente um indivíduo único e irrepetível,

um organismo vivo pertencente à espécie humana. b) “O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado – é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo” (Shettles e Rorvik – *Rites of Life*, Grand Rapids (MI), Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek: *Is Fetus Human* – pg. 5”. “O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único. (Keith Moore e T.V.N. Persaud – *The Developing Human*, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – pg. 18. 7. Anexo quadro esquemático que na, e a partir da, fecundação marca o desenvolvimento da vida humana: o zigoto, que se desenvolve a partir de sua unicidade celular. (vide: quadro anexo).” (fls. 6)

11. Outra tese, trazida à nossa reflexão pelo Dr. Raffaello Abritta, está em que vida só se reconhece quando há pessoa, e o nascituro não é pessoa. De se ler, verbis: “Até o momento anterior ao do nascimento com vida, desde a concepção até o nascimento com vida, o feto é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno; mas nem por isto pode ser considerado como pessoa, como de fato ainda não o é. Desta forma, a lei civil protege os interesses de um ser humano em formação, determinando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que esse ser humano poderá vir a adquirir, caso se torne pessoa, o que acontecerá, frise-se, somente após o seu nascimento com vida. Percebe-se, então, a diferença existente entre o nascituro, que foi gerado e concebido - mas só existe no ventre materno, isto é, só possui existência intra-uterina, e a criança, que já passou pelo nascimento com vida adquirindo o atributo de pessoa. Esta segunda possui, conforme a legislação civilista, personalidade jurídica enquanto que o primeiro é apenas um nascituro com expectativa de direitos. Não se devem perquirir, neste momento, as questões religiosas, sociológicas ou filosóficas sobre a existência de vida uterina como ser humano, como pessoa, o direito civilista não adentra nesta seara. O enfoque deve cingir-se ao direito material brasileiro infraconstitucional. Como a lei civil determina que o início da personalidade humana ocorre, tão-somente, com o parto nativivo, é importante determinar o conceito de nascituro. Como ensina Santoro-Passarelli, em razão do nascituro, cria-se um centro autônomo de relações jurídicas, a aguardar o nascimento do concebido ou procriado, da criança que provenha com vida da mulher. O mestre Washington de Barros Monteiro ministra: 'Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e

por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o NASCIMENTO com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.' (grifou-se e destacou-se) O saudoso professor Caio Mário afirmava que à pessoa liga-se a idéia de personalidade, que manifesta a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Por sua vez, Haroldo Valadão esclarece que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. Desta forma, insofismável aduzir que a personalidade deriva, indubitavelmente, da pessoa, motivo pelo qual a Professora Maria Helena Diniz ministra que, 'primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo 'pessoa'.' Na seqüência, a própria Professora Maria Helena elucida a questão com base nos ensinamentos de Diego Espín Cánovas: "Para a doutrina tradicional 'pessoa' é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.' Assim, resta claro que há muito - desde o Código civil de 1916 - a legislação civilista brasileira adotou a corrente doutrinária natalista, que reconhece o início da personalidade a partir do nascimento com vida, reservando para o nascituro uma expectativa de direito. Adotam, também, a teoria natalista os Códigos Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália, entre outros." (vide: fls. 103/105, grifamos)

12. Portanto, por essa perspectiva, a vida só se a tem como nascimento a bom termo.

13. O primeiro ponto à reflexão é este: esgota-se no campo do direito civil o conceito jurídico de vida?

14. Ou, por outro modo, não se pode extrair do texto constitucional o conceito de vida humana?

15. Não, não se esgota no direito civil o conceito jurídico de vida.

16. Quando o direito civil, pelo artigo 4º do código, preceitua que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, com coerência estabelece que no plano das relações interpessoais é necessário que haja o nascimento, com vida, para que a bilateralidade, inerente à interessoalidade, possa acontecer.

17. Agora, situação claramente outra, e advinda do significado constitucional da inviolabilidade do direito à vida, posta no artigo 5º, caput, é assentar que a vida humana é preservada, em sua existência, desde a fecundação.

18. A reflexão constitucional, como não poderia deixar de ser, põe-se em plano diverso, em plano fundamental, e vai responder, pontuando, o momento da existência da vida.

19. A reflexão civilista, particularizada no aspecto das relações interpessoais, não da existência do ser em si, diz do nascimento com vida a que se desencadeie aspectos negociais, familiares, sucessórios do nascido em relação a terceiros.

20. É por isso que o próprio Dr. Raffaello Abritta disse na sua promoção, verbis: “No Brasil, aguarda-se a manifestação derradeira do Supremo Tribunal Federal” (fls. 98, in fine)

21. A profa. Flavia Piovesan fez registrar que dessa resposta não se eximiu a Suprema Corte americana quando, no caso *Roe v. Wade*, em 1973, a partir do 3º mês de gestação marcou a existência humana: a vida (fls. 203).

22. Mencionada a profa. Flavia Piovesan reproduzo suas palavras a que possa fazer necessário registro, verbis: “Sob o prisma da moral católica e cristã, a vida é considerada sagrada desde a concepção. No entanto, reitere-se, não há definição científica sobre o início da vida: se na fecundação, se no momento da implantação do embrião no útero; se com a formação do sistema nervoso; se a partir do 3º mês, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade* em 1973; ou se apenas com a vida extra-uterina (como, por exemplo, entende o judaísmo). Na própria história do catolicismo, constata-se que São Thomás de Aquino sustentava firmemente que o feto só adquiria alma após determinado lapso temporal – 40 dias para os fetos masculinos e um lapso temporal maior para o feto feminino. Todas as religiões convergem no absoluto respeito ao valor da vida. Divergem, contudo, na concepção

convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida. d) a petição inicial dessa ação, calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica – leia-se itens 1/7 a fls. 3/6 – sustenta que vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade. e) não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se a vida em si, para protegê-la desde a fecundação, no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais

25. Quanto, por derradeiro, ao questionamento que o Dr. Rafaello Abritta apresenta sobre a inconsistência da menção que fez à inobservância do preceito constitucional, alusivo à dignidade da pessoa humana, assim posicionou-se o il. Advogado, *verbis*: “O princípio da dignidade humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica. Neste sentido, o ensinamento do Professor Alexandre de Moraes, *verbis*: 'A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar...' (grifou-se) Assim, a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*. Por fim, cumpre registrar que as premissas biológicas utilizadas pelo Requerente para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento sob o aspecto religioso existindo inúmeras posições em sentido diverso.” (fls. 113/114)

26. Data maxima venia é a definição do próprio prof. Alexandre de Moraes, como transcrita, que autoriza a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

27. Com efeito, se ela é, como diz o prof. Alexandre Moraes, “um valor espiritual e moral inerente a pessoa”, a inerência é ínsita à existência, e não à personalidade civil para fins de relações de interessoalidade que, como aqui já apresentamos, é coisa diversa.

28. Por fim, apresentei, sim, fundamentos exclusivamente científicos a estabelecer, na fecundação, a vida humana presente. Não há, nestes autos, refutar científico do que apresentado foi.

29. Passo, agora, a examinar a breve exposição do Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, Consultor-Geral da União. Destaco, no essencial, verbis: “Ora, se o direito à inviolabilidade do direito à vida surte seus efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos e isso corre com nascimento com vida, e se os direitos do nascituro garantidos por lei pressupõem a condição de poder nascer objetivamente, se não há nascimento com vida ou não há condições objetivas de nascer, não há direito à inviolabilidade do direito à vida por falta de pressuposto lógico necessário. Em outras palavras, não basta a existência de vida biológica para a inviolabilidade jurídica do direito à vida, em face de que não é verdadeira a afirmação do Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Não fosse isso, a Lei nº 9434, de 1997, permite a retirada de tecidos ou órgãos ou parte do corpo humano na hipótese de *morte encefálica* o que pode não ser necessariamente o fim da vida, embora a lei não a defina juridicamente (art. 6º do Código Civil). Se a morte encefálica autoriza a morte física – por exemplo, pela retirada do coração ou outro órgão essencial – seria possível entender que houve o encerramento de uma vida com a mesma violação do direito à vida – e com muito mais razão porque, neste caso, há personalidade e há direito à inviolabilidade – mas ninguém cogitaria dessa ilação puramente lógica ante ofato certo da morte necessária. Isso mostra que a tese do Autor descansa em premissa irrazoável e desproporcional que tanto não tem amparo técnico jurídico quanto despreza a razoabilidade, sobretudo se – como é certo – os embriões inviáveis serão obrigatoriamente descartados e nunca serão sujeitos de direito podendo ao invés serem objeto ou instrumento de progresso científico e meio de desenvolvimento da cura ou minimização de males e doenças de um variadíssimo número de pessoas.” (fls. 117)

30. Não, o direito à inviolabilidade do direito à vida não surte efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos, como procurei demonstrar nos itens anteriores, deste parecer.

31. Repito: o direito à inviolabilidade do direito à vida traz a reflexão à vida em si mesma, que não se confunde com as relações interpessoais, estas sim a pressupor o nascimento com vida.

32. Quanto à morte encefálica que, nos termos da lei (artigo 3º – Lei 9434/97), autoriza a retirada post mortem de tecidos, órgãos, etc. não é correto, data venia, dizer-se “que a morte encefálica autoriza a morte física”.

33. A morte encefálica é a morte física pelo colapso do órgão central, mas isso, por óbvio, não pode autorizar a ilação de que vida há só quando o órgão central do sistema nervoso, ou todos os órgãos estejam aperfeiçoados.

34. Eis porque fixei, na inicial, que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.

35. A inviolabilidade do direito à vida preserva a vida tanto na dinâmica do ciclo geracional – a vida em si -, quanto na dinâmica do ciclo relacional: a vida interpessoal.

36. Pelo Ministério da Saúde, a advogada da União, Dra. Aline de Oliveira centra-se na tese já aqui enfrentada. Disse, a propósito, verbis: “Entretanto, não obstante a validade de tais observações, o ponto principal é a ausência de tutela do embrião pré-implantado, seja em âmbito civil ou no penal. Conforme expõe Heloísa Helena Barboza: ...não há atualmente no Direito brasileiro, disciplina legal quanto ao embrião humano, na medida em que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002, contêm dispositivos que parecem aplicáveis apenas ao nascituro, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero da mulher. Contudo, as considerações da Professora Heloísa Helena Barboza deram-se antes da promulgação da Lei de Biossegurança, por conseguinte, pode-se afirmar que, no momento atual, existe tratamento legislativo, no Brasil, sobre a temática. Sob essa ótica, o artigo 5º da Lei nº 11.105, de 2005, adotou a teoria *da diferenciação parcial*, significando que o 'embrião é 'ser humano', mas ainda não 'homem-pessoa', merecendo tutela jurídica inferior a esse...'. Pois, em face das limitações impostas pela citada lei – utilização apenas para fins de pesquisa e terapia; somente embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos – o legislador pátrio não admitiu a tese da *diferenciação total*, que concebe o embrião como 'simples coisa', sendo total sua disponibilidade, 'o que possibilita sua produção em proveta para quaisquer finalidades de pesquisa ou experimentação, genética ou não, bem como a utilização de fetos abortados em cosméticos ou na indústria.'” (fls. 134/5)

37 Portanto, a Dra. Aline com todas as letras, e valendo-se do pensamento de Heloísa Helena Barboza, concluiu que “o embrião é ser humano, mas ainda não homem-vida, merecendo tutela jurídica inferior a esse”.

38. Ora, se ser humano existe, se o embrião é ser humano, não se pode estabelecer gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida.

39. A inviolabilidade da vida concede tutela completa, desde que exista o ser humano.

40. Sob este prisma, injurídico, data venia, falar-se em “tutela jurídica inferior”.

41. A Dra. Aline de Oliveira não pode deixar de registrar que, verbis: “Sendo assim, a existência de embriões congelados é uma realidade no Brasil, o problema que se apresenta é o destino dos mesmos após determinado período de congelamento, na medida em que a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação destes a outros casais, e são inadimplentes, com as taxas de manutenção. Observam-se, atualmente, centenas de embriões, talvez milhares, abandonados em clínicas de FIV, sem destino definido.” (fls. 125)

42. Então, para contornar a insensibilidade humana, que não autoriza a doação dos embriões humanos a casais que não possam ter filhos, para adotá-los, ou para evitar a inadimplência com as taxas de manutenção dos embriões congelados, a vida humana é sacrificada.

43. Nesse quadro, destaco essa consideração da Dra. Flávia Piovesan, verbis: “Quanto ao Direito alemão, mencionado às fls. 08 e seguintes da exordial, ainda que a legislação alemã considere o embrião fecundado como vida humana passível de proteção jurídica sendo nacionalmente proibida a investigação científica com células-tronco embrionárias, é permitido importar embriões para este fim – o que traduz a incoerência do sistema jurídico.” (fls. 214)

44. Pode, até traduzir incoerência do sistema jurídico, mas considero que tal quadro normativo espelha, sem dúvida, viés hegemônico dos países desenvolvidos que, aos seus, amplamente protege-os, até porque, ainda que se trate de comércio internacional de vidas, países há que se sujeitam, como sempre, ao fornecimento da matéria-prima.

45. Os trabalhos apresentados tanto pelos amici curiae – Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (fls. 143/163) -, quanto pela advocacia do Senado Federal (fls. 222/245) na linha das anteriores impugnações dizem, ainda, do caráter não absoluto de qualquer direito.

46. É certo o que assim se diz, mas o ponto suscitado nada tem a ver, data venia, com o tema proposto nesta ação de inconstitucionalidade, que objetiva a definição constitucional do

momento inicial da vida humana, e, isto, por certo, não é absolutizar qualquer direito.

47. Definir, constitucionalmente, o momento inicial da vida humana a que se dê sentido ao princípio constitucional da inviolabilidade da vida, é testemunho claro do cumprimento de missão reservada ao Supremo Tribunal.

48. Reitero os pleitos como postos nos itens 1 e 2 a fls. 13. Brasília, 14 de novembro de 2005.

CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Subprocurador-Geral da República

Aprovo:

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Procurador-Geral da República