O ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO EMBRIÃO HUMANO, COM ESPECIAL ATENÇÃO PARA O CONCEBIDO "IN VITRO" (*)

EMERSON MARTINS DOS SANTOS (**)

Recebido para publicação em 03.10.2007

SUMÁRIO: 1. Introdução – I. Aspectos gerais sobre o problema: 2. Antecedentes históricos; 3. Direito e Bioética; 4. Enquadramento do problema no direito comparado – II. O regime constitucional e a tutela dos direitos fundamentais diante do problema do embrião humano: 5. A tônica dos direitos fundamentais; 5.1. O embrião humano como titular de direitos fundamentais; 5.2. A dignidade da pessoa humana como base do Estado de Direito; 5.3. A inviolabilidade da vida humana e seus corolários; 5.3.1. O direito à existência e o direito de nascer; 5.3.2. A santidade da vida humana *versus* qualidade de vida; 5.4. A inviolabilidade da integridade física; 5.5. O direito à identidade pessoal do ser humano; 5.6. O direito à identidade genética – III. Os principais problemas com a fertilização extra-uterina: 6. Alguns problemas ainda sem solução; 6.1. Os embriões excedentários ou supranumerários; 6.2. A criopreservação de embriões; 6.3. A experimentação ou investigação embrionária; 6.4. Proibições – 7. Conclusões.

RESUMO: O texto que se segue é uma reflexão sobre o relevante problema da definição do estatuto jurídico do embrião humano fertilizado *in vitro*, numa perspectiva do direito luso-brasileiro, à luz do direito constitucional. Procura-se alinhar as questões ingentes da procriação assistida em face dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição para buscar respostas sobre a validade de tal processo artificial e também para apontar algumas limitações impostas pelos princípios fundamentais estabelecidos nas cartas constitucionais e em outros documentos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: biodireito; estatuto jurídico; embrião humano; bioética; direito à vida; procriação assistida.

RESUME : Le texte qui se suit est une réflexion sur l'important problème de la définition du statut juridique de l'embryon humain fertilisé *in vitro*, dans une perspective du droit Portugais et Brésilien, à la lumière du droit constitutionnel. Il se cherche à aligner les questions importantes de la procréation assistée en raison des droits fondamentaux assurés par la Constitution pour chercher des réponses sur la validité de telle procédure artificielle et aussi pour indiqua quelques limitations imposées par les principes fondamentaux établis dans les lettres constitutionnelles et dans autres documents internationaux.

MOTS-CLE: BIODROIT; statut juridique; embryon humain; bioéthique; droit à la vie; procréation assistée.

(*) O presente artigo representa, com algumas alterações, o trabalho de conclusão da disciplina de direitos fundamentais, do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo de 2001/2002, que foi apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal.

(**) Coordenador do Curso de Direito do Instituto de Educação Superior Unyahna de Barreiras. Advogado e Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas a humanidade tem assistido atônita a grandes transformações, causadas por eventos que muitos consideravam como algo utópico ou irrealizável. O avanço tecnológico e científico na área médica permitiu a descoberta de novas possibilidades para o combate à infertilidade, possibilitando a geração de um novo ser. Esta foi a grande virada sobre a ordem natural, pois o homem conseguiu penetrar num universo que até bem pouco tempo era dominado exclusivamente pela natureza[1].

A par dos benefícios, surgiram alguns malefícios, que vêm causando uma acalorada discussão ética e jurídica sobre algumas condutas médicas praticadas no âmbito da procriação assistida. Como se sabe, estas inovações tecnológicas permitem que o embrião seja fertilizado fora do corpo materno para posterior implantação. Por vezes, essas condutas violam direitos fundamentais da pessoa humana, retirando, desta forma, a legitimidade de tal processo artificial.

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.

Estas agressões ao embrião humano são acompanhadas com uma certa apreensão, em razão da inexistência de dispositivos legais sobre o tema. Os países de origem romano-germânica, caracterizados pelo direito escrito, não estão preparados para dar uma resposta através do direito positivo para estas situações[2]. Diante disso, a única solução possível e imediata para o problema é a aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais contidos na Constituição, bem como nos instrumentos internacionais de tutela desses mesmos direitos.

Numa época onde há uma forte tendência para uma liberalização generalizada do aborto[3], sob a alegação de um pretenso direito das mulheres sobre o próprio corpo ou de um

---

1 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética.* Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

2 *Ibidem.,* p. 23.

3 Em 1998, o Tribunal Constitucional português manifestou-se sobre uma proposta de referendo popular sobre a descriminalização do aborto até as dez primeiras semanas de gestação, atendidos outros requisitos. O Tribunal, numa votação apertada (7 votos contra 6), entendeu ser constitucional um referendo desta natureza. Cf. Acórdão n. 288/98, publicado no *Diário da República,* 1ª série-A, n. 91, de 18 de abril. Neste mesmo ano, a população optou pelo "não", isto é, pela negativa de liberação do aborto na situação acima

direito à privacidade, o embrião humano fica exposto às maiores agressões, mormente advindas de sua própria mãe. É uma época caracterizada pela supervalorização das noções de bem-estar, onde o mais importante são os valores estéticos e pessoais[4]. A conseqüência disto é a constatação de que um valor que sempre foi encarado como possuidor de um caráter de santidade, como é o caso da vida humana, hoje, se vê ameaçado, por um crescente sentimento de qualidade de vida, caracterizado pela exaltação das novas ideologias da saúde e juventude perenes. Apesar disto, é inegável o surgimento de uma preocupação em diversos setores da sociedade sobre a premente necessidade de tutelar o embrião humano, não importando a sua fase de desenvolvimento[5].

A tutela conferida pelo Estado ao embrião está condicionada a definição de um estatuto próprio. Neste sentido, o termo estatuto, do latim *statutu,* pode assumir a conotação de uma norma que expressa formalmente determinados princípios para regular a organização de um Estado, sociedade ou associação[6], ou ainda, pode significar a situação jurídica do indivíduo perante o Direito, ou seja, o regime jurídico aplicado em face deste[7].

É apanágio do Estado definir através de lei, regras sobre o começo e o fim da personalidade da pessoa, bem como o nome, a capacidade e os direitos de família[8]. É justamente nesse 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.

---

descrita. Recentemente, a questão foi novamente submetida a referendo popular e o "sim" pela despenalização do aborto atingiu a marca de 59,25% e o "não" 40,75%. Apesar da vitória, a consulta não é vinculativa, pois houve uma abstenção superior a metade dos votantes, atingindo o percentual de 56,40%. Apesar de não ser vinculativa, há uma forte tendência para alteração do Código Penal a fim de despenalizar o aborto. Em sentido contrário, o Tribunal Constitucional italiano, em face de pedido semelhante, decidiu pela inconstitucionalidade do referendo, de acordo com a Sentença n. 35, de 30 de janeiro de 1997. Para maiores informações sobre esta última decisão, veja-se: DAVID, Vincenzo. *La tutela giuridica dell'embrione umano – legislazione italiana ed europea.* Palermo: ISB, 1999, pp. 80 e ss.

4 Cf. JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae – sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana.* Roma, 1995, § 2.

5 Cf. CARDOSO, Augusto Lopes. "O estatuto jurídico do embrião e o abortamento (Breves reflexões jurídicas)". *Cadernos de Bioética.* ano 11, n. 27, 2001, pp. 6-7.

6 Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI.* São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

7 Para um maior desenvolvimento sobre a definição de estatuto pessoal, veja-se: D´AMELIO, Mariano (Org.). *Nuovo Digesto Italiano.* vol. 18. Torino: Torinese, 1937, pp. 878 e ss; ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. vol. 43, Milano: Giuffrè, [1958]c. 1995, pp. 977 e ss. e FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 34. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 104 e ss.

8 Nesse sentido, o disposto no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, aprovada pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.

Definir um estatuto jurídico para o embrião humano significa apontar quais serão os direitos atribuídos a 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.

O reconhecimento de um estatuto jurídico para o embrião humano tem esbarrado em divisões que a ciência fornece e que algumas legislações têm acolhido[9]: há uma construção na qual denomina-se *pré-embrião* o zigoto desde a fertilização até o décimo quarto dia e, *embrião*, o desenvolvimento humano a partir do décimo quinto dia[10]. Esta classificação vem sendo empregada para desqualificar o pré-embrião como ente digno da tutela jurídica, sendo, em regra, considerado como o desenvolvimento de células totipotentes[11].

Antes de adentrar no desenvolvimento do tema do presente ensaio é necessário dizer que o sentido útil da delimitação do tema eleito, enfatizando a tutela jurídica do embrião fertilizado *in vitro,* deve-se à uma preocupação cada vez mais intensa com a situação do embrião humano que ainda não possui uma tutela efetiva do ordenamento jurídico. Esta inexistência de tutela faz com que praticamente todas as práticas lesivas ao embrião nesta fase primitiva sejam legítimas. Há um verdadeiro vazio legislativo nessa matéria[12].

Se a opção fosse tratar o embrião humano de forma genérica, fatalmente a questão tão ampla quanto polêmica do aborto deveria ser aprofundada. Dessa forma, estaria fatalmente desqualificado o objeto de estudo: o tema a ser desenvolvido seria o referente ao estatuto jurídico do nascituro. Se tal ocorresse, poder-se-ia correr o risco de não serem alcançados os objetivos propostos, dada a elasticidade do tema e as inúmeras questões inevitáveis referentes ao direito civil, ao direito penal e até mesmo questões sociológicas.

---

9 É o caso das leis espanholas n. 35/88, de 22 de novembro, sobre técnicas de reprodução assistida e n. 42/88, de 28 de dezembro, sobre a doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos e órgãos.

10 A indicação da teoria do 14º dia apareceu pela primeira vez em 1979, nos Estados Unidos, por meio do *Ethics Advisory Board.* Cf. EUSEBI, Luciano. "La tutela penale della vita prenatale". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* ano 31, fasc. 3, 1988, p. 1.073, nota n. 61.

11 Em que pese esse entendimento, durante o presente artigo não será realizada esta distinção, ou seja, será considerado como embrião todas as formas de desenvolvimento a partir da fecundação até as fases seguintes.

12 Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. "Direito penal e modernas técnicas biomédicas. As conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal". *Revista de Direito e Economia.* ano 15, 1989, pp. 376 e 378 e CHORÃO, Mário Bigotte. "Direito e inovações biotecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)". *O Direito.* ano 126º, n. 3-4, 1994, p. 440. Ainda neste sentido, OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 24, acrescenta que o juiz, diante de uma situação destas, nunca poderá abster-se de julgar sobre a alegação de falta de lei.

Ademais, a interrupção voluntária da gravidez, caracterizada pela fixação do embrião no útero materno, ou seja, após a verificação da nidação, já recebe uma tutela efetiva do direito penal[13]. Esta proteção é dada por meio da qualificação do crime de aborto, realizado através da interrupção voluntária da gravidez.

No caso da fertilização *in vitro*, não há a previsão da figura do crime de "embrionicídio"[14], bem como não há um posicionamento claro do ordenamento jurídico sobre essa matéria. Por essa razão, preferiu-se tratar apenas do embrião nesta fase primitiva de desenvolvimento.

I. ASPECTOS GERAIS SOBRE O PROBLEMA

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Durante a 2ª Grande Guerra e após o seu término, foram levadas a efeito muitas pesquisas e investigações envolvendo a genética humana e outras áreas médicas[15]. Essas pesquisas possibilitaram muitos avanços nessas áreas, produzindo resultados jamais esperados até mesmo pelo cientista mais otimista. Porém, o avanço tecnológico na área de procriação assistida teve seu apogeu a partir dos anos setenta.

No campo da reprodução humana, com o auxílio da tecnologia biomédica, foram realizadas muitas experiências, com o propósito de superar deficiências do ser humano nessa área. Além desse escopo, muitas pesquisas e investigações procuravam desvendar os mistérios da vida, através da manipulação de dados e do cruzamento de informações obtidas em experiências com animais.

A par disso, nascia na Inglaterra em 1978, Louise Brown[16], que foi o primeiro bebê gerado pelo processo de fertilização *in vitro*[17]. Em 1984, nascia na Austrália, um outro bebê,

13 É certo que o Código Penal comporta algumas exceções a essa tutela: nos casos de violação, quando a gravidez resulta risco de vida para a mãe e no chamado aborto eugênico. No Brasil, o crime de violação recebe o nome de estupro e o aborto eugênico não é previsto na legislação penal.

14 O termo foi sugerido para designar a destruição de embriões, aparecendo paralelamente ao aborto. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética". *In: Direito da saúde e bioética.* Lisboa: LEX, 1991, pp. 19 e 30. Ainda neste sentido: OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* pp. 48, 50 e 53; Do mesmo autor. *A democracia totalitária. Do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Principia, 2001, p. 158 e BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 88.

15 Cf. GAGO, Mariana Dobernig. "Bioética y derecho". *Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.* n. 29, 1999, pp. 425 e 427.

16 Cf. DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* p. 76.

que fora denominado Baby Zoe, sendo este o primeiro ser humano nascido a partir de um embrião crioconservado[18]. Pode-se dizer que esses dois acontecimentos foram responsáveis pelo despertar da comunidade jurídica e dos demais segmentos da sociedade[19], abrindo um amplo debate sobre os efeitos que essas novas técnicas estavam produzindo na comunidade. Não tardou para que alguns governos se manifestassem sobre estes eventos, seja através da criação de centros de estudos, seja por meio da produção de alguns documentos contendo orientações sobre o tema ou até mesmo dispositivos legais.

Num primeiro momento, pronunciou-se o governo inglês, através da implementação, em 1981, de um Comitê para a análise e conseqüentes recomendações sobre o assunto, cuja conclusão se deu em 1984. Esse Comitê produziu um documento que ficou conhecido como Relatório Warnock e suas conclusões serviram de base para muitas legislações não só em solo inglês como em outros países europeus.

Algum tempo depois, a Igreja Católica manifestou-se através de um documento elaborado pela Congregação da Doutrina da Fé, sob o título de: "O respeito pela vida humana nascente e a dignidade da procriação", também conhecido como Instrução *Donum Vitae*[20].

Na Espanha, este tema também foi objeto de amplos debates, tendo sido instaurado, por ordem do Governo, um grupo de estudo para elaborar algumas orientações. A comissão especial de estudo da fecundação *in vitro* e da inseminação artificial humana produziu um documento que ficou conhecido como Informe "Palácios"[21], o qual continha uma série de recomendações que serviram para fundamentar alguns dispositivos legais elaborados posteriormente.

O assunto também recebeu especial atenção do governo alemão. Em 1984 foi constituído pelos Ministérios da Investigação e da Justiça um grupo de trabalho denominado

17 Seis anos depois, nascia o primeiro bebê gerado pelo processo de fertilização *in vitro* do Brasil e da América Latina. Trata-se da menina Anna Paula Caldeira, nascida no dia 7 de outubro de 1984, no hospital Santa Catarina em São Paulo, tendo como responsável pelo processo de reprodução, o ginecologista Milton Nakamura. Cf. PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética.* 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 223.

18 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.,* p. 99.

19 Neste sentido, DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* p. 76.

20 Cf. JOÃO PAULO II. *Istruzione Donum Vitae il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione.* Roma, 1987.

21 Este documento recebeu o nome do presidente dessa Comissão. Sobre o Informe Palacios, veja-se: GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. *El derecho penal y la genética*. Madrid: Trivium, 1995, pp. 91 e ss.

Comissão "Benda"[22]. Da mesma forma, essa comissão produziu algumas recomendações que serviram de supedâneo para a criação de uma lei específica sobre a matéria.

Em Portugal, o tema foi debatido em diversos projetos legislativos, tendo início com o Projeto de Utilização de Técnicas de Procriação Assistida de 1986[23]. Diversas comissões foram instauradas, mas infelizmente nenhum dos projetos resultou em lei.

No Brasil, esta temática foi um tanto quanto negligenciada. Não fossem os esforços despendidos pelo Conselho Federal de Medicina, em tentar viabilizar, no âmbito de suas atribuições, a composição de algumas normas deontológicas sobre o tema, haveria uma completa lacuna. O grande problema é que essas disposições estão adstritas à esfera dos médicos.

De uma forma geral, a condição do embrião humano foi amplamente discutida por estas comissões e órgãos diversos, sem que se chegasse, no entanto, a um consenso em pontos importantes como no caso da fertilização *in vitro* e sobre qual deveria ser o estatuto do embrião humano.

3. DIREITO E BIOÉTICA

O conceito de bioética[24] é tão extenso[25] quanto o campo que este ramo de estudo ocupa, sendo muitas as áreas de aplicação[26]. Além da bioética abarcar diversas áreas, configura-se numa matéria multidisciplinar, envolvendo outras ciências. Há uma conexão com a Filosofia, com a Biologia e com o Direito. A ciência jurídica tem um papel fundamental na

22 Acerca da Comissão Benda, veja-se: GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. *op. cit.,* pp. 99 e ss. e ESER, Albin. "Genética humana – aspectos jurídicos e sócio-políticos". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ano 2, fasc. 1, 1992, pp. 47-48.

23 Para uma análise sobre a evolução desta temática do período entre 1986 a 1999, veja-se: ARCHER, Luis. "Procriação medicamente assistida – evolução do pensamento ético de 1986 a 1999". *In: Genética e reprodução humana.* Porto: Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2000, pp. 15 e ss.

24 Para a definição do conceito de bioética, veja-se: ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. 2. ed. vol. 1. New York: Macmillan, c1995; GARRAFA, Volnei. *A dimensão da ética em saúde pública.* São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1995, pp. 14 e ss; SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética I – Fundamentos e ética biomédica.* São Paulo: Loyola, 1996, p. 43; PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética,* pp. 30-31 e ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. "Bioética e dano pré-natal". *Revista do Advogado.* n. 58, 2000, pp. 62-63.

25 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", p. 9.

26 Podem ser destacadas as seguintes áreas: a) relacionamento profissional paciente; b) saúde pública; c) questões sócio-políticas em bioética; d) campo da saúde; e) fertilidade e reprodução humana; f) pesquisa biomédica e comportamental; g) saúde mental e questões comportamentais; h) sexualidade e gênero; i) morte e morrer; j) genética; l) ética da população; m) doação e transplante de órgãos e tecidos; n) bem-estar e tratamento de animais; o) meio ambiente; p) códigos, juramento e outras diretrizes. Para mais detalhes, consulte-se: PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética,* p. 31.

tarefa de definição dos limites aos avanços tecnológicos propugnados pela bioética. E esta missão torna-se mais visível a partir do momento em que os direitos fundamentais da pessoa humana são postos em risco.

Os princípios fundamentais que regem a bioética são os da beneficência, da autonomia e da justiça[27]. Pode-se dizer que esses são os princípios históricos da medicina, desempenhando um papel relevante na aplicação das técnicas de procriação assistida. No entanto, verifica-se que não há ainda um modelo bioético único[28], sendo esta uma das razões para que o Direito intervenha, impondo restrições e limites para a atuação da biomedicina.

Mais importante do que indicar quais são os princípios fornecidos pela medicina, é a indicação dos princípios jurídicos sob os quais a bioética deve estar vinculada. Desde logo, o princípio que aparece de maneira expressa como base de todo e qualquer valor bioético é o princípio da dignidade humana[29]. A bioética não pode contrariar este princípio fundamental, pois o indivíduo humano representa o valor primordial da ordem jurídica.

Embora nos últimos anos se tenha produzido uma considerável reforma constitucional, visando assegurar uma série de direitos no âmbito da bioética[30], não se tem verificado a concretização destes direitos ao nível da legislação ordinária. O que tem como conseqüência uma redução da efetividade da tutela conferida pelo Direito.

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

4. ENQUADRAMENTO DO PROBLEMA NO DIREITO COMPARADO

A utilização das novas técnicas genéticas e seus corolários para a humanidade tem sido acompanhada pela comunidade internacional com certa apreensão: estes instrumentos de

27 Sobre os princípios fundamentais da bioética, veja-se: PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética,* pp. 43 e ss; dos mesmos autores: (Org.). *Fundamentos da bioética.* São Paulo: Paulus, 1996, pp. 51 e ss e GAGO, Mariana Dobernig. *op. cit.*, pp. 429 e ss.

28 Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. "Direito e inovações biotecnológicas", p. 432.

29 Neste sentido, ARNOLD, Rainer. "Bioética e Constituição – os limites constitucionais da biotecnologia". *In:* BARROS, Sérgio R. e ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.* São Paulo: Dialética, 1999, p. 240.

30 Podendo ser citado, no caso da Constituição da República Portuguesa (CRP), os artigos 26º n. 1 (direito à identidade pessoal) e n. 3 (direito à dignidade pessoal e à identidade genética), 67º, n. 2, alínea *e* (direito à procriação assistida) e no caso da CF/88, o artigo 225, II e V.

desenvolvimento biotecnológico têm representado um grande avanço por todos os lados do planeta, advindo desse fato a necessidade de imposição de limites à esses recursos. A delimitação do campo de atuação desses recursos tecnológicos é estabelecido pelo Direito como fator de ordenação social. Por essa razão, alguns países se posicionaram de uma forma mais efetiva diante deste problema, criando alguns estatutos legislativos específicos sobre este tema. Encontram-se em vigor algumas leis que foram produzidas a partir dos estudos feitos pelas comissões especiais, já aludidas supra (item n. 2).

O governo espanhol foi um dos primeiros a instituir leis sobre esse tema. Com a publicação da Lei n.º 35/88, de 22 de novembro (que dispõe sobre as técnicas de reprodução assistida) e da Lei n.º 42/88, de 28 de dezembro (sobre a doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos e órgãos), o legislador espanhol tentou regulamentar a matéria. Estas duas leis são consideradas as mais complacentes[31], contendo um cunho utilitarista, pois, ao fazer a distinção entre pré-embrião e embrião, permitem que o primeiro possa sofrer todo e qualquer tipo de intervenção, desconsiderando o caráter humano deste ente. Além disso, suas sanções são de cariz administrativo ou patrimonial. No âmbito constitucional, a grande indagação que se faz é a de saber se tais leis não estariam violando o disposto no artigo 15º da Constituição espanhola, onde vem consagrado o direito à inviolabilidade da vida humana[32].

Na mesma linha de pensamento, o legislador britânico criou, em 1990, a lei sobre a fertilização humana e embriologia, formulada com base no informe "White Paper", que recebeu o nome de *Humann Fertilisation & Embryology Act*[33]. Para esta lei, a experimentação embrionária é permitida até o décimo quarto dia a partir da fecundação, embora não seja tão permissiva quanto a lei espanhola.

---

31 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. "A european status of the embryo?" *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 74, 1998, p. 760 e DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* p. 46.

32 Este assunto já foi submetido à apreciação do Tribunal Constitucional espanhol que, por intermédio da Sentença n. 212/1996, de 19 de dezembro, decidiu, dentre outras coisas, que o nascituro não era sujeito de direitos e, portanto, não era titular do direito à vida. No entanto, por ser uma vida humana, o nascituro foi reconhecido como *objeto* jurídico constitucionalmente reconhecido. Esta decisão foi tomada em vista do pedido de impugnação da Lei n. 42/88, por um grupo de parlamentares espanhóis. Para uma análise sobre o teor desta sentença, veja-se: VILLALON, Pedro Cruz. "Sentencia 212/1996, de 19 de diciembre – Recurso de inconstitucionalidad 596/1989". *Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos.* n. 7, 1997, pp. 291-317. Para um comentário sobre esta mesma decisão, veja-se: CAPELLA, Vicente Bellver. "El estatuto jurídico del embrión y el feto no viables. A propósito de la STC 212/1996 de 19 de diciembre". *Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos.* n. 7, 1997, pp. 319-331. Ainda sobre esta sentença, o Tribunal Constitucional português fez uma citação dos termos essenciais desta decisão, através do já citado Acórdão n. 288/98, publicado no *Diário da República,* 1ª série-A, n. 91, de 18 de abril, III (A), § 32.

33 Cf. GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. *op. cit.*, p. 104.

Na França, compete ao Comitê Nacional de Ética o encargo de realizar as recomendações nesta seara. As proibições referentes à incolumidade física do embrião fecundado *in vitro,* bem como a utilização deste em experiências médicas, ressalvados os casos excepcionais de finalidade terapêutica, são declaradas de modo expresso pelo referido órgão. A grande preocupação francesa é no sentido de que, ocorra, no âmbito da Europa, um "turismo procriativo"[34], em razão da falta de um consenso entre as legislações dos Estados membros.

A Itália também possui uma norma para regular a situação do embrião humano[35]. As manifestações mais expressivas sobre a tutela do embrião humano – se bem que mais voltadas à interrupção voluntária da gravidez – vêm sendo dadas pela jurisprudência, tanto pelos tribunais inferiores quanto pela Suprema Corte[36]. Um esforço bastante significativo foi dado pelo Comitê Nacional de Bioética italiano, por meio do documento "Identidade e estatuto do embrião humano", publicado em 12 de julho de 1996[37].

Contrariando o até agora aduzido, o legislador alemão produziu o instrumento mais efetivo de tutela do embrião humano. Trata-se do *Embryonenschtzgesetz-EschG,* de 01 de janeiro de 1991. A grande novidade dessa lei é que ela penaliza criminalmente com sanções privativas de liberdade que chegam até três anos ou com a imposição de multa aos infratores. Diversas são as condutas sancionadas, valendo destacar o uso abusivo de embriões humanos, a proibição de seleção do sexo, a fecundação depois da morte do doador, clonagem, mutações, produção de híbridos, etc[38].

Esta é uma importante iniciativa na construção de um estatuto jurídico para o embrião humano. No entanto, esta lei ainda possui algumas falhas que devem ser superadas: praticamente só faz menção às sanções de natureza penal, deixando de lado as relevantes

34 *Ibidem.,* pp. 107-108. Essa preocupação também é patente na Recomendação n. 1.046, de 24 de setembro de 1986, da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, versando sobre o uso de embriões e fetos humanos (Cf. nº 12).

35 Até o ano de 2004 não havia uma legislação específica sobre a matéria. Todavia, sobreveio à publicação a lei n. 40, de 19 de fevereiro de 2004, que estabelece normas em matéria de procriação medicamente assistida.

36 Podem ser destacadas, à guisa de exemplo, as sentenças do Tribunal de Palermo de 1979, de Padova de 1985, da Corte de Apelação de Bolonha de 1991, do Tribunal de Veneza de 1991 e da Suprema Corte de Cassação (Sentenças n. 6.464, de 08 de julho de 1994 e n. 11.503, de 22 de novembro de 1993). Cf. DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* pp. 77-80.

37 Desenvolvidamente, DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* pp. 88-91.

38 Para uma análise concisa sobre as condutas que podem caracterizar os crimes previstos na referida lei, veja-se: Cf. GUIMERÁ, Juan-Felipe Higuera. *op. cit.*, p. 99 e ss.

questões de direito civil, como a questão da paternidade homóloga, heteróloga e social, enfim, as questões do direito de família e de sucessões.

Conforme se viu, não há ainda uma definição e muito menos um consenso sobre o estatuto do embrião humano. Em regra, as legislações deixam o embrião fertilizado pelo processo extracorpóreo totalmente descoberto da tutela da vida humana, violando assim, a dignidade da pessoa humana. A seguir, ver-se-á qual é a posição da Constituição sobre esse assunto.

II. O REGIME CONSTITUCIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DO PROBLEMA DO EMBRIÃO HUMANO

5. A TÔNICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS[39]

A solução para os problemas postos pela bioética não tem ainda uma resposta apropriada do ordenamento jurídico[40]. Por essa razão, urge analisar qual é o tratamento dado pela Constituição sobre o tema. Desde logo, cumpre salientar que o âmbito constitucional não comporta soluções concretas para esses problemas, mas sim grandes orientações[41]. E essas orientações estão assentes nos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais, encerram em si, uma margem considerável de direitos e garantias. No presente caso, o que vai interessar, são aqueles direitos caracterizados por uma maior essencialidade, por um grau mais acentuado de fundamentalidade. São exemplos destes direitos: o direito à vida, à integridade pessoal, à identidade genética e dignidade pessoal, os quais são cunhados de "direitos fundamentalíssimos"[42], por ocuparem uma área inatingível e

39 Para um aprofundamento sobre a temática dos direitos fundamentais é imprescindível a consulta a: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – Direitos fundamentais.*. 3. ed. Tomo 4. Coimbra: Coimbra ed., 2000; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição.* Coimbra: Coimbra ed., 1991; dos mesmos autores: *Constituição da República portuguesa anotada.* Coimbra: Coimbra ed., 1993 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. Na doutrina brasileira, por todos, veja-se: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

40 ESER, Albin. "Genética humana – aspectos jurídicos e sócio-políticos", p. 46, encara com naturalidade a falta de regulamentação jurídica sobre este assunto, já que a moderna genética humana também é recente.

41 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", p. 11.

42 Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op. cit.,* p. 98.

imutável, constituindo-se num "*núcleo restrito* que se impõe à qualquer ordem jurídica"[43]. São também conhecidos como direitos, liberdades e garantias[44].

Dessa forma, os direitos pertencentes a esta esfera restrita recebem uma especial proteção da Constituição[45], por serem direitos subjacentes à própria idéia de pessoa[46]. Na maioria dos casos, o ser humano figura como destinatário principal ou como titular destes direitos por razões de humanidade[47]. Dito de outro modo: o ponto de convergência dos direitos fundamentais é o homem, a pessoa humana, por intermédio de sua dignidade peculiar, da sua própria existência como algo que representa uma possibilidade de inovação e de superação[48]. E assim é, porque o bem supremo de qualquer ordem jurídica é a inviolabilidade da vida humana, fulcrada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Também é verdade que a liberdade encontra-se circunscrita no âmbito restrito dos direitos, liberdades e garantias, sendo por essa razão um direito essencial para o ser humano. Realmente, a liberdade possui grande realce no ordenamento jurídico constitucional, visto que sem ela, o homem não se realiza. Liberdades como a científica, a de procriação artificial[49], a autodeterminação da pessoa em relação a alguns casos ou ao uso do próprio corpo, são exemplos de liberdades asseguradas pela Constituição.

Diante disso, o que se tem como conseqüência é o embate entre a tutela da vida humana e da liberdade[50], ou ainda, entre critérios de avaliação sobre a qualidade de vida. O resultado do embate entre esses direitos fundamentais é a verificação de uma prevalência de um direito sobre o outro, anulando-o ou restringindo-o. A dificuldade ou a falta de consenso

43 *Ibidem*., p. 17.

44 Várias são as acepções dadas aos direitos que representam o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Na Constituição brasileira, tem se conservado por muito tempo o termo *direitos individuais* para designar os direitos, liberdades e garantias. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.,* p. 28. Para uma crítica deste e de outros termos, veja-se: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 179 e ss.

45 Por esta razão, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* p. 369, fala num regime reforçado de tutela dos direitos, liberdades e garantias.

46 *Ibidem.,* p. 10.

47 Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op. cit.,* p. 19.

48 Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 211 e do mesmo autor: *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160. De conformidade com este entendimento: FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. "Limites da ciência e o respeito à dignidade humana". *In:* SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito – ciência da vida, os novos desafios.* São Paulo: RT, 2001, pp. 271-272.

49 De forma inédita, a Constituição portuguesa traz no art. 67º, n. 2, alínea *e),* disposição expressa sobre a incumbência do Estado na regulamentação deste tema, em termos a salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

50 Neste sentido, a manifestação do Provedor de Justiça português no Simpósio sobre Comissões de ética e seus objetivos, realizado na Faculdade de Medicina de Lisboa, em 8 de julho de 1999.

em definir o momento do início da vida humana, resulta na possibilidade de desamparo quase que completo do embrião humano em sua fase de desenvolvimento inicial.

Num tempo em que as liberdades começam a sobrepujar direitos essenciais e inalienáveis – e, nesse caso, o mais importante de todos eles: a vida humana – é de se preocupar com as graves conseqüências para a humanidade como um todo. O risco da instrumentalização do ser humano, transformando-o em meio, ao invés de considerá-lo sempre como um fim, tem como conseqüência a dilaceração do próprio Estado de Direito[51].

Assim, o relevo conferido pela Constituição na proteção dos direitos fundamentais é primordial para a defesa do embrião humano. A força jurídica desta tutela é tão acentuada que a Carta Magna estabelece uma série de instrumentos para que tais direitos sejam aplicados e respeitados, independentemente da existência de leis em nível infraconstitucional: o regime dos direitos, liberdades e garantias goza de aplicabilidade direta e vincula entidades públicas e privadas[52], bem como estabelece limites às leis que provoquem restrições a esses direitos[53].

Contudo, como é sabido, os direitos fundamentais não são absolutos ou sem limites, nem mesmo os direitos, liberdades e garantias o são[54]. A própria Constituição sinaliza para a situação da concordância prática nos casos de conflito entre os direitos fundamentais[55], sem estabelecer abstratamente uma hierarquia entre estes direitos. Apenas determina que através do critério da ponderação de valores haja uma harmonização dos mesmos. Nunca é demais lembrar que a ponderação de valores deverá ser estabelecida a partir dos princípios da proporcionalidade e da racionalidade que o caso concreto exigir[56].

---

51 Sobre o enfraquecimento ou o esvaziamento do Estado de Direito por intermédio da violação ou do acréscimo desordenado de direitos fundamentais, as suas causas e conseqüências, veja-se: OTERO, Paulo. *A democracia totalitária,* pp. 153 e ss.

52 Cf. CRP, artigo 18º, n. 1 e CF/88, artigo 5º, § 1º.

53 Cf. CRP, artigo 18º, n. 2 e 3.

54 Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op. cit.,* p. 275.

55 Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.,* p. 453, assevera ainda que a permissão para a realização da concordância prática por parte do legislador, vincula-se ao princípio da *proibição do excesso*. Nessa linha, para um maior aprofundamento acerca das colisões ou conflitos de direitos e suas soluções: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op. cit.,* pp. 310 e ss, e, novamente, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.,* pp. 1.251 e ss.

56 Na visão de BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6, o tema referente à restrição ou limitação dos direitos fundamentais em virtude dos conflitos existentes entre os direitos, liberdades ou garantias, tem sido negligenciado pelos constitucionalistas brasileiros. Não obstante, MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 58, faz menção aos critérios da concordância prática ou da harmonização para dirimir a situação dos bens jurídicos em conflito, fazendo alusão à necessidade de se

Duas questões primordiais devem ser postas: qual é o estatuto do embrião humano em face do regime dos direitos fundamentais? Qual é a solução mais adequada para os embates específicos entre vida ou integridade física *versus* liberdade ou diante da adoção de critérios utilitaristas de qualidade de vida em face do embrião humano?

O grande desafio nesta seara é justamente o de extrair do texto constitucional – mas não só dele, pois há ainda um número expressivo de documentos internacionais que reforçam o catálogo de direitos fundamentais[57] – importantes diretrizes para fixar limites às práticas tidas como violadoras destes direitos.

5.1. O EMBRIÃO HUMANO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que o embrião humano concebido *in vitro* receba a devida tutela do Direito é necessário que haja o reconhecimento de sua capacidade de ser sujeito de direitos. Este tema pertence tradicionalmente ao ramo do direito privado, mas com a indefinição acerca do estatuto do embrião, cabe verificar o posicionamento da Constituição sobre esse problema.

A personalidade jurídica é a qualidade de ser sujeito de direitos e de obrigações, sendo decorrência da qualidade de pessoa[58]. "Difere da capacidade civil, decorrente da personalidade, visto que a capacidade civil mostra o *poder de intervir por si mesmo,* enquanto a personalidade dá a idéia do *direito de ser protegido* pela lei, mesmo sem ter capacidade"[59].

Portanto, só é possível a atribuição da titularidade de direitos a quem possuir a qualidade de ser sujeito de direitos e de obrigações. Vale dizer, não se vislumbra a possibilidade da existência de um direito, sem que haja um correspondente titular deste mesmo direito[60]. Por isso, surge a seguinte indagação: o embrião humano, a partir da concepção, é considerado pessoa, ou seja, é suscetível de ser titular de direitos, máxime de direitos fundamentais?

---

evitar o sacrifício de uns em relação aos outros. Ainda sobre este tema e para um maior desenvolvimento, consulte-se: BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.,* pp. 181 e ss.

57 São diversos os instrumentos internacionais que reforçam o conteúdo dos direitos fundamentais nas Constituições, valendo destacar: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto de São José da Costa Rica (1969) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (2000).

58 Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – parte geral.* 35. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59 e CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade.* Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 13.

59 Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico.* vol. 3. São Paulo: Forense, 1963, p. 1.154.

60 Em que pese esta afirmação, algumas vozes se têm levantado para apontar a qualificação do embrião humano como um *tertium genus,* ou seja, nem sujeito de direito nem objeto de direito. Para maiores detalhes sobre este posicionamento, veja-se: DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* pp. 25-26.

A questão da personalidade jurídica envolve necessariamente a definição do início da vida humana, ou seja, a partir de que momento o embrião humano adquire a qualidade de pessoa. O ordenamento jurídico-civil português fixa o marco do início da personalidade jurídica somente a partir do nascimento completo e com vida (art. 66º, n. 1, do CC). A lei civil brasileira dispõe do mesmo modo, ressalvando que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (art. 2º, do CC). É a consagração da teoria natalista[61] sobre o início da personalidade jurídica. No entanto, essa posição não está de acordo com o que dispõe a Constituição[62], bem como os instrumentos internacionais de tutela da dignidade da pessoa humana: não há qualquer justificativa para se considerar o produto da concepção humana como uma coisa, destituída da proteção do direito à vida. Com a união dos gametas, masculino e feminino, surge uma nova individualidade humana, que não se confunde com as características nem da mãe nem do pai[63]. Por essa razão, pode-se afirmar que estamos diante de uma "personalidade jurídica pré-natal"[64] ou de uma "pessoa em formação"[65].

Desta feita, verifica-se que para o caso do estatuto do embrião humano, o ordenamento jurídico-constitucional estabeleceu um conceito constitucional de pessoa[66], que não é o mesmo do direito civil. Diante desse estatuto constitucional, o embrião humano é pessoa desde o momento em que os dois gametas se fundem, tornando-se num só indivíduo. Essa é a concretização de um direito universal segundo o qual todos os indivíduos humanos têm direito ao reconhecimento de sua personalidade[67].

---

61 A teoria natalista é bastante freqüente nos países de origem romano-germânica. Para mais detalhes sobre este tema, veja-se: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *op. cit.,* p. 66; VARELA, Antunes. "A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil". *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez.* vol. 1. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 619 e ss e CHORÃO, Mário Bigotte. "O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português". *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez.* vol. 1. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 636 e ss.

62 Neste sentido: OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 37. Na doutrina italiana, DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* p. 84, assevera que deve ser modificado o artigo referente à aquisição da personalidade a partir do nascimento, visto que tal dispositivo pode resultar em um contraste com a Constituição.

63 Cf. PAULO VI. *Declaração sobre o aborto.* Roma, 1974*,* n. 12; EUSEBI, Luciano. *op. cit.*, pp. 1.064-1.066; JOÃO PAULO II. *Istruzione Donum Vitae,* Parte I, n. 1 e do mesmo autor: *Carta encíclica Evangelium Vitae,* n. 60.

64 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* pp. 35 e 62.

65 Expressão utilizada para designar o reconhecimento que o Direito deve dar em relação ao embrião humano. Cf. VARELA, Antunes. *op. cit.*, p. 634.

66 Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* pp. 186-187.

67 Assim, o disposto no artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: "todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica".

No âmbito constitucional, vigora o princípio da universalidade[68], o qual estabelece de forma clara e precisa o intento de colocar o homem, a pessoa, como o centro da titularidade dos direitos fundamentais[69]. Também é verdade que a atribuição da titularidade dos direitos fundamentais só faz sentido para aqueles que tenham idoneidade para exercê-los[70], exceto nos casos onde não haja a imposição de conhecimento ou tomada de decisão, como por exemplo para o direito à vida, à integridade física e à liberdade[71].

Justamente este é o caso do membro mais jovem de nossa espécie, visto que a proteção do ordenamento jurídico-constitucional se dá independentemente da capacidade de exercício por si próprio do embrião humano. Aliás, a atenção que deve ser dispensada a ele, deve estar revestida de uma proteção especial[72], tendo em vista sua condição natural de fragilidade e total desamparo perante as graves ameaças sofridas. Desde a concepção, forma-se um indivíduo humano que começa a se desenvolver num movimento irreversível até a implantação no útero, com o posterior nascimento que se estende pela fase pós-natal, terminando com a morte[73]. A natureza humana desse ente é irrefutável[74].

A aquisição da personalidade não está condicionada ao nascimento completo e com vida[75]: surge num momento bem anterior, pois a dignidade do ser humano começa a partir no momento definido pela ciência, e este momento é o da fertilização do embrião, com a formação do zigoto e suas fases seguintes de desenvolvimento.

Tanto a Constituição brasileira quanto a portuguesa põem em alto relevo como principal preocupação e como base do Estado de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana,

68 Cf. CRP, artigo 12º, n. 1. No âmbito da Constituição brasileira, este princípio tem a infeliz redação do artigo 5º, *caput*, ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, como se tais direitos não fossem assegurados a todas as pessoas. Nesse sentido, a crítica de: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.,* p. 29.

69 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.,* p. 414.

70 Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* pp. 217-218.

71 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.,* p. 423.

72 Neste sentido, o disposto no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1989, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em vigor desde 26 de janeiro de 1990, em Portugal, por intermédio do Decreto do Presidente da República n. 49/90, de 12 de setembro, publicado no *Diário da República*, I Série A, n. 211/90. No Brasil, esta Convenção foi ratificada em 24 de setembro de 1990, tendo sido promulgada através do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

73 Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. "O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito". *O Direito.* ano 123º, n. 4, 1991, pp. 586-587.

74 CARDOSO, Augusto Lopes. *op. cit.*, p. 13, assevera não haver dúvida, dentre outras coisas, de que a partir da concepção, já existe vida humana.

75 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 32.

no qual todos os demais direitos e, em especial, o direito à vida, estão alicerçados[76]. Diante disso, o embrião humano, que já ostenta o estatuto de pessoa, recebe uma proteção constitucional. Portanto, não está vinculado ao reconhecimento da personalidade jurídica conferida nos termos do ordenamento jurídico-civil[77].

O próprio direito à vida sobreleva os demais direitos, por ser a expressão mais fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor supremo que a vida humana representa em qualquer ordenamento jurídico, impede que este bem seja aviltado. Vale dizer, a vida humana, independentemente do estágio de sua evolução, goza de uma tutela constitucional com primazia em relação à personalidade jurídica e não o inverso[78].

Desta forma, o embrião humano desponta como titular dos direitos fundamentais[79], seja porque para este reconhecimento não haja a necessidade da compatibilidade com o direito civil, seja porque o mesmo possui a natureza humana e por isso merece o respeito e a dignidade peculiar a cada um e a todos os seres humanos.

Cumpre observar que não se afigura plausível o entendimento segundo o qual a Constituição atribui uma tutela objetiva ao embrião humano[80]. Como já enunciado no princípio deste tópico, não há que se falar no reconhecimento de um direito, sem que haja um titular correspondente[81]. Ademais, a sugestão para que seja atribuída a titularidade dos direitos fundamentais à terceiras pessoas, como se fosse uma espécie de interesse difuso, também não

---

76 Cf. ARNOLD, Rainer. *op. cit.*, p. 240 e OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 35.

77 Assim, MATHIEU, Bertrand. "Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional". *In:* BARROS, Sérgio R. e ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *op. cit.*, p. 23, afirma que a maioria dos instrumentos utilizados diante dos problemas bioéticos reportam-se mais aos direitos fundamentais do que ao direito civil.

78 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 36.

79 *Ibidem.,* p. 37. Parecendo adotar esta mesma posição: PINTO, Paulo Mota. "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade". *In: Portugal-Brasil ano 2000. Tema Direito*. Coimbra: Coimbra ed., 1999, p. 220, embora excluindo a titularidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por esse direito pressupor a existência de uma pessoa ao menos com capacidade potencial de agir no futuro.

80 Este vem sendo o entendimento, embora em decisões não unânimes, das cortes constitucionais da Espanha e de Portugal, as quais vêm considerando o embrião humano como um ente digno de proteção objetiva da Constituição, porém não o consideram como titular dos direitos fundamentais. Assim, a já citada sentença do Tribunal Constitucional espanhol sob o n. 212/1996, de 19 de dezembro e os Acórdãos do Tribunal Constitucional português: n. 25/84, 84/85 e 288/98 (publicados no Diário da República, II Série, de 04 de abril de 1984, 25 de junho de 1985 e 1ª série-A, n. 91, de 18 de abril de 1998, respectivamente). Para um comentário sobre esta última decisão, veja-se: MIRANDA, Jorge. "O Tribunal Constitucional em 1998". *Separata del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.* n. 3, 1999, pp. 373 e ss.

81 Neste sentido, LEONE, Salvino. "Diritti dell'embrione". *In:* RUSSO, Giovanni (Org.). *Bioetica fondamentale e generale.* Torino: Società Editrice Internazionale, 1995, p. 576, aduz que não se pode falar em direitos do embrião sem o reconhecimento do concepto como sujeito de direitos.

é concebível. À guisa de exemplo, o direito à vida de um embrião pertenceria à própria mãe[82] ou à coletividade[83]. Todas as soluções que procurem retirar do próprio embrião a titularidade de direitos fundamentais que lhe dizem respeito, só servirão para fragilizar ou até mesmo subverter tais direitos.

5.2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DO ESTADO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é constituído na sua essência pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, as relações jurídicas existem em função do homem e para o homem[84]. Trata-se de um princípio antrópico. Esse princípio basilar da Constituição da maioria dos países ao redor do mundo, surge, por um lado, para designar o valor supremo que o ser humano representa em qualquer ordem jurídica e, de outro lado, para promover todos os esforços no sentido de se evitar as experiências históricas de aniquilação do ser humano[85].

Tamanha é a primazia da dignidade da pessoa humana que a Constituição proclama, logo no princípio – sob o título "dos princípios fundamentais" – ser este o princípio que representa a base da República[86], servindo de fundamento para todos os demais direitos. Por outras palavras: não se admite, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana[87].

Essa preocupação em delimitar a atuação de outros direitos quando forem utilizados em detrimento da dignidade da pessoa humana não é apenas sustentada no âmbito

82 Atribuir a titularidade dos direitos fundamentais a genitora do embrião não seria uma boa solução, já que a própria mãe pode violar estes direitos. A propósito, tem sido objeto de discussão na jurisprudência alemã nos últimos anos, a possibilidade de conferir o direito de indenização à criança que venha a nascer, por danos causados durante a gestação praticados pelos pais ou por terceiros. Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", p. 30; do mesmo autor: "Embrião e personalidade jurídica". *In:* GOUVEIA, Jorge Bacelar e MOTA, Henrique (Org.). *Vida e Direito – Reflexões sobre um referendo.* Cascais: Principia, 1998, pp. 85-86 e VARELA, Antunes. *op. cit.*, p. 631. Da mesma forma, na Itália, já existem alguns precedentes jurisprudenciais, conforme relato de: DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* p. 79. No Brasil, ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *op. cit.*, pp. 71-72, aponta alguns precedentes jurisprudenciais de indenização por danos morais por motivo de morte do nascituro.

83 A atribuição da titularidade dos direitos fundamentais atinentes ao embrião humano para um grupo de pessoas, como se tratasse de um interesse difuso, também não parece ser a melhor saída, visto que tais direitos pertencem à um núcleo restrito de direitos do indivíduo e são personalíssimos, além de fragilizar a essência de tais direitos, podendo facilitar a sua violação.

84 Cf. OTERO, Paulo. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito.* vol. 1, tomo 1, Lisboa, 1998, p. 49.

85 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 225. Ainda neste sentido, LEONE, Salvino. *op. cit*., p. 572, argumenta que desde a primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a humanidade tem procurado continuamente defender a vida humana contra todas as formas de supressão, tais como a tortura, a violência, a pena de morte, etc.

86 Cf. CRP, artigo 1º e CF/88, artigo 1º, III.

87 Neste sentido, ARNOLD, Rainer. *op. cit.*, p. 241, assevera que a dignidade da pessoa humana é intocável e no caso de conflito com outro valor constitucional, essa deve prevalecer sempre.

constitucional: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, traz no seu preâmbulo, a proclamação de tal princípio a "todos os membros da família humana"[88]. Da mesma forma, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, tanto no preâmbulo quanto no artigo primeiro, coloca a dignidade da pessoa humana como direito inviolável[89].

Não obstante, 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 vilipendiar tal princípio. A permissividade da prática de certas liberdades individuais que atentam frontalmente contra a dignidade do ser humano, faz com que o Estado que propugna a dignidade de todo ser humano, transforme-se num Estado tirano[90]. Um Estado baseado na dignidade da pessoa humana não pode permitir o que vem ocorrendo na seara tecnológica biomédica: a prevalência dos interesses dos mais fortes em relação aos interesses dos mais fracos e indefesos[91]. Estes "homens ainda sem voz"[92] não podem ter a sua dignidade violada em nenhuma situação.

O embrião humano pertence ao grupo que compõe a família humana. Realmente, a dignidade da pessoa humana diz respeito à pessoa desde a concepção e não apenas após o nascimento completo e com vida[93]. O embrião, concebido pelo processo de fertilização *in vitro,* possui dignidade e merece o respeito devido à pessoa humana[94].

---

88 De um modo geral, os princípios consignados na Declaração Universal dos Direitos do Homem assumem importante papel em face da Constituição portuguesa, já que o art. 16º, n. 2, dispõe que os direitos fundamentais serão aplicados (interpretados e integrados) à luz dos preceitos firmados na Declaração. Para uma visão detalhada sobre os direitos do homem no âmbito da Europa, veja-se: POSSENTI, Vittorio. "I diritti dell'uomo nella tradizione europea". *O Direito.* ano 122º, 3-4, 1990, p. 487 e ss.

89 Para uma análise do teor desse importante documento e de comentários sobre o mesmo, veja-se: MOREIRA, Vital (Org.). *Carta de direitos fundamentais da União Européia.* Coimbra: Coimbra ed., 2001.

90 Assim, JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae,* n. 4. Ainda neste sentido, OTERO, Paulo. *A democracia totalitária,* p. 180, argumenta que a ditadura da ciência e da técnica é a mais perversa forma de ditadura conhecida até hoje.

91 Cf. JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae*, n. 20.

92 Expressão de CHORÃO, Mário Bigotte. "O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito", p. 581.

93 No âmbito constitucional: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* pp. 183 e 186; SILVA, José Afonso da. *op. cit.,* p. 200 e OTERO, Paulo. *A democracia totalitária*, pp. 161-162. Na jurisprudência, a declaração de voto do Juiz Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, no Acórdão do Tribunal Constitucional português, sob o n. 288/98.

94 Corroborando com esse entendimento, LÓPEZ, Pedro J. Femenía. *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*. Madrid: McGrawHill, 1999, p. 114, ao afirmar que em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, o embrião humano não pode ser considerado como coisa, independentemente de seu estágio de desenvolvimento.

A utilização das técnicas biomédicas de reprodução humana assume importante papel no contexto da dignidade do embrião, visto que a Constituição portuguesa estabelece o dever de proteção familiar, como encargo do Estado, instituindo a necessidade de regulamentação da procriação assistida, com vistas a salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Esta importante manifestação da Constituição tem como principal efeito a rejeição de qualquer atentado contra a vida e a integridade pessoal do embrião. Vale dizer, o embrião concebido *in vitro* gerado por meio do processo de reprodução assistida, deve ter sempre respeitada a sua intangibilidade. Para esta tarefa, o próprio Estado está vinculado a não apenas proteger a inviolabilidade de tal direito, como também de não se omitir diante de práticas que atentem contra a dignidade do embrião[95].

A inserção da procriação assistida como preocupação constitucional tem como conseqüência o surgimento de um "direito de procriar" ou de "dar a vida"[96]. Esse direito é conferido, em âmbito constitucional, ao casal com dificuldades em gerar a sua prole. Cabe indagar se, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, será legítimo ao casal recorrer aos recursos da procriação assistida em qualquer situação, ou apenas em circunstâncias onde o casal não tenha condições de ter filhos pelo método natural. A resposta que se nos afigura mais acertada é a de que havendo a possibilidade de procriação natural, o casal não pode utilizar-se dos métodos artificiais[97], ainda que não haja nenhuma proibição jurídica, pois tal conduta denotaria um egoísmo injustificado, além do que, dependendo da técnica utilizada, poderia instrumentalizar o embrião para satisfazer objetivos de terceiros[98].

5.3. A INVIOLABILIDADE DA VIDA HUMANA E SEUS COROLÁRIOS

Conforme ficou acentuado acima, a dignidade da pessoa humana é a base da República, tendo como ponto de convergência o Homem. Para que o indivíduo humano tenha a possibilidade de existir, de se realizar, é mister que este tenha assegurado a inviolabilidade dessa mesma vida, sob pena de não haver razão de ser de todos os outros direitos.

95 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* pp. 56 e ss.

96 Cf. ESER, Albin. "Genética humana – aspectos jurídicos e sócio-políticos", p. 50 e ASCENSÃO, José de Oliveira. "Procriação assistida e direito". *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez.* vol. 1. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 647-648.

97 Neste sentido, EUSEBI, Luciano. *op. cit.*, p. 1093, argumenta que o recurso à fertilização extracorpórea deve atender a fins exclusivos de infertilidade.

98 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Procriação assistida e direito", p. 648.

A Constituição consagra a vida humana como valor supremo, declarando-a inviolável[99]. O reconhecimento constitucional estende-se não somente à vida nascida, mas para toda a vida, da concepção até a morte natural. Vale dizer, a inviolabilidade da vida humana é tratada de forma ampla, não comportando quaisquer restrições, seja qual for a fase do processo vital: não é feita qualquer distinção entre a vida extra-uterina ou intra-uterina[100].

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto de São José da Costa Rica[101], proclama de forma solene que toda pessoa tem o direito de que seja respeitada a sua vida. Assevera ainda, que o direito à vida "deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção"[102], sendo que ninguém pode ser privado de sua vida arbitrariamente[103].

O reconhecimento do direito à vida desde a concepção, faz com que o zigoto e suas formas posteriores de desenvolvimento, mereçam o respeito devido à pessoa[104], recebendo dessa forma, a ampla e irrestrita tutela constitucional da inviolabilidade da vida humana. Para o ser humano basta existir para ter reconhecida e respeitada a vida humana. O marco do início da vida humana – já o dissemos – ocorre no momento da fertilização ou da fecundação do óvulo, no instante em que os dois gametas se fundem, tornando-se num novo indivíduo, único e irrepetível, que não é uma coisa ou um objeto[105], mas sim um novo ser humano. Ainda que houvessem dúvidas sobre quando começa a vida humana, isto é, a partir de qual momento o

99 Cf. CRP, artigo 24º, n. 1 e CF/88, artigo 5º. Ainda neste sentido, por todos, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (artigo 2º).

100 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* pp. 37-38 e CARDOSO, Augusto Lopes. *op. cit.*, pp. 13-14.

101 A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada e aberta à assinatura em 22 de novembro de 1969. O Brasil é signatário desta Convenção desde 25 de setembro de 1992, através do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

102 Este também vem sendo o entendimento do Conselho da Europa. A título de exemplo, a Recomendação n. 1.046, de 24 de setembro de 1986, n. 5, acentua que desde a fertilização dos óvulos a vida humana segue um desenvolvimento contínuo, não sendo possível definir com precisão as primeiras fases desse desenvolvimento. Já a Recomendação n. 1.100/89, n. 3, assinala que o embrião e o feto devem ser tratados com o respeito da dignidade humana e reitera a importância de determinar a tutela jurídica do embrião humano desde a fecundação do óvulo (n. 6).

103 Cf. Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 4º, n. 1. Neste sentido, OTERO, Paulo. "A proibição de privação arbitrária da vida". *In:* GOUVEIA, Jorge Bacelar e MOTA, Henrique (Org.). *op. cit*, p. 147, fala num princípio geral de proibição de privação arbitrária da vida humana.

104 Cf. JOÃO PAULO II. *Istruzione Donum Vitae,* Parte I, n. 1.

105 Assim, ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", pp. 29-30. Ainda neste sentido, SZAWARSKI, Zbigniew. "Talking about embryos". *In:* EVANS, Donald (Org.). *Conceiving the embryo.* Swansea: Martinus Nijhoff, 1996, p. 121, assevera que o embrião humano não é uma coisa, mas sim pessoa humana, merecendo ser tratado com respeito.

embrião pode ter reconhecida a sua dignidade de ser humano, a solução seria o acolhimento da proposição *in dubio pro libertate*[106] ou na especificidade do caso, *in dubio pro vitae*[107].

O direito à vida é tão expressivo como valor intrínseco à idéia de pessoa que ainda que não fosse tutelado pelo sistema jurídico positivo, pela sua própria natureza de direito natural, legitimada estaria a imposição do respeito à vida humana *erga omnes,* por ser um direito que não pode ser objeto de relativização de forma abstrata, visto que é um direito indisponível e irrenunciável[108]. Por este motivo, exsurge da inviolabilidade da vida humana – de toda ela – as seguintes ilações: o embrião humano fecundado a partir do processo extracorpóreo, goza da mesma dignidade referente à vida humana nascida, pois passa a existir desde a concepção, não sendo permitido que o seu processo vital seja interrompido, sob pena da conduta atentatória ser deduzida pelo ordenamento jurídico-penal; as intervenções biotecnológicas que eventualmente este venha a sofrer, só poderão ser praticadas em benefício do mesmo e deverão sempre estar adstritas ao princípio da dignidade humana[109].

A garantia da inviolabilidade da vida humana plena surge para rechaçar uma onda cada vez mais freqüente de atentados oferecidos pelas ciências médicas, que procuram um aperfeiçoamento das técnicas em detrimento do embrião humano[110]. A busca pelo aprimoramento dos conhecimentos científicos não pode jamais profanar uma vida para a satisfação de critérios utilitaristas. Exemplo disso é a utilização de um número excedente de embriões para a otimização do processo de fertilização *in vitro,* ou a absurda utilização de material orgânico de origem humana pela indústria de cosméticos[111].

---

106 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* p. 340, aduz que no caso das restrições, quando houver dúvida, os direitos devem sempre prevalecer sobre as restrições. É a consagração do postulado *in dubio pro libertate*.

107 Cf. OTERO, Paulo. "A proibição de privação arbitrária da vida", p. 148 e do mesmo autor: *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 41.

108 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* pp. 41-42. Adotando essa orientação, o Juiz Conselheiro, Messias Bento, na declaração de voto contida no Acórdão n. 288/98 do Tribunal Constitucional português; MATHIEU, Bertrand. *op. cit.*, pp. 25-26 e ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *op. cit.*, pp. 69.

109 Cf. artigos 1º e 2º da Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, realizada em Oviedo, em 1997.

110 Alertando que a lógica científica tem conduzido ao extremo absurdo do reconhecimento de um subjetivismo absoluto, vinculado as lógicas do desejo, tais como: "eu sou capaz" ou "eu quero", ou ainda, "dá-me prazer", tendo como conseqüência a supressão da vida humana. Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. "Direito e inovações biotecnológicas", pp. 423-424.

111 Cf. DAVID, Vincenzo. *op. cit.,* p. 7 e OTERO, Paulo. *A democracia totalitária*, p. 184. Aliás, a Recomendação do Conselho da Europa n. 1.046/86, n. 14, alínea *a,* inciso II, traz no seu corpo, orientação para que os governos dos Estados membros limitem o uso industrial de embriões e de fetos humanos, bem como de materiais e de tecidos provenientes dos mesmos para fins estritamente terapêuticos.

Este utilitarismo que traz uma concepção de eficientismo é denominado pelo Papa João Paulo II como uma "cultura da morte"[112], onde há uma verdadeira guerra entre os mais poderosos e os mais débeis[113]. Por esta concepção, o embrião fica à disposição dos pais ou de terceiros, como se fosse uma coisa ou uma parte separada do corpo, legitimando, portanto, a sua utilização para diversos fins e, até mesmo, a sua destruição.

A tutela constitucional do embrião humano a partir de sua fase de desenvolvimento mais primitiva impede a instrumentalização de sua vida, através da proteção da inviolabilidade da vida humana. E esta tutela é conferida diretamente ao embrião humano, por ser titular do direito à vida[114]. O ordenamento jurídico-constitucional confere a proteção do direito à vida de forma tão ampla, que mesmo sob a situação extrema da suspensão do exercício de direitos, como é o caso do estado de sítio e de emergência[115], não fica suspenso tal direito, em nenhuma hipótese[116]. Ainda nessa linha de pensamento, a Constituição proíbe a pena de morte[117], mesmo para o crime mais hediondo. Não é permitida sequer a extradição nos casos em que o país de destino preveja a pena de morte para o condenado[118]. Vale dizer, se a Constituição inadmite a supressão da vida, mesmo para o criminoso mais atroz, não permitindo também a extradição de presos para os países que a admitam, seria de todo absurdo que a vida humana do embrião fosse suprimida em nome de interesses individuais e egoísticos[119].

---

112 Sobre a cultura da morte, detidamente: OTERO, Paulo. *A democracia totalitária,* pp. 157 e ss.

113 Cf. JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae,* n. 12.

114 Asseverando que a vida humana é protegida independentemente de seus titulares, já que a tutela conferida pela Constituição é objetiva. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 175.

115 Cf. CRP, artigo 19º. No caso brasileiro, a suspensão de direitos recebe a denominação de estado de defesa e de estado de sítio, de acordo com a gravidade dos fatos (artigos 136 a 141, da CF/88).

116 Cf. CRP, artigo 19º, n. 6. Sobre esse assunto, veja-se: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* p. 185. A Constituição brasileira faz o inverso, apontando quais os direitos que podem ser objeto de suspensão durante esses estados de exceção (artigos 136 e 139, da CF/88).

117 QUADROS, Fausto. "As razões do meu não no referendo". *In:* GOUVEIA, Jorge Bacelar e MOTA, Henrique (Org.). *op. cit*. p. 57, aponta o contraste entre o fato de Portugal ter sido o primeiro país no mundo a abolir a pena de morte em 1867, e a recente proposta de referendo para a liberalização do aborto, nas dez primeiras semanas de gestação. A CRP, no artigo 24º, n. 2, proclama a proibição da pena de morte. No Brasil, a proibição da pena de morte vem consagrada na CF/88, no artigo 5º, XLVII, alínea *a.* No entanto, a regra da inadmissibilidade da pena de morte comporta uma exceção: no caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.

118 Cf. CRP, artigo 33º, n. 6.

119 Cf. OTERO, Paulo. "A proibição de privação arbitrária da vida", p. 147. Sobre a adoção de critérios egoísticos, POSSENTI, Vittorio. "I diritti dell'uomo nella tradizione europea", p. 491, alerta que os direitos do homem traduzem-se em expressões do homem egoísta, pois este homem pertence à sociedade burguesa não agindo em prol da comunidade.

A situação alcança um maior relevo, uma vez que através do processo de fertilização *in vitro* o número de embriões que resultam em crianças é baixíssimo. Estima-se que pouco mais de 9% dos embriões fertilizados a partir deste processo chegam a nascer. Portanto, mais de 90% dos embriões acabam se perdendo[120]. Vidas humanas indefesas, suprimidas sem qualquer proteção. É neste aspecto que a Constituição deve tutelar o embrião humano incondicional e irrestritamente.

5.3.1. O DIREITO À EXISTÊNCIA E O DIREITO DE NASCER

Da garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana 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[121]. Possui o direito à existir desde a concepção, momento em que é desencadeada uma atividade vital que irá conduzi-lo às várias etapas de seu desenvolvimento.

O direito à vida consubstancia-se num direito inato, num direito "essencialíssimo" do ser humano[122]. Durante muito tempo se discutiu sobre a construção do denominado *jus in se ipsum,* que é a consagração do direito "à" vida e "sobre" a vida, ou seja, o direito de a vontade humana ser respeitada por si mesma[123]. Essa construção é ferozmente criticada por levar ao reconhecimento do suicídio e da eutanásia[124].

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[125]. O direito à vida reconhecido constitucionalmente diz respeito a todas as manifestações de vida humana, sem qualquer restrição.

---

120 Estatística realizada pelo Queen Victoria Medical Center da Austrália, conforme relato de: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.,* p. 89.

121 Cf. SILVA, José Afonso da. *op. cit.,* p. 201.

122 Cf. CUPIS, Adriano de. *op. cit.,* p. 64.

123 Cf. SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra ed., 1995, pp. 80-81 e CUPIS, Adriano de. *op. cit.,* p. 63. Por ocasião dos preparativos da Assembléia Nacional Constituinte brasileira (1988), fora suscitada a inclusão do tema referente ao *direito a uma existência digna,* mas tal formulação foi refutada pelos parlamentares, em razão do receio deste direito subverter o real sentido da vida humana e abrir um debate acerca da eutanásia, e de outras práticas utilitaristas em detrimento da vida. Neste sentido, SILVA, José Afonso da. *op. cit.,* pp. 201-202.

124 Cf. CUPIS, Adriano de. *op. cit.,* p. 65. Ainda neste sentido: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.,* p. 123.

125 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 38. Sobre a questão do direito de vida e do direito à vida, veja-se: SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *op. cit.,* p. 207.

A existência real e concreta do embrião enquanto pessoa, desde a concepção, implica na proteção constitucional para que este não tenha subtraída a sua vida arbitrariamente. Resulta no direito que todos os integrantes da família humana possuem 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 danosa do engenho humano. Neste sentido, a tutela conferida pela Constituição é muito importante, pois quanto mais frágil e indefeso o ser humano, maior deve ser a proteção dispensada.

Dessa forma, o direito à existência é um conceito subjacente ao direito à inviolabilidade da vida, ou seja, o direito de permanecer vivo está inserido intrinsecamente no contexto constitucional do direito à vida. Daqui resulta outro colorário: o direito de nascer[126]. O direito de nascer ou o direito ao nascimento, aparece como uma conseqüência natural da inviolabilidade da vida humana e do devido respeito pela dignidade humana. Assim, o embrião humano fecundado *in vitro* usufrui do direito à implantação no útero materno e conseqüentemente do direito à gestação e posterior nascimento[127]. Vale dizer, a partir da formação do zigoto, a tutela da vida humana passa a incidir sobre este, porque a inviolabilidade da vida humana assegura o seu pleno desenvolvimento, com o fim de permitir que este possa continuar a sua existência e vir a nascer. Conforme já consignado, toda a vida humana possui uma dignidade. Caso houvesse distinção entre vida nascida, intra-uterina e extra-uterina, com o escopo de desvalorizar uma vida em relação a outra por critérios utilitaristas, chegar-se-ia à conclusão de que haveria categorias de vida menos importantes do que outras, o que levaria a deduzir que, afinal, nenhuma vida é importante[128].

Por essa razão, a vida humana – ela toda – merece a proteção do direito à inviolabilidade da vida humana, seja na vertente do direito à existência, seja através do direito de nascer, seja finalmente, pelo direito à conservação de uma vida já nascida, pois todas estas variantes encontram-se inseridas no direito à inviolabilidade da vida humana.

126 Acerca do direito de nascer, interessante o entendimento externado através dos votos dos Juízes Conselhereiros do Tribunal Constitucional português, Vítor Nunes de Almeida e Messias Bento, por ocasião do Acórdão n. 288/98, de 18 de abril.

127 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 50.

128 Nesse sentido, o voto do Juiz Conselheiro do TC português, Messias Bento, no Acórdão n. 288/98.

5.3.2. A SANTIDADE DA VIDA HUMANA VERSUS QUALIDADE DE VIDA

Da proteção conferida pela Constituição subsume-se que a natureza da vida humana tem um elevado grau de sacralidade ou de santidade[129]. O respeito absoluto à vida humana indica um importante sinal de que ela possui qualquer coisa de extraordinário e, por essa razão, não se admite seja violada ou menoscabada. A santidade da vida humana[130] 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.

Porém, nas últimas duas décadas, o conceito de santidade da vida humana passou a ser duramente questionado[131], pois, com o advento das descobertas no campo técnico-científico[132], notou-se uma melhoria da condição humana, surgindo algumas soluções para problemas antigos, tais como a possibilidade de procriação através de métodos artificiais, o descobrimento de novos medicamentos que abreviam a dor ou o sofrimento, o aumento da duração de uma vida, entre outros. Como resultado destes avanços tecnológicos, surgiram noções de viver a vida com qualidade ou com autodeterminação sobre a vida e a morte[133], baseados na idéia de bem-estar das pessoas envolvidas ou no respeito a uma escolha

129 Assim, PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética,* p. 47, argumentam ser a sacralidade da vida humana a consideração mais fundamental na discussão bioética, visto que se a vida humana não é sagrada, então pouca coisa ou nada mais assume a dimensão de sacralidade.

130 CALLAHAN, Daniel *apud* PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética,* p. 48, aponta cinco elementos que considera críticos no conceito de santidade da vida humana: a) sobrevivência da espécie humana; b) preservação das linhas familiares; c) o direito de os seres humanos terem proteção de seus companheiros; d) respeito por escolhas pessoais e autodeterminação, que inclui integridade mental e emocional; e) inviolabilidade corporal: meu corpo, com seus órgãos, sou eu mesmo.

131 Cf. GARRAFA, Volnei. *op. cit.*, p. 61.

132 ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit*., pp. 375-376, aponta a dicotomia entre os benefícios produzidos pelos procedimentos biomédicos, ao possibilitarem, de um lado, uma melhoria da qualidade de vida e, de outro, produzirem novas formas de agressão de bens jurídicos próprios aos direitos fundamentais historicamente celebrados.

133 Cf. ESER, Albin. "Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida – sobre las transformaciones en la protección jurídico penal de la vida". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* tomo 37, fasc. 3, 1984, p. 776.

individual[134]. Trata-se da introdução do conceito de qualidade de vida[135], que pode tornar relativa a tutela da vida humana[136].

Com efeito, em diversas passagens, a Constituição põe em destaque a questão da qualidade de vida, garantindo a todas as pessoas a melhoria em sua condição de vida[137]. Todavia, a qualidade de vida não é um valor em si mesmo, devendo estar sempre vinculada à dignidade da pessoa humana[138]. Vale dizer, somente a dignidade da pessoa humana legitima a busca pela qualidade de vida[139]. Portanto, o grande problema que se apresenta é a nítida inversão de valores: fala-se na liberdade da autonomia da vontade 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[140] 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 um bem patrimonial[141] ou uma parte da mulher que está separada do corpo. Ao contrário, é um ser humano a pleno título[142], sendo, portanto, merecedor do direito de não ser destruído ou aviltado. Essa coisificação do ser humano tem servido para justificar estas atitudes mesquinhas e violadoras de direitos tão caros para o dito "Estado de Direitos Fundamentais"[143].

134 Cf. GARRAFA, Volnei. *op. cit.*, p. 61.

135 Pode-se dizer que os primeiros antecedentes sobre a qualidade de vida datam de 1920, quando da publicação da obra dos alemães Karl Binding e Alfred Hoche, com um nome bastante sugestivo: "O direito de suprimir as vidas que não merecem ser vividas". Essa informação é dada por: GAGO, Mariana Dobernig. *op. cit.*, pp. 430-431.

136 ESER, Albin. "Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida", p. 748, indica que a qualidade de vida não qualifica a vida como inviolável, não a excluindo da ponderação com outros interesses.

137 Cf. CF/88, artigo 225, inciso V, artigo 79 do ato das disposições constitucionais transitórias e CRP, artigos 9º, alínea *d,* 52º, n. 3, alínea *a,* 66º, 81º, alínea *a,* 90º, 275º, n. 6.

138 Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* pp. 192-193.

139 *Ibidem,* p. 183.

140 Um precedente jurisprudencial muito conhecido nos Estados Unidos sobre este tema, foi o ocorrido no caso *Roe vs Wade,* onde a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu que o embrião humano não podia ser considerado uma pessoa constitucional, e que a mãe tinha um direito de abortar até um determinado período de tempo da gravidez, por ser este direito, baseado na privacidade da mulher. Para maiores delineamentos sobre esse caso e a polêmica instaurada naquele país, veja-se: DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida – una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual.* Barcelona: Ariel, 1998, pp. 137 e ss.

141 Neste sentido, ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida.* Coimbra: Almedina, 1999, pp. 47-49, aponta interessante jurisprudência dos Estados Unidos. Trata-se do caso *Davis vs Davis,* onde o Poder Judiciário foi chamado a decidir sobre o destino de embriões não utilizados, em razão do casal ter-se divorciado. O tribunal do Tennesse decidiu que se cuidava de pessoas suscetíveis de tutela contra a destruição e não coisas passíveis de serem repartidas.

142 Cf. COMPAGNONI, Francesco. "Quale statuto per l'embrione umano?" *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto.* 4ª série, n. 2, ano 67, 1990, p. 304.

143 Expressão utilizada por OTERO, Paulo. *A democracia totalitária,* pp. 157 e ss, para designar o Estado de Direito material ou Estado humano, baseado num projeto de sociedade solidária e justa.

O embate entre a posição naturalista ou da santidade da vida e a artificialista ou da qualidade de vida, caracterizadas, de um lado, por uma pretensa liberdade ou autodeterminação da mulher e, de outro, por um direito à inviolabilidade da vida do embrião, faz com que surja uma grave crise em face do direitos fundamentais. O lema da "vida sem qualidade não merece ser vivida" não tem acolhimento constitucional, por afrontar da forma mais vil a dignidade da pessoa humana.

O grau de inviolabilidade conferido pela Constituição à vida humana permite chegarmos a uma só conclusão: a vida humana deve ser protegida como um valor sagrado[144], independentemente da qualidade dessa vida. Por isso, a inviolabilidade da vida deve ser revestida de uma dimensão absoluta, comportando apenas as exceções tradicionalmente conhecidas.

A qualidade de vida está baseada numa busca exacerbada pelo bem-estar material. Pela incessante pretensão de um eficientismo econômico, por esta noção de consumismo descomedido, pela beleza e prazer da vida física, não sendo levado em consideração outros valores mais profundos da existência humana, tais como os valores interpessoais, espirituais e religiosos[145]. Seguindo essa linha de argumentação, como seria possível se falar em qualidade de vida, se não é respeitada nem a mais elementar forma de existência?[146] A qualidade de vida referir-se-ia a quem: aos pais ou ao próprio embrião? Certamente não seria ao embrião, visto que nenhuma ação desencadeada em seu desfavor ou que cause a sua destruição pode ser considerada como medida que venha em seu benefício.

O tema referente à qualidade de vida faz aflorar mais uma indagação: sob a égide da qualidade de vida há que se distinguir se a vida humana goza do mesmo grau de proteção na fase de embrião do que a referente à vida humana já nascida. Dito de outra forma, o embrião humano desfruta de igual direito à vida do que o conferido à criança nascida? Há um estatuto jurídico diferenciado para o ser humano não nascido? Qual é o posicionamento da Constituição sobre esse assunto?

No âmbito constitucional, a vida humana é protegida de forma ampla e irrestrita. A legislação infraconstitucional parece indicar que quanto mais jovem o ente humano, menor é a

144 Cf. ESER, Albin. "Entre la 'santidad' y la 'calidad' de la vida", pp. 765-766.

145 Cf. JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae,* n. 23. Em sentido parecido: DALLARI, Dalmo de Abreu. "Bioética e direitos humanos". *In:* COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei e OSELKA, Gabriel (Org.). *Iniciação à bioética.* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1999, p. 231.

146 Cf. LEONE, Salvino. "Diritti dell´embrione", p. 573.

proteção a ele conferida: exemplo disso é a tutela da vida humana no Código Penal, no caso do aborto e do infanticídio, onde as sanções são menores do que as referentes ao homicídio. Para que não haja um desvio da análise constitucional sobre a valoração da vida humana, pode-se dizer, perfunctoriamente, que a intervenção do direito penal na repressão e prevenção dos crimes contra a vida está assentada em questões específicas de Política Criminal, ou seja, a pena imposta deve ser aquela que possua eficácia para coibir a conduta que viole a vida. Portanto, não será o valor quantitativo da pena que irá determinar o valor que a vida humana representa, visto que a pena pode ser inclusive majorada, quando se verifica a sua ineficácia[147]. Por outras palavras, a vida humana não pode ser dosada de acordo com proposições infraconstitucionais, antes deve ser protegida por meio da tutela constitucional. Além disso, não se afigura acertado imaginar que a vida humana possua diversos graus de respeitabilidade: a tutela 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.

O que está em jogo aqui é esclarecer se a vida humana desde a concepção goza do direito à inviolabilidade da vida humana, e não se possui mais ou menos dignidade do que a vida já nascida[148]. Não se pode atribuir tal consideração, nem mesmo pelo fato de o embrião possuir um grau mais elevado de incerteza quanto ao seu nascimento, visto que a criança já nascida também pode vir a ter problemas e morrer.

Dessa forma, a discussão acerca de um estatuto da pessoa não nascida diferenciado da criança já nascida, sob a ótica constitucional, só terá importância em face de critérios posteriores, por exemplo, os referentes ao direito civil (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[149].

147 Fazendo analogia com o crime de roubo, imagine-se que este venha a ser praticado em grande escala num determinado momento, aumentando as estatísticas desse tipo de crime. Então surge daí a necessidade de majoração da pena, como uma das medidas que irá coibir esse crescimento.

148 Neste sentido, BARRA, Rodolfo Carlos. "Lo statuto giuridico dell´embrione umano". *Jus – Rivista di Scienze Giuridiche.* ano 47, 2000, p. 157, argumenta que da análise da Sentença n. 212/1996, do Tribunal Constitucional espanhol, percebe-se que a decisão reconhece existir um estatuto jurídico diferente e inferior para a vida não nascida em relação às pessoas já nascidas.

149 Por este motivo, ARCHER, Luis. *op. cit.,* p. 33, refere-se ao enunciado no Parecer 3/CNE/93, sobre a indagação de haver distinção entre o embrião e a pessoa plenamente desenvolvida, onde conclui que havendo dúvida, deve sempre prevalecer o princípio ético segundo o qual trata-se de um sujeito investido de plena dignidade humana.

5.4. A INVIOLABILIDADE DA INTEGRIDADE FÍSICA

A par do bem da vida, o bem da integridade física ou pessoal, desponta como um modo de ser físico da pessoa, verificável pelos sentidos. Por essa razão, a integridade física ocupa um espaço de destaque na hierarquia dos bens mais elevados tutelados pela Constituição. A integridade física em cotejo com a vida humana pode ser destacada do seguinte modo: enquanto para a vida humana basta o simples fato da pessoa existir, para a integridade física há a necessidade da existência, com um *plus,* que é precisamente a incolumidade ou a inviolabilidade física[150].

A inviolabilidade da integridade pessoal significa impedir que o embrião humano tenha violada a sua integridade física e moral[151]. Essa proibição constitui-se num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais[152]. E esses meios de agressão têm sido praticados por meio das intervenções, investigações e experimentos no embrião humano, que não raras vezes têm causado a destruição ou a inviabilidade de aproveitamento deste para os fins de procriação.

É inegável que a Constituição confere uma atenção especial para a liberdade de pesquisa nessa área[153], além de conceber um direito ao livre desenvolvimento da personalidade[154]. O emprego dessas experiências como forma de exercer um direito constitucional está limitado à observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, a integridade física do embrião não pode ser violada em nome do aperfeiçoamento e do desenvolvimento das técnicas biomédicas[155].

A conseqüência da inviolabilidade da integridade física é a proibição das experiências e investigações realizadas no próprio embrião que não tenham fins terapêuticos[156], ou seja, são defesos os atos que exponham o embrião a riscos desproporcionados e que não sirvam para

150 Cf. CUPIS, Adriano de. *op. cit.*, p. 69.

151 A CF/88 tutela a inviolabilidade física de uma forma curiosa, pois assegura esse direito ao indicar o respeito à integridade física dos presos (artigo 5º, XLIX). De uma forma mais direta, a CRP assegura que a integridade física e moral das pessoas é inviolável (artigo 25º, n. 1).

152 A Constituição vai mais longe ao declarar que ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante (CF/88, artigo 5º, III e CRP, artigo 25º, n. 2). No mesmo sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (artigo 4º).

153 Cf. CRP, artigo 26º, n. 3 e CF/88, artigo 225, incisos II e V.

154 Cf. CRP, artigo 26º, n. 1.

155 Tratando especificamente sobre o tema, a Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina (arts. 2º e 18º, n. 2), proclama que o ser humano tem prioridade sobre estas intervenções e veda a criação de embriões para fins de pesquisa.

156 Neste sentido, JOÃO PAULO II. *Istruzione Donum Vitae,* Parte I, n. 4.

fins curativos ou para a melhoria de sua saúde[157]. Condutas como a transformação do corpo humano ou de suas partes numa fonte de lucro[158], bem como a clonagem de seres humanos e intervenções que tenham por finalidade a seleção de pessoas, são totalmente proibidas[159]. Essas proibições têm uma razão muito simples: o uso de embriões humanos para experimentação ou investigação, como se fossem cobaias, além de instrumentalizá-los – tornando-os meios para a obtenção de um fim – violam frontalmente a sua peculiar dignidade, bem como a inviolabilidade da integridade física. A incolumidade do embrião humano surge como uma necessidade, para impedir que a vida do homem possa ser usada como um objeto de experimentação, sendo livremente "produzido" e logo em seguida "sacrificado" em sua fase primitiva de existência[160].

Hodiernamente, com o auxílio das modernas técnicas de engenharia genética, já é possível realizar um procedimento denominado "biopsia embrionária". Trata-se da extração de uma das quatro ou oito células que formam o embrião fertilizado há aproximadamente 48 horas, com o escopo de investigar o seu código genético e a existência de uma potencial enfermidade hereditária[161]. A conseqüência desse procedimento é a violação da dignidade e integridade do embrião humano, tendo destruído parte de sua estrutura física, além de abrir um grave precedente para a permissão de uma sofisticada eugenia[162].

A tentativa de justificação das agressões praticadas ao embrião, baseadas no direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mãe, englobados pela autonomia ou a autodeterminação da mulher, para que esta tenha uma maternidade consciente ou disponha do embrião ao seu bel prazer, é inaceitável[163]. Do confronto entre a pretensa liberdade da mãe em face da incolumidade do embrião humano, deve sempre prevalecer o direito desse último[164]. Ademais, o embrião humano desponta como titular de direitos fundamentais e,

157 Novamente, JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae,* n. 63.

158 A CF/88 veda expressamente a utilização de materiais humanos com fins de comercialização (art. 199, § 4º).

159 Cf. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (art. 3º, n. 2).

160 Cf. EUSEBI, Luciano. *op. cit.*, p. 1.057.

161 Cf. ADORNO, Roberto. L. *et tal*. *El derecho frente a la precreación artificial.* Buenos Aires: Abaco, 1997, p. 37.

162 *Ibidem.,* p. 38 e STARK, Christian. "El estatuto moral del embrión". *Revista de Derecho y Genoma Humano.* n. 15, 2001, p. 140.

163 Neste sentido, PINTO, Paulo Mota. *op. cit.*, pp. 157, 158 e 164, aponta um direito de liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade (liberdade geral de ação), como uma das dimensões do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, caracterizado pela permissão de que cada pessoa eleja a maneira de viver, desde que não prejudique terceiros.

164 Este não foi o entendimento do Tribunal Constitucional português, pois no Acórdão n. 288/98 (§§ 48 e 49), ao mencionar o conflito entre o direito à liberdade da mulher e o direito à inviolabilidade da vida intra-uterina, ficou decidido que o primeiro deveria prevalecer sobre o segundo. Esse também foi o entendimento acolhido

neste caso particular, do direito à inviolabilidade da integridade física, razão pela qual não se consubstancia num direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mãe, a disponibilidade do embrião para fins que possam atingir a sua intangibilidade. Dito de outra forma, "nenhum titular de direitos fundamentais pode violar o bem jurídico-fundamental de outrem"[165].

Outro corolário da titularidade do direito à inviolabilidade da integridade física do embrião humano é a sua inserção no conceito de ofendido, para os casos de agressões sofridas no período pré-natal, ensejando o direito à indenização pelo dano sofrido após o seu nascimento[166]. Portanto, o embrião humano desde a sua fertilização, goza do direito de ter incólume a sua integridade.

Para finalizar, não há que se comparar o embrião humano com o esperma e o sangue humanos, para designar que este também é parte separada do corpo da mulher. Ocorre que o sangue não tem qualquer correlação com a hereditariedade e o esperma, embora possua esse caráter[167], necessita da fecundação para que seja criada uma nova vida. Por este motivo, não há que se cogitar o embrião como uma parte separada do corpo da mulher, nem tão pouco valorá-lo como um bem patrimonial[168].

---

no já citado caso *Roe vs Wade*, onde falou-se num direito constitucional à privacidade da mulher, para justificar o aborto, conforme relato de: DWORKIN, Ronald. *op. cit.,* pp. 154 e ss.

165 Cf. PINTO, Paulo Mota. *op. cit.*, p. 194.

166 Cf. ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *op. cit.*, pp. 73-74.

167 Cf. ESER, Albin. "Genética humana – aspectos jurídicos e sócio-políticos", p. 59 e BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.,* p. 91.

168 Um exemplo interessante referente ao polêmico tema da propriedade de partes separadas do corpo nos é dado pela jurisprudência norte americana. Trata-se do caso ocorrido com John Moore, que realizou um tratamento de leucemia, onde foi detectado em seus tecidos medulares a especial capacidade de produzir uma proteína de sangue: o infócito T, até o momento não descoberto. A universidade e a equipe médica, associadas com um laboratório de produção de medicamentos, fizeram um contrato e patentearam nove medicamentos com antibactérias para o combate ao câncer a partir daquele material celular. Fizeram tudo isso à revelia do paciente e conseguiram um benefício na ordem de US$ 3.000.000. O paciente interpôs uma ação pleiteando participação nos benefícios advindos de seus tecidos celulares. Em 1ª instância teve o seu pedido denegado, sob o argumento da inexistência de um direito de propriedade sobre as partes separadas do corpo. Em sede de recurso, teve seu pedido procedente. Finalmente, a Suprema Corte do Estado da Califórnia, optou por uma solução de compromisso, consistente em negar a existência de um direito de propriedade sobre os tecidos e as células do próprio corpo, porém concedendo a John Moore o direito de participar nos benefícios da operação, pois foi violada a relação de confiança entre paciente e médico, desde o momento em que Moore não foi informado das potencialidades econômicas ligadas à utilização de seus tecidos. Para maiores informações sobre esse caso, consulte-se: LÓPEZ, Pedro J. Femenía. *op. cit.,* p. 102, nota n. 178.

5.5. O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL DO SER HUMANO

No momento da fecundação, com a fusão dos dois gametas, masculino e feminino, inicia-se um processo irreversível que, se não for interrompido, irá conduzir à uma gestação e nascimento posteriores[169]. A ciência não nega que a partir da fecundação forma-se um novo ser, com características próprias e singulares. Na verdade, não resta qualquer dúvida que o embrião, desde a sua fecundação, já possui um projeto-programa com todas as suas características individuais, que não coincidem com a de nenhum outro. As características humanas por ele apresentadas não se confundem com a de seus genitores: trata-se de um novo ser, único e irrepetível[170]. Por essa razão, o embrião apresenta uma identidade pessoal, algo que o qualifica como diferente dos seres já existentes.

A Constituição portuguesa assegura a todos o direito à identidade pessoal[171]. Este direito assume um caráter absoluto ou individual a partir do momento que o ser humano possui uma identidade definida, própria, que não se confunde com a de nenhum outro. Tem caracteres únicos, indivisíveis, além de ser uma realidade singular[172]. Esta dimensão individual que o embrião humano possui desde as etapas mais primitivas, confere-lhe um substrato único, exclusivo, incomparável com o de qualquer outro indivíduo. Vale dizer, todo ser humano possui características físicas e psíquicas próprias, que lhe identificam com um ser distinto, original e infungível[173].

Desde logo, da análise desses traços particulares da identidade pessoal, assegurados pela Constituição, verifica-se duas conseqüências principais: a total proibição da clonagem humana[174] e qualquer discriminação fulcrada em caracteres genéticos[175]. A clonagem humana

169 Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. "O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito", pp. 586-587.

170 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", pp. 30-31.

171 Cf. CRP, artigo 26, n. 1. A CF/88 é omissa no que tange a esse direito.

172 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, pp. 63-64.

173 *Ibidem.,* p. 65.

174 *Ibidem.,* p. 67. Da mesma forma, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (art. 3º, n. 2), declara proibida a clonagem reprodutiva dos seres humanos. Aliás, o CP espanhol de 1995, no artigo 161, criminalizou a clonagem e os procedimentos para a seleção da raça, sendo aplicada uma pena que vai de um a cinco anos de prisão. Para um comentário sobre este assunto, veja-se: CASABONA, Carlos Maria Romeo. "I reati relativi alle manipolazioni genetiche nel codice penale spagnolo del 1995". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* ano 41, fasc. 1, 1998, pp. 216 e ss.

175 Cf. Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (art. 11º) e Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (art. 21º). Ainda neste sentido, OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 66.

viola cabalmente o direito de cada pessoa de ter a sua individualidade e exclusividade respeitada, de não ser reproduzida por meio de uma cópia[176].

A identidade pessoal compreende também um caráter relativo, pois cada pessoa tem em seus antepassados um antecedente histórico, que funciona como um "direito à historicidade pessoal"[177]. Essa característica diz respeito ao "princípio da família" que se consubstancia na exigência de que o ser humano seja tratado como um "ser familiar"[178], ou seja, que a sua geração e desenvolvimento tenham lugar num âmbito familiar[179]. A identidade de cada pessoa é definida em função de uma memória familiar recebida de seus ancestrais[180]. Desta forma, o embrião humano possui o direito de ser gerado sob o manto protetivo e acolhedor da família, continuando a desfrutar desse direito após o seu nascimento. Além do que, tem o direito de saber quem são os seus pais[181], podendo ser considerado inconstitucional qualquer restrição a esse direito[182]. E aqui se englobam todas as situações que o processo de procriação assistida envolve: os métodos de procriação homólogos e heterólogos, a maternidade genética, uterina, social, bem como a paternidade biológica e social[183].

A conseqüência do "direito da família" é que somente será admitida a gestação tendo como destinatário um casal, ficando afastados dessa situação a mulher solteira e o par homossexual[184]. A própria Constituição fixa essa restrição, ao assegurar aos filhos uma

176 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, pp. 191 e ss.

177 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 64.

178 Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. "Direito e inovações biotecnológicas", p. 435.

179 Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. "O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito", p. 597.

180 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 64.

181 *Ibidem,* pp. 73 e ss.

182 *Ibidem.,* p. 72.

183 Acerca destes temas, desenvolvidamente: ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", pp. 15 e ss; do mesmo autor: "Procriação assistida e direito", pp. 649 e ss e JOÃO PAULO II. *Istruzione Donum Vitae*, Parte II, letra A e B.

184 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Procriação assistida e direito", p. 648.

convivência em ambiente familiar[185] "normal"[186]. Outro corolário é a proibição de iniciação da geração de um novo ser com semens de pessoa já morta[187].

O direito à identidade pessoal, tanto numa dimensão absoluta quanto relativa, visa tutelar o embrião humano e suas formas seguintes de vida humana para que não deturpem a finalidade precípua da procriação assistida: que é a possibilitar que a criança advinda deste processo tenha o direito de nascer num ambiente familiar normal, bem como tenha acesso a todas as informações sobre as pessoas envolvidas.

5.6. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

O surgimento desse novo direito fundamental se deu por influência da afirmação do genoma humano, o qual se apresenta como patrimônio da humanidade[188]. Esta foi uma maneira inovadora da Constituição portuguesa[189] não permitir a instrumentalização do ser humano em nome das novas descobertas científicas, particularmente as referentes ao patrimônio genético do ser humano. A Constituição brasileira também protege o patrimônio genético, porém, traz essa disposição no capítulo referente ao meio-ambiente[190].

O conflito entre as descobertas científicas e a tutela do patrimônio genético têm-se intensificado, pois muitas destas descobertas ameaçam a própria humanidade e as futuras gerações. O que está em jogo é o próprio futuro da humanidade[191]. A genética humana ainda encontra-se em permanente fase de estudos, porém já se sabe que todos nós possuímos

185 Cf. CRP, artigo 68º, n. 1 e CF/88, artigo 227. Em que pese essa assertiva, a jurisprudência brasileira já vem aceitando a adoção de crianças por casais homossexuais. À guisa de exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS – 7ª Civ. – AC 70013801592 – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, publicada no DJ em 12.04.06, p. 17).

186 Cf. CRP, artigo 69º, n. 2. A construção "direito à um ambiente familiar normal" é melhor dissecada por ASCENSÃO, José de Oliveira. "Procriação assistida e direito", pp. 647 e ss.

187 Cf. ESER, Albin. "Genética humana – aspectos jurídicos e sócio-políticos", p. 56; JOÃO PAULO II. *Istruzione Donum Vitae*, Parte III e OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 76. O artigo 18º, n. 1, do Projeto português n. 415/VII, de 17 de junho de 1999, versando sobre as técnicas de procriação medicamente assistida, permitia a inseminação *post mortem* até o período de três meses seguintes ao falecimento do marido ou cônjuge com o assentido em vida deste. De igual modo, o art. 24º do referido diploma, faz menção à permissão de fecundação de sêmen de terceira pessoa falecida (doador), deixado ao casal a que pertence, nos mesmos termos do art. 18º. Tais dispositivos são inconstitucionais.

188 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 86.

189 A CRP, no artigo 26º, n. 3, ao proclamar o direito à dignidade pessoal e à identidade genética, traz uma inovação no campo genético, fazendo de Portugal um dos primeiros países a dispor sobre esse tema em âmbito internacional. Nesse sentido, OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 84.

190 Cf. CF/88, artigo 225, incisos II e V.

191 Assim, ADORNO, Roberto. L. *op. cit.*, p. 63.

desde o início uma identidade que nos diferencia de qualquer outra pessoa. A infungibilidade, a irrepetibilidade e o caráter inédito, faz com que nenhum ser humano seja igual ao outro.

Da mesma forma que a investigação embrionária só tem lugar quando em benefício do embrião, a investigação genética só será permitida quando tiver finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica[192]. Vedado está, a produção de entes não pertencentes à espécie humana, tais como quimeras, híbridos, fabricação de embriões para finalidades exclusivas de pesquisa e outras aberrações. De igual modo, as intervenções eugênicas são totalmente proibidas, pois violam o direito à identidade genética do embrião humano[193]. Práticas como a seleção de sexo[194] também são proibidas, exceto para prevenir doenças hereditárias ligadas ao sexo[195]. Além destes casos, a liberdade de investigação científica sobre o patrimônio genético não deve ferir a dignidade da pessoa humana. Embora tenha sido elevada ao nível de direito fundamental, sofre restrições quando em conflito com o direito à dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano[196]. Um exemplo do que se pode configurar numa violação do direito à personalidade dos interessados numa intervenção genética é dado no seguinte exemplo: imagine a celebração de um contrato de trabalho, onde seja recusada a admissão do trabalhador em virtude de uma análise genética não realizada ou quando não tenha sido obtido um resultado positivo[197]. Da mesma forma pode ser negada a continuidade de uma vida por critérios utilitaristas, como os conceitos de viabilidade ou potencialidade.

O direito à dignidade pessoal e a identidade genética, ao contrário do direito à identidade, necessita de uma concretização através de lei ordinária[198]. No Brasil, esta concretização foi intentada pela lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, que regulamentava os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas para o uso das técnicas de engenharia genética, criando uma comissão em âmbito nacional com a competência de propor a política de biosegurança e de fiscalização dessas atividades[199].

192 Neste sentido, a Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (art. 13º).

193 Cf. Projeto português n. 415/VII, de 17 de junho de 1999, artigo 5º, n. 1 e 3.

194 OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 89, aduz que não só a seleção de sexo, como também a criação de seres sem sexo ou de hermafroditas.

195 Neste sentido, a Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (art. 14º). Ainda neste sentido, o disposto no diploma português n. 415/VII, artigo 5º, n. 2.

196 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, pp. 94 e ss.

197 ARNOLD, Rainer. *op. cit.*, p. 245.

198 OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 85.

199 A Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, estabelecia normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; autorizava o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de

Este dispositivo legal proibia tanto a manipulação genética de células germinais humanas – exceto nos casos de intervenção em material genético *in vivo* com a finalidade de tratamento de defeitos genéticos[200] – quanto a produção, o armazenamento ou as manipulações de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível, prevendo para o primeiro caso uma pena de detenção de três meses a um ano e para o segundo a pena de seis a vinte anos de reclusão[201].

A difusão crescente das pesquisas no campo da genética tem violado uma série de direitos fundamentais já referidos, tendo como conseqüência a necessidade imperiosa da intervenção jurídico-penal para coibir essas agressões. De forma geral, a tecnologia como um todo, tem sido utilizada para disseminar estes instrumentos deturpatórios e aviltantes da dignidade humana[202].

Biossegurança, e dava outras providências. Este estatuto legal foi revogado recentemente pela Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da CF/88, 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 e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB.

200 Cf. artigo 13, II. A atual legislação permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas por meio de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados em período igual ou superior a três anos (art. 5º, incisos I e II da Lei n. 11.105/2005), mas continua proibindo a utilização da engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humanos (art. 6º, III da mesma Lei).

201 Interessante notar que a pena restritiva de liberdade que era prevista no segundo caso é igual à referente ao artigo 121 do CP brasileiro, relativo ao homicídio. Apesar do esforço legislativo, verifica-se que tal lei dificilmente alcançaria a eficácia projetada, visto que trazia uma série de incongruências de ordem técnica, desde a construção dos tipos penais, passando pela qualificação de crime comum - quando deveria ser considerado crime próprio - até previsões absurdas, como o agravamento da pena no caso de incapacidade para as ocupações habituais, debilidade, aceleração de parto, e outros, no caso de fecundação *in vitro.* Para uma crítica mais aguda sobre esta lei, veja-se: FRANCO, Alberto Silva. "Genética humana e direito". *Bioética.* vol. 4. n. 1. Distrito Federal: Conselho Regional de Medicina, 1996. A novel legislação corrigiu as falhas contidas nas figuras típicas da lei revogada e tipificou outras condutas, qualificando como crime: a utilização de células-tronco de embriões humanos viáveis ou congelados há menos de três anos, obtidos pelo processo de fertilização *in vitro*; a prática de engenharia genética em célula germinal, zigoto ou embrião humanos e a clonagem humana, entre outras (arts. 24 a 29 da Lei n. 11.105/2005).

202 Um exemplo desta trivialidade no trato com o patrimônio genético e do uso de recursos tecnológicos para a sua difusão, foi o caso recente verificado nos Estados Unidos, onde o fotógrafo Ron Harris, abriu em novembro de 1999, um leilão ao vivo de óvulos de três belas modelos através de um sítio na internet. Harris, suspeito de patrocinar sítios de pornografia na Califórnia, pediu um lance mínimo de US$ 15.000, chegando a impressionante cifra de US$ 150.000, por cada óvulo de suas beldades. O sítio foi visitado por mais de um milhão de pessoas, ao custo de US$ 24,95, para maiores informações sobre as modelos. Sobre este assunto, consulte-se: GOLDBERG, Carey. "Condenado site na internet que oferece óvulos de modelos por US$ 150 mil". *Jornal O Estado de São Paulo.* Caderno Geral. 24 de outubro, 1999 e do mesmo autor: "Especialista critica leilão de óvulos de modelos". *Jornal O Estado de São Paulo.* Caderno Geral. 26 de outubro, 1999.

III. OS PRINCIPAIS PROBLEMAS COM A FERTILIZAÇÃO EXTRA-UTERINA

6. ALGUNS PROBLEMAS AINDA SEM SOLUÇÃO

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 e 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 alcançado com um alto custo individual e social[203] 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 ser humano, caracteriza-se pela sua instrumentalização ou coisificação, pois faz com que este seja "produzido" ao invés de ser "procriado"[204]. Por isso, deve-se questionar se há realmente que se falar em êxito na execução deste processo.

No caso dos embriões supranumerários ou excedentários, surgem algumas indagações: o que fazer para evitar a produção de embriões sobrantes? Qual é a solução para este problema? O que fazer com os embriões que não forem utilizados por meios supervenientes[205]? Outros problemas necessitam de uma análise aprofundada. As questões que circundam a criopreservação: será lícito congelar um embrião por mais de cem anos para protrair a sua existência no tempo? O congelamento de embriões atenta contra a dignidade humana? Existem danos ao embrião que vem a ser descongelado para utilização num momento posterior? O que dizer dos embriões submetidos a investigações e experiências? Que tipo de intervenções no embrião podem ser consideradas lícitas? Quais são as práticas proibidas nesta área? A seguir, essas indagações serão analisadas.

---

203 Cf. ADORNO, Roberto. L. *op. cit.,* p. 59.

204 *Ibidem.,* p. 60.

205 Tais como o falecimento dos pais durante a fase de implantação ou a desistência da implantação do embrião pelo divórcio do casal.

6.1. OS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS OU SUPRANUMERÁRIOS

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 aumenta as chances de sucesso[206] na implantação[207] e conseqüente gravidez. Porém, nem todos os embriões são utilizados em função de poder causar risco de morte da gestante. Normalmente são utilizados de três a quatro embriões em cada ciclo implantatório[208]. Daí surge a seguinte indagação: o que fazer com os embriões sobrantes? Quem tem legitimidade para decidir sobre o destino deles[209]?

Desde logo, é de se destacar que os embriões fertilizados *in vitro* não podem ser destruídos ou destinados à experimentação, bem como deve ser vedada a sua utilização como objeto de comércio[210]. A destruição do embrião constituir-se-á numa grave violação ao direito à inviolabilidade da vida humana, configurando-se na figura criminal do "embrionicídio"[211]. Já a experimentação viola outro direito fundamental: o da inviolabilidade da integridade física.

No que diz respeito ao destino a ser dado aos embriões excedentários, existem algumas opções para evitar a destruição destes. As destinações mais conhecidas são a criopreservação e a doação para outro casal. A criopreservação é o congelamento dos ovócitos até que possam ser implantados no útero da mulher. Todavia, esta solução não parece ser a mais recomendável, visto que cerca de 45% dos embriões[212] perdem-se durante o processo de descongelamento[213]. Além disso, há o problema da instrumentalização do ser humano, sendo congelado como se fosse um pedaço de carne no frigorífico. Outra solução é a dádiva dos embriões excedentários para outro casal. Aqui, além dos difíceis conflitos éticos relativos ao estado de filiação e ao direito à identidade pessoal e genética[214], nos defrontamos com a questão do embrião humano como um patrimônio de seus genitores. Aceitando essa posição, o embrião seria considerado um bem disponível, passível de ser alienado. Tratar-se-ia de uma

206 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 86.

207 O diploma n. 415/VII, de 17 de junho de 1999, previa a transferência de até cinco ovócitos por ciclo (art. 20º, n. 2).

208 Cf. PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p. 220.

209 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 87.

210 *Ibidem.*, p. 90.

211 OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*, p. 53.

212 ADORNO, Roberto L. *op. cit.,* p. 37, fala em 20% a 25% de perdas durante o descongelamento.

213 Cf. PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p. 220.

214 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 90.

parte do corpo da mãe fora dele. Haveria uma equiparação com os órgãos para transplantes ou sangue, transformando o embrião humano numa coisa.

É certo que a questão da doação dos embriões para terceiras pessoas, por vezes, aparece como uma medida imperiosa. No caso de falecimento de ambos os cônjuges ou pela superveniência de uma separação judicial, haverá forçosamente a desistência ou a impossibilidade de geração de um filho. Nestas situações, os embriões deverão ser transferidos para outro casal, ressalvado o direito à identidade genética do nascituro em conhecer os seus antecedentes históricos.

A questão dos embriões excedentários é bastante séria[215]. A solução para estes problemas passa sem dúvida alguma pela redução do número de embriões por ciclo de transferência. Com efeito, o número de embriões utilizados deve estar restrito ao necessário para a implantação no útero materno. Conforme referido no princípio, a fecundação acima do patamar normal ocorre em virtude da otimização do processo. Ora, mais uma vez aqui estamos diante de uma situação caracterizada pelo comodismo, pelo bem-estar do casal em detrimento dos embriões[216]. Novamente o interesse dos mais fortes prevalecendo sobre os mais débeis.

Cumpre salientar que, paulatinamente, tem sido notado não ser verdadeira a formulação de que quanto mais embriões, maior a possibilidade de êxito no processo de fertilização: nos Estados Unidos algumas equipes que não utilizam embriões excedentários têm obtido os mesmos resultados que as equipes que prevêem a existência de embriões excedentes[217].

6.2. A CRIOPRESERVAÇÃO DE EMBRIÕES

A crioconservação ou criopreservação traz à baila uma série de conflitos diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito que o embrião tem de não ser exposto

215 PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p. 221, informam que se estima haver na França por volta de 10.000 embriões excedentes congelados, sendo que o possível destino deles será a destruição, a doação ou a investigação.

216 Jean Bernard, ex-presidente da Comissão Francesa para a ética das ciências, assevera que a produção de embriões supranumerários é fruto de uma ignorância, visto que não se sabe como congelar óvulos e que num futuro próximo, com o aperfeiçoamento destas técnicas, os embriões serão fertilizados em razão das necessidades, acabando com a situação dos embriões excedentários. Neste sentido, PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, pp. 220-221.

217 Cf. PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*, p. 220 e BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 93.

como coisa. Um número expressivo 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[218]. 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 independentemente desta situação e da forma como vem sendo realizado, esta é uma verdadeira maneira de desrespeitar a dignidade da pessoa humana, dispondo-a como um material armazenado, disponível para ser utilizado a qualquer tempo ou mesmo deixando-o numa situação onde dificulte a sua sobrevivência.

Da mesma forma, não há ainda um consenso sobre o período que os embriões devem permanecer criopreservados. Os estudos realizados, bem como algumas leis no ordenamento jurídico alienígena, têm sugerido diversos períodos para a manutenção desses embriões como limite para a sua implantação[219].

O grande problema que a criopreservação de embriões pode ensejar é a deturpação do arcabouço genético familiar: o nascimento do embrião pode ultrapassar o período de existência dos seus genitores, fazendo com que o nascituro venha a nascer fora do ambiente familiar, perdendo assim a referência de seus antepassados[220]. A criopreservação só pode ter lugar quando não for possível uma implantação imediata dos embriões[221].

Outro problema que surge com a crioconservação é a implantação *post mortem*[222]. Discute-se bastante se o cônjuge sobrevivente pode ou não prosseguir com o processo de

---

218 Cf. Recomendação do Conselho da Europa n. 1.046/86, n. 14, alínea *a,* inciso IV. Há ainda um entendimento que este período é de dezessete dias, de acordo com: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 115.

219 À guisa de exemplo, o Relatório Warnock e o Informe Waller na Inglaterra e na Austrália, respectivamente, previam o máximo de dez anos para a criopreservação; a lei 35/88 da Espanha dispõe como limite o período de cinco anos; o período de doze meses é sugerido tanto pela Suécia quanto pela Noruega; três anos é a recomendação contida no projeto português n. 415/VII, art. 21, n. 3. Para mais detalhes, veja-se: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 102. No Brasil, permite-se a utilização para fins de pesquisa e terapia de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, através do processo de fertilização *in vitro*, que não tenham sido utilizados no respectivo procedimento, no caso de embriões congelados há três anos ou mais (art. 5º, II, da Lei n. 11.105/2005).

220 Neste sentido, ARAÚJO, Fernando. *op. cit.*, p. 51.

221 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", p. 29.

222 O diploma n. 415/VII, de 17 de junho de 1999, faz menção a possibilidade de implantação de sêmen ou de embrião até três meses após o falecimento do marido (arts.18º, n. 1 e 2 e 24º).

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 cujus* ou mesmo por motivos de caráter econômico, como é o caso da geração de possíveis herdeiros[223].

Há ainda outros fatores que ensejam indagações: será legítima a criação de um ser humano desprovido do ambiente familiar[224] ou da presença de um dos genitores? O consentimento dado como desejo de última vontade tem mais força jurídica do que o direito à uma procriação num ambiente familiar normal?

Estas e outras questões são extremamente controvertidas, visto que seria uma ironia impedir que a mãe inseminasse o sêmen ou implantasse o embrião do cônjuge falecido, e permitisse que o mesmo fosse doado para um outro casal ou pior, proibir que o cônjuge supérstite utilize os seus próprios embriões, mas permitir que utilize outros que tenham sido doados por um outro casal[225].

Uma resposta mais adequada diante da situação da implantação *post mortem* é a proibição desta prática por violar uma série de direitos fundamentais do embrião humano. Todavia, há que se levar em consideração que uma vez não admitido o prosseguimento no processo de geração de um novo ser por parte desta mulher, deve-se assegurar o direito à inviolabilidade da vida humana deste. Verifica-se então a necessidade de um controle legislativo específico sobre este caso, ou na ausência de instrumentos legislativos, de um controle acirrado do Poder Judiciário, o qual deve decidir diante do caso concreto qual será a melhor solução a ser adotada[226].

O emprego da criopreservação admite a manutenção do embrião para ser implantado no útero posteriormente, mas não é só para esta finalidade: permite ainda um controle sobre a qualidade biológica do esperma ou do embrião. 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

223 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 130.

224 ARCHER, Luis. *op. cit.,* pp. 41-42, conclui que a paternidade pessoal cedeu lugar à paternidade celular, causando um esvaziamento do conteúdo personalista da paternidade, sendo admitida uma orfandade previamente imposta.

225 Assim, BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, pp. 135-136.

226 Aliás, como vem ocorrendo nas cortes judiciais norte-americanas, onde alguns casos têm sido decididos. Como foi o caso *Hecht vs Superior Court (Kane),* tendo sido reconhecido pelo Estado o legado desse material. Para maiores detalhes sobre este caso, veja-se: ARAÚJO, Fernando. *op. cit.*, pp. 51-52. Outro caso foi o *Parpalaix vs C.E.C.O.S.,* onde a viúva pretendia a devolução dos espermas de seu marido, depositados em uma clínica, tendo sido negado. Levada a questão aos tribunais, a clínica foi condenada a devolução do material criopreservado, conforme relato de: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, pp. 130-132.

seu gêmeo vivo"[227]. Sem dúvida alguma, essa é por excelência a forma de aviltar a dignidade humana do embrião, apoiada por critérios utilitaristas.

Portanto, a crioconservação além de todas estas implicações, pode instrumentalizar o ser humano embrionário, tornando-o um meio para a realização de um fim. Esta técnica tem sido utilizada como solução para os problemas dos embriões excedentários. Porém, é de longe a solução mais adequada, devendo ser utilizada em casos de extrema exceção.

6.3. A EXPERIMENTAÇÃO OU INVESTIGAÇÃO EMBRIONÁRIA

A investigação ou experimentação sobre o embrião humano está alinhada com os grandes problemas causados pela fertilização extracorpórea. Invariavelmente, essas pesquisas têm como conseqüência a destruição do embrião ou a violação de sua integridade física e peculiar dignidade. A coisificação do ser humano é patente em muitas dessas experiências. Talvez o maior problema proporcionado pela investigação embrionária é a alteração ou a manipulação genética dos seres humanos, o que pode provocar grandes prejuízos para as gerações futuras.

As formas de investigações permitidas sobre o genoma humano são três: a investigação terapêutica, a diagnóstica e a preventiva[228]. Todas elas devem seguir à risca o respeito à integridade física do embrião e servir-se para o benefício deste. Vale dizer, todas as intervenções sobre o embrião devem possuir um caráter de melhoria das condições de sua sobrevivência, além de não submetê-lo a riscos desproporcionados[229]. Daqui resulta uma primeira conseqüência muito clara: a total proibição da criação de embriões para fins de pesquisa[230], bem como a proibição de embriões para fins de comércio ou de lucro[231].

O embrião humano não é uma coisa. É um fim e não um meio para a satisfação de experimentos diversos. Por não ser um objeto, merece ser respeitado como sujeito de direitos[232]. Fatalmente, a experimentação no embrião humano como um fim em si mesmo irá

227 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 100.

228 Cf. Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (art.13º).

229 JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae,* n. 63.

230 Cf. Recomendação do Conselho da Europa n. 1.046/86, n. 14, alínea *a,* inciso III; Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (art. 18º, n. 2) e o Projeto n. 415/VII, de 17 de junho de 1999 (art. 5º, n. 3).

231 Cf. Recomendação do Conselho da Europa n. 1.046/86, apêndice, letra B, inciso VI, alínea *e.*

232 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito e bioética", pp. 29-30.

conduzí-lo à destruição, visto que há uma orientação no sentido de que os embriões submetidos a investigação não sejam implantados no útero materno[233].

A tentativa de justificação da instrumentalização do ser humano por meio da experimentação, vem sendo defendida por conta da pretensa divisão do desenvolvimento do embrião humano: a qualificação do embrião desde a fecundação até o 14º dia (pré-embrião) e, após este período, a consideração do ente humano como embrião[234]. Não há que se falar numa realidade não-humana até o décimo quarto dia ou de um ente diferenciado da espécie humana neste período[235]. Em seu desenvolvimento, o embrião não apresenta em momento algum um estado vegetativo ou diverso da raça humana[236]. O embrião integra a família humana, sendo o seu membro mais jovem, desde a fecundação.

Frente a estas assertivas, afigura-se inadmissível o já mencionado processo de "biopsia embrionária", consistente na divisão das células embrionárias com a seguinte finalidade: obter dois embriões idênticos, sendo que um será implantado no útero materno, enquanto que o outro será utilizado como objeto de estudo para verificar se não existe algum problema ou deficiência, sendo certo que este último será destruído[237].

A investigação no embrião humano provoca graves transformações na espécie humana. Altera a identidade pessoal do ser humano[238], a sua condição de ser individual, irrepetível e inédito. As alterações provocadas no embrião têm o condão de não só modificá-lo fisicamente como também psicologicamente, atentando inclusive contra a própria evolução da espécie.

O que resta claro nesta matéria é que as investigações só poderão ser procedidas em benefício do embrião. Apesar de que, nem sempre, poderá ser facilmente detectado o efetivo favorecimento do embrião, pois por detrás do aparente caráter filantrópico externado por esses procedimentos, podem estar escondidas intenções de seleção eugênicas do ser humano, para satisfazer o desejo deturpado dos pais, dos cientistas e até mesmo dos políticos[239].

---

233 Cf. Recomendação do Conselho da Europa n. 1.100/89, anexo B, n. 7.

234 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.*, p. 115.

235 Messias Bento, Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional português, no voto consignado no Acórdão n. 288/98, de 18 de abril de 1998, citando J. R. Lacadena, assevera que o zigoto possui um projeto-programa especificamente humano, e não de rato ou de cenoura, pois a nova vida é sem dúvida humana.

236 Cf. SGRECCIA, Elio. *op. cit*., p. 347.

237 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit*., p. 112.

238 Cf. ARAÚJO, Fernando. *op. cit.*, p. 56.

239 Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit*., p. 124.

A solução para o combate e fiscalização destas atividades pode ser dada pelo próprio Estado, visto que estas experiências e investigações são realizadas por grandes centros de pesquisa, os quais são financiados pelo governo. Desta feita, se estas entidades não respeitarem premissas básicas como o respeito à inviolabilidade da vida e da dignidade humana, devem ser penalizadas com uma limitação ou mesmo com a suspensão de distribuição de recursos financeiros para o fomento deste tipo de pesquisa[240].

6.4. PROIBIÇÕES

Conforme mencionado, 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. No entanto, há um consenso geral de que determinadas práticas são totalmente proibidas, pelos graves riscos que proporcionam à humanidade. Podem ser destacadas as seguintes atividades proibidas:

a) a clonagem humana;
b) a produção de quimeras ou híbridos;
c) a produção de embriões unicamente para fins de investigação ou experimentação;
d) a comercialização de embriões para diversos fins;
e) a gestação de embriões humanos fora do útero materno[241];
f) a implantação de um embrião humano no útero de um animal ou vice-versa;
g) as manipulações visando a criação de seres sem sexo ou hermafroditas[242];
h) as intervenções não terapêuticas sobre o genoma humano.

No que toca a clonagem, já foi exaustivamente explicado porque motivo esta deve ser repudiada, valendo insistir que a clonagem viola o direito à identidade pessoal e o direito à identidade genética, bem como a dignidade da pessoa humana.

A criação de aberrações como a produção de quimeras e híbridos, também são defesas. As quimeras podem ser criadas pela combinação de células de dois ou mais embriões diferentes. Já a formação dos híbridos ocorre com a combinação de gametas de diferentes

240 Foi o que ocorreu nos Estados Unidos, onde foi estabelecida uma moratória no financiamento das pesquisas em embriões humanos, como aponta: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *op. cit.,* p. 119.

241 ARNOLD, Rainer. *op. cit.*, p. 246, informa que a utilização de útero artificial é uma técnica possível há bem pouco tempo.

242 Cf. OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano,* p. 89.

espécies[243]. Essas práticas além de serem proibidas são totalmente abomináveis, pois violam da forma mais vil a dignidade da pessoa humana.

De igual modo, é vedada a criação de embriões com fins exclusivos de pesquisa ou para ser objeto de comercialização. O ser humano não deve ser tratado como um mero material biológico, passível de toda e qualquer intervenção em sua integridade pessoal, bem como de sua destruição, ainda que seja para criar vantagens para outros embriões[244].

A geração de uma vida num útero artificial, retirando do embrião o direito a uma gestação normal, além dos graves efeitos psíquicos que podem gerar na criança nascida por este meio, viola a dignidade humana e o direito de todo ser humano de ser "procriado" e não "produzido", como se fosse um objeto. O mesmo ocorre com a gestação de um embrião humano no útero de um animal: o ser humano não pode atingir um nível tal de degradação de nossa espécie.

As manipulações visando a criação de seres sem sexo, ou hermafroditas, ou ainda, a alteração do sexo, são práticas execráveis. No que concerne à mudança de sexo, é admitida quando verificar-se a existência de uma doença hereditária vinculada ao sexo[245].

Sem dúvida, a mais grave ameaça para a evolução da espécie humana, é a manipulação indevida no genoma humano. Este é um dos pontos cruciais para a humanidade, pois sob a alegação de estar intervindo em benefício do embrião humano, podem ser cometidas práticas eugênicas ou que alterem a configuração natural do ser humano.[246]

7. CONCLUSÕES

É chegado o momento de concluir. De tudo quanto foi dito, pode-se dizer com alto grau de certeza que o embrião humano, fertilizado *in vitro,* desde a concepção, goza do *status* de pessoa constitucional, sendo por esta razão merecedor do respeito e da tutela do ordenamento jurídico. Esta garantia a Constituição lhe dá, seja através da total proibição de condutas que atentem contra a dignidade humana, seja por reconhecer o caráter absoluto da vida humana.

---

243 KRIARI-CATRANIS, Ismini. "Embryo research and human rights an overview of developments in Europe". *European Journal of Health Law.* vol. 4, n. 1, 1997, p. 59.

244 Cf. JOÃO PAULO II. *Carta encíclica Evangelium Vitae,* n. 63.

245 Cf. Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (art. 14º).

246 Esta também é a preocupação demonstrada por: ESER, Albin. "Genética humana – aspectos jurídicos e sócio-políticos", pp. 70-71.

Além disso, o reconhecimento dos direitos fundamentais aparecem em diversos instrumentos legais internacionais, os quais complementam e as vezes integram a Constituição. Tudo isso, com a finalidade de reforçar o total repúdio por qualquer tipo de violação a direitos fundamentais de tamanho relevo, como é caso do direito à vida.

Seria um absurdo sem precedentes, se o ordenamento jurídico não reconhecesse a titularidade de direitos ao embrião humano, baseado em conjecturas científicas que se disponham a fixar um momento para o início da vida humana. Em caso de dúvida sobre a humanidade ou não do embrião humano em determinado momento da sua existência, vale o emprego da construção *in dubio pro libertate,* ou de acordo com o presente caso *in dubio pro vita*!

O avanço tecnológico é legítimo, sinal de desenvolvimento e aperfeiçoamento da humanidade. Entretanto, deve-se tomar muito cuidado para que não haja uma inversão de valores – e hoje já vem sendo notado esta inversão em alguns setores – capaz de subverter a ordem natural das coisas, ou seja, tornar a ciência em um fim e o ser humano em um meio. O ser humano deve sempre figurar como protagonista do ordenamento jurídico, utilizando-se dos recursos da genética e da medicina para fins terapêuticos e não para a realização de vaidades egoísticas e utilitaristas.

As noções de bem-estar pessoal não devem sobrepujar a vida humana em nenhuma hipótese. Os critérios de qualidade de vida representam um importante direito constitucional, mas estão sempre vinculados à dignidade humana. As liberdades não podem prevalecer sobre a vida humana do embrião.

Por fim, cumpre ressaltar que a tutela do embrião humano urge ser objeto de atenção do legislador ordinário para que haja uma maior ênfase no combate às ações violadoras destes direitos. Essa preocupação não se deve ater ao âmbito restrito de um único país, mas deve ser uma preocupação geral, já que pode ensejar o aparecimento dos chamados "paraísos de procriação".