

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA: UMA ANÁLISE DA ADI nº 3.510

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 5 OF THE BIOSAFETY LAW: AN
ANALYSIS OF ADI nº 3.510

Recebido em	17/11/2023
Aprovado em	21/11/2023

Carlos Alberto Valcácio dos Santos¹
Gabriel Klautau Miléo²
Mateus Klautau Miléo³

RESUMO

No dia 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional, por meio da ADI nº 3.510, o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permitia a utilização de embriões excedentários para fins de pesquisa e terapia. O presente trabalho visa sustentar que a decisão do Judiciário Brasileiro legitimou a violação máxima do direito fundamental à vida dos embriões concebidos *in vitro*, reconhecido pelo art. 5º, caput, da Constituição Federal e pelo art. 4º, I, do Pacto de San José da Costa Rica. Adotamos o método dedutivo, tópico-argumentativo, pautado em levantamentos bibliográfico-documentais. O artigo está dividido em quatro tópicos, em que o art. 5º da Lei de Biossegurança e os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 3.510 são criticamente analisados, concluindo-se, por fim, no sentido da necessidade de futura reversão da referida decisão e proteção integral aos direitos do embrião humano, esteja ele *in vitro* ou *in utero*.

Palavras-chave: Bioética; embrião; direito à vida; pesquisas com células tronco embrionárias.

ABSTRACT

On May 29, 2008, the Federal Supreme Court ruled constitutional, through ADI No. 3,510, article 5 of Law No. 11,105/2005 (Biosafety Law), which allowed the use of surplus embryos for research and therapy. The present work aims to argue that the decision of the Brazilian Judiciary legitimized the maximum violation of the fundamental right to life of embryos conceived in vitro, recognized by art. 5th, caput, of the Federal Constitution and by art. 4th, I, of the Pact of San José in Costa Rica. We adopted the deductive, topical-argumentative method, based on bibliographical-documentary surveys. The article is divided into four topics, in which art. 5th of the Biosafety Law and the votes of the Ministers of the Federal Supreme Court in the judgment of ADI nº 3,510 are critically analyzed, finally concluding that there is

¹ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) - Pará.

² Bacharelado do curso de Direito no Centro Universitário do Estado do Pará.

³ Bacharelado do curso de Direito no Centro Universitário do Estado do Pará.

a need for a future reversal of that decision and full protection of the rights of the human embryo, whether in vitro or in utero.

Keywords: Bioethics; embryos; right to life; research with embryonic stem cells.

1 INTRODUÇÃO

Em 1998, James Thomson e seus colegas reportaram a primeira derivação bem-sucedida de células-tronco embrionárias, criando grandes expectativas na comunidade científica (Eberl, 2006, p. 65). Questões bioéticas, no entanto, logo foram suscitadas, uma vez que qualquer tipo de pesquisa ou terapia envolvendo células-tronco embrionárias, levaria inevitavelmente à danos à vida e a integridade física dos embriões utilizados (Eberl, 2006, p. 65-66).

Os países dividiram-se quanto ao tema. Itália e Alemanha, por exemplo, adotaram legislações mais restritivas, enquanto China, Irã e África do Sul permitiram uma ampla utilização de células-tronco embrionárias (Brasil, 2008, pp. 258-263). Em 2005, o Congresso Nacional aprovou uma a Lei nº 11.105, cujo artigo 5º permitia a utilização de embriões humanos excedentários para fins de pesquisa e terapia, desde que fossem seguidos alguns critérios ali estabelecidos (Brasil, 2005). Em 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional esta lei, por meio da ADI nº 3.510 (Brasil, 2008).

O presente artigo se propõe a analisar a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, levando-se em consideração não somente o seu texto, como também a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3510. Dividiremos o trabalho em quatro partes: a primeira, para expor a lei; a segunda, para expor como votaram os Ministros do STF; a terceira, para analisar o status biológico, filosófico e jurídico do embrião humano criopreservado; a quarta, para analisar os limites dos direitos fundamentais à saúde, liberdade de expressão científica e planejamento familiar. Por fim, apresentaremos nossas conclusões.

2 O ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

A Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, determina, *in verbis*:

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

I – sejam embriões **inviáveis**; ou

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

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

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

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2005)

A leitura dos dispositivos acima nos permite concluir que a referida legislação inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao permitir a utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia. Estes embriões deveriam necessariamente ser excedentários, isto é, concebidos para fins de reprodução assistida mas não implantados por seus genitores, permanecendo vedada a produção de novos embriões exclusivamente para fins de pesquisa e terapia.

Os incisos I e II do artigo 5º da Lei nº 11.105, por sua vez, autorizam a pesquisa/terapia com embriões humanos “inviáveis” ou viáveis “congelados há 3 (três) anos ou mais”. Nos dois casos a prévia autorização dos genitores e a aprovação dos projetos de pesquisa pelos respectivos Comitês de Ética deverão ser observadas, conforme estabelecem os §§ 1º e 2º.

Devido à indefinição do termo “embriões inviáveis”, que não foi conceituado pela referida lei, o Governo Federal promulgou o Decreto nº 5.591/2005, que no seu art. 3º, inciso XII, definiu os embriões inviáveis como “(i) apresentam alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde; (ii) sofreram ausência espontânea de clivagem após um período superior a vinte e quatro horas; ou (iii) apresentam alterações morfológicas que comprometem o seu pleno desenvolvimento.” (Brasil, 2008, p. 292). Por “clivagem” entende-se a divisão celular do embrião (Brasil, 2008, p. 291-301).

3 A ADI 3510 E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em maio de 2005, o Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510), pedindo ao Supremo Tribunal Federal que declarasse inconstitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105/05 e seus referidos parágrafos, sob o argumento de que, ao permitir a manipulação e destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, tal legislação “inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (Brasil, 2008, p. 339). Na

petição inicial, a Procuradoria Geral da República citou ainda diversos textos médicos ressaltando ser a fertilização o marco inicial da ontogênese humana (Brasil, 2008, p. 339).

No dia 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal, no entanto, julgou totalmente improcedente o pedido da PGR na ADI nº 3.510 (Brasil, 2008, p. 134-141). A tese favorável à plena constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Biossegurança, sem qualquer modificação, foi defendida pelo Relator da Ação, Ministro Carlos Ayres Brito, que foi seguido por colegas Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie e Carmen Lúcia (Brasil, 2008). César Peluso e Gilmar Mendes votaram também pela improcedência da Ação e pela constitucionalidade do art. 5º da referida Lei, desde que fosse estabelecido também um órgão fiscalizador central, vinculado ao Ministério da Saúde, para avaliar a manipulação dos embriões humanos no país (Brasil, 2008). Ricardo Lewandowski, Menezes Direito e Eros Grau, por fim, manifestaram-se pela procedência, ainda que parcial, da ADI nº 3.510, sustentando a tese da personalidade e direitos do embrião concebido *in vitro* (Brasil, 2008).

a) Votos pela total constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança

Em seu voto, o Ministro Relator Ayres Brito reconheceu que a vida humana se iniciaria biologicamente com o fenômeno da concepção, mas negou que o embrião humano gozaria já neste momento do status jurídico de pessoa (Brasil, 2008, p. 173-174). A Constituição, por exemplo, não protegeria, na sua opinião, a mera “vida biológica”, mas sim o conceito jusfilosófico criado por José Afonso da Silva denominado “vida biográfica”, que o embrião criopreservado supostamente não possuiria (Brasil, 2008, p. 161-162). O Código Civil, por sua vez, adotaria expressamente a teoria natalista para o início da personalidade, não a concepcionista, não sendo possível alegar a partir dele, portanto, a inviolabilidade do direito à vida do embrião (Brasil, 2008, p. 161-162).

Apesar de não o reconhecer na categoria de “pessoa”, com direitos e dignidade invioláveis, Brito considera que a lei infraconstitucional brasileira realmente protegeria a “vida pré-natal” e até mesmo a “dignidade” do embrião e do feto (Brasil, 2008, p. 159 e p. 171). Essa proteção infraconstitucional, no entanto, não seria suficiente para impedir a destruição de embriões humanos em pesquisas, haja vista o direito fundamental à saúde dos doentes que se beneficiariam das pesquisas e terapias com células-tronco, previsto no art. 6º da CRFB, o direito fundamental à livre-expressão científica dos pesquisadores e profissionais

da saúde, previsto no art. 5º, IX, da CRFB, e, por fim, o direito fundamental dos casais ao livre-planejamento familiar, previsto no art. 226, VII, da CRFB (Brasil, 2008, p. 183-204).

A distinção feita por Ayres Brito entre os termos “pessoa” e “ser-humano” é comumente utilizada nos debates de Bioética e Biodireito. Enquanto o termo “pessoa” designaria os membros da comunidade moral, sujeitos de direitos e portadores de inviolável dignidade, o termo “ser-humano” designaria tão somente uma categoria biológica, isto é, os indivíduos geneticamente pertencentes à espécie *Homo sapiens* (Martins, 2005, pp. 410-418). O movimento pró-vida, em geral, sustenta que o início da vida humana coincide com o início da pessoa, enquanto o movimento pró-escolha afirma tratar de eventos distintos, pois a “pessoa humana” surgiria apenas quando o embrião adquiriria algum atributo que o distinguísse dos demais seres vivos e cumulasse de valor e dignidade intrínsecos, como, por exemplo, a formação do sistema nervoso central, a autonomia respiratória, etc (Singer, 1993, p. 85-86; Martins, 2005, pp. 410-418).

Votaram com o Relator pela a total improcedência da Ação, sem qualquer alteração à Lei de Biossegurança, os ministros Ellen Grace, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio de Mello (Brasil, 2008).

Carmen Lúcia assemelhou-se ao Relator ao afirmar a “humanidade” e “dignidade” do embrião humano, ao mesmo tempo em que lhe negou o status de “pessoa” (Brasil, 2008, p. 360; grifo nosso). Marco Aurélio, colocando dúvidas sobre o início da vida, adotou a tese de que “o início da vida pressupõe não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade antes referida, e essa inexistente sem a presença do que se entende por gravidez, ou seja, a gestação humana” (Brasil, 2008, p. 546). Joaquim Barbosa, considerou a liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias como uma forma legítima de “exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela nossa Constituição Federal de 1988” (Brasil, 2008, p. 461-462).

Celso de Mello e Ellen Gracie, por outro lado, adotaram uma posição mais extrema com relação ao status do embrião, não lhe reconhecendo sequer sua humanidade. Gracie sugeriu a adoção da teoria do pré-embrião, segundo a qual, “antes do décimo quarto dia haveria uma inadequação no uso da terminologia ‘embrião’, por existir, até o final dessa etapa inicial, apenas uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo” (Brasil, 2008, p. 216). Já Celso de Melo, por sua vez, sustentou que o início da vida humana se daria apenas com “o início da formação do sistema nervoso”, em virtude de uma analogia entre o início da vida e o fim da vida, caracterizado pela morte encefálica (Brasil, 2008, p. 580-581).

Todos os ministros que votaram pela improcedência total da Ação concordaram, no entanto, com a tese de que o art. 5º da Lei de Biossegurança “respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, *caput*) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX)” (Brasil, 2008, p. 465).

b) Votos vencidos na ADI nº 3.510

Os ministros Gilmar Mendes, César Peluso, Eros Grau, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski ficaram vencidos, parcialmente e em diferentes extensões (Brasil, 2008).

Gilmar Mendes e César Peluso votaram pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, desde que as pesquisas de que trata este artigo fossem aprovadas previamente não somente pelos Comitês de Ética das próprias instituições de pesquisa, como consta no § 2º do artigo 5º da Lei de Biossegurança, mas também por um Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde (Brasil, 2008, p. 630). Peluso reconheceu, no entanto, que a fecundação marca o início biológico da vida humana, gozando desde este momento os embriões da “suprema dignidade moral e jurídica do ser-humano”, mas não de personalidade (Brasil, 2008, p. 487). Gilmar Mendes, por sua vez, reconhece haver nos embriões humanos “um elemento vital digno de proteção jurídica”, mas não como “sujeitos de direito” (Brasil, 2008, p. 601).

Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, por fim, votaram pela procedência parcial da ADI nº 3.510, declarando inconstitucionais as pesquisas com células-tronco embrionárias que levassem a destruição de embriões humanos “viáveis”. Eros Grau afirmou que o embrião já seria “pessoa” desde a concepção e que “a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, que lhe assegura ainda o direito à vida” (Brasil, 2008, p. 453-454). Lewandowski, por sua vez, fundamentado no artigo 4º, inciso I, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, afirmou: “os embriões, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, e não importando onde tenham sido gerados, merecem ser tratados de forma digna” (Brasil, 2008, p. 402). Menezes Direito, por fim, ressaltou: “se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege” (Brasil, 2008, p. 282).

4 O STATUS DO EMBRIÃO HUMANO CRIOPRESERVADO

a) Aspectos biológicos: o embrião humano enquanto vida humana:

Em seus votos na ADI nº 3.510, os ministros Ayres Britto (Brasil, 2008, p. 173), Ricardo Lewandowski (Brasil, 2008, p. 402), Carmen Lúcia (Brasil, 2008, p. 360), Menezes Direito (Brasil, 2008, p. 282), Eros Grau (Brasil, 2008, p. 453-454) e César Peluso (Brasil, 2008, p. 487-488) explicitamente afirmaram que a vida humana começaria na concepção ou reconheceram genericamente a humanidade do embrião humano. Os ministros Joaquim Barbosa (Brasil, 2008, p. 461), Gilmar Mendes (Brasil, 2008, p. 600-601) e Marco Aurélio de Mello (Brasil, 2008, p. 541), por sua vez, adotaram uma posição agnóstica acerca do tema, ressaltando não haver ainda “consenso científico” sobre o tema. Os ministros Celso de Mello (Brasil, 2008, p. 580-581) e Ellen Gracie (Brasil, 2008, p. 583- 584), por fim, adotaram a posição mais extrema, afirmando que a vida humana só se iniciaria, respectivamente, com o início da formação do sistema nervoso central ou com a formação da “linha primitiva” no 14º dia após a fertilização.

Como se observa, portanto, a maioria dos Ministros não questionou o início da *vida biológica* do ser-humano, mas sim o início de sua *vida pessoal*. A concepção marcaria o começo tão somente da vida humana biológica, não da vida humana pessoal. Essa postura é comum entre alguns dos mais proeminentes defensores da legalização do aborto, como, por exemplo, o filósofo utilitarista australiano Peter Singer e o Dr. Alan Guttmacher, ex-presidente da *Planned Parenthood*, a maior provedora de abortos do mundo (Singer, 1993, p. 85-86; Guttmacher, 1933, p. 3). Sem personalidade, o indivíduo – ainda que geneticamente humano e biologicamente vivo – não possuiria uma dignidade jurídica inviolável, podendo ser usado como mero meio para obtenção dos fins de terceiros (Brasil, 2008, p. 440).

Ainda assim, no entanto, uma minoria questionou se haveria realmente consenso na comunidade científica sobre o momento em que a própria vida humana biológica – e não somente sua personalidade – se iniciaria, o que certamente não se sustenta. Uma pesquisa internacional conduzida em 2018 pelo professor Steven Jacobs, da Universidade de Chicago, por exemplo, interrogou 5.502 biólogos, de 1.058 instituições acadêmicas diferentes e espalhadas por mais de 86 países, sobre o momento em que a vida humana se iniciaria biologicamente (Jacobs, 2018). Dos entrevistados na amostra, 95% tinham doutorado, 89% se identificavam politicamente como “liberais”, 63% afirmavam não seguir nenhuma religião, e 85% se declaravam “pró-escolha” com relação ao direito ao aborto (Jacobs, 2018). Ainda assim, “95% dos participantes (5.212 de 5.502; IC 99% [94,2%, 95,8%]) afirmaram a visão

biológica de que “a vida de um ser humano começa na fertilização” e 5% rejeitaram esta visão (290 de 5.502)” (Jacobs, 2018, p. 17).

Os resultados da pesquisa de Jacobs concordam com os principais manuais de embriologia utilizados nas faculdades de Medicina ao redor do mundo (Moore; Persuad; Torchia; 2012, p. 327; Langman, 1975, p. 3). Não é possível, portanto, se dizer que não haja consenso científico sobre o tema, como bem ressaltou o geneticista francês Jérôme Lejeune, descobridor da trissomia do cromossomo 21 (popularmente conhecida como “Síndrome de Down”):

Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos femininos, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. **A fecundação é o marco inicial da vida. [...] Aceitar o fato de que depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano desde a sua concepção até a sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental.** (Lejeune, 1981; grifo nosso).

Esse consenso referido acima, foi constatado pelo próprio Ministro Relator Ayres Brito, que em seu voto na ADI nº 3.510, apesar de favorável às pesquisas com células tronco embrionárias, reconhece:

O início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: **um mais um, igual a um**, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre. (Brasil, 2008, p. 173-174; grifo nosso).

O zigoto possui autonomia orgânica pois é capaz de coordenar seu próprio desenvolvimento, sintetizando todos os sinalizadores bioquímicos necessários para progredir em cada etapa de seu desenvolvimento. Um estudo recente conduzido no Reino Unido pela pesquisadora Marta N. Shahbazi e colaboradores, por exemplo, constatou que, sem qualquer sinalização bioquímica de um útero feminino, o embrião humano *in vitro* ainda assim é capaz de continuar a se desenvolver auto coordenadamente mesmo após o período em que deveria ter ocorrido a nidação (Shahbazi et al., 2016, p. 700-710). Nas palavras de Shahbazi: “Juntos, nossos resultados indicam que os eventos críticos de remodelação nesta fase do desenvolvimento humano **são autônomos do embrião**, destacando as notáveis e imprevistas propriedades de **auto-organização dos embriões humanos**” (Shahbazi et al., 2016, p. 700; grifo nosso).

A “assistência externa” dada pelo útero ao não-nascido nada tem a ver com sua autonomia orgânica, podendo tal assistência ser comparada, por exemplo, à assistência dada pelo traje espacial a um astronauta, como bem observam Jason Eberl e B. P. Brown:

A assistência externa que um útero fornece **é análoga ao traje espacial de um astronauta ou ao submarino de um explorador subaquático**. Cada um fornece o que a pessoa precisa para exercer suas funções metabólicas vitais; mas **a falta desse suporte não implica que ele não possui as potencialidades relevantes para essas funções**. Se o traje espacial de um astronauta funcionar mal e parar de fornecer oxigênio, suas funções metabólicas vitais cessarão logo em seguida. Se, no entanto, um colega astronauta consertar seu traje em tempo hábil e restaurar o fluxo de oxigênio, suas funções metabólicas vitais serão retomadas. **Isto indica que a potencialidade ativa do astronauta para tais funções permaneceu apesar da perda temporária do ambiente de apoio necessário**. Outro exemplo relevante é a incubadora que a maioria dos bebês nascidos prematuramente necessitam para continuar o seu desenvolvimento pós-natal. Embora essas crianças não possam sobreviver sem a assistência da incubadora, a sua dependência desta **não implica que a sua potencialidade para o desenvolvimento pleno seja meramente passiva e não auto-dirigida**. (Eberl; Brown, 2011, p. 52-53; grifo nosso).

Em uma das Audiências Públicas sobre a ADI nº 3.510, a antropóloga Débora Diniz afirmou que a questão sobre o início da vida humana remeteria à uma “regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto” (Diniz, *apud* Brasil, 2008, p. 166). Em sua visão, o zigoto seria biologicamente equiparável às células gaméticas, como o óvulo não fecundado e o espermatozóide que o formaram, sendo irrazoável estabelecer diferenças substanciais de tratamento entre eles (Diniz, *apud* Brasil, 2008, p. 166-167).

Diniz ignora, no entanto, as diferenças fundamentais que existem entre o zigoto (óvulo fecundado) e os gametas (óvulo não fecundado e espermatozóide): enquanto o zigoto é um *organismo completo*, os gametas, por sua vez, são apenas *partes integradoras* dos organismos dos genitores (Eberl, 2006, p. 70). Afinal, o zigoto mantém sua própria homeostase e possui capacidade intrínseca de se desenvolver auto coordenadamente a partir de marcadores bioquímicos internos: goza, portanto, de um *potencial ativo* para o desenvolvimento auto coordenado, único e irrepitível, próprio de nossa espécie e que em nada se confunde com o também auto coordenado, único e irrepitível desenvolvimento humano de seus genitores (Eberl, 2006, p. 70). Os gametas, por sua vez, não só não sustentam a própria homeostase, como também não possuem tal capacidade ativa para iniciar, através de sinalizadores bioquímicos internos, um novo processo de desenvolvimento auto coordenado, único e irrepitível: são, portanto, meras *partes integradoras* dos organismos de seus genitores, não possuindo, nem iniciando um ciclo de desenvolvimento próprio, único e irrepitível popularmente conhecido como “vida” (Eberl, 2006, p. 70).

Os ministros Celso de Mello e Ellen Gracie, por outro lado, afirmaram que a teoria do “pré-embrião” poderia rivalizar o consenso científico em favor da fecundação como marco inicial do desenvolvimento humano (Brasil, 2008, p. 583-584). De acordo com esta teoria, a vida humana surgiria apenas no 14º dia após a fecundação, com o fenômeno biológico da gastrulação, processo biológico que diferencia os folhetos do embrião, e o surgimento da linha primitiva, precursor do cérebro e da medula espinhal (Brasil, 2008, p. 216-218). O embrião antes do 14º dia após a fecundação seria tão somente uma “massa de células indiferenciada”, que não possuiria ainda qualquer identidade própria, haja vista poder formar, por exemplo, gêmeos e não apenas um organismo (Brasil, 2008, p. 216-218).

Como demonstrado pela pesquisa de Jacobs, o “Relatório Warnock”, que data de 1984, no entanto, não conseguiu afastar até hoje o consenso na comunidade científica de que a vida humana começa na fertilização (Jacobs, 2018). Isso fica bem também evidenciado no fato da literatura médica continuar a aplicar o termo “embrião” de forma intercambiável para se referir de forma geral ao produto da concepção (Moore; Persuad; Torchia; 2012, p. 327).

Afinal, devido ao seu potencial ativo para desenvolver um cérebro funcionante, o zigoto pode também ser considerado o verdadeiro precursor das estruturas neuronais posteriores (Eberl, 2012, p. 306). A concepção marca, portanto, o verdadeiro início do “processo de formação do sistema nervoso central” (Brasil, 2008, p. 581). Além disso, o zigoto, ao contrário de meros conjuntos celulares indiferenciados como teratomas e molas hidatiformes, possui uma organização singular que dispõe as partes no todo para se desenvolver auto coordenadamente para as fases mais maduras do desenvolvimento humano (Eberl; Brown, 2011, p. 53-54). A capacidade de gemelação, por outro lado, ao invés de diminuir sua vitalidade, a reafirma na medida em que, sendo a reprodução uma característica exclusiva de seres-vivos, nada mais é a gemelação que um processo de reprodução assexuada, onde, subsistindo o embrião original, forma outro geneticamente semelhante a si (Eberl, 2006, p. 38-39).

Eros Grau questiona, no entanto, se os embriões criopreservados estariam realmente vivos, haja vista que, segundo ele: “A vida estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado” (Brasil, 2008, p. 456). Ora, a Lei de Biossegurança não trata de óvulo algum, mas de blastocistos com células pluripotentes, dos quais as células-tronco poderiam ser derivadas. Como visto acima, o desenvolvimento humano não se inicia na fase de blastocisto, mas sim na fase de zigoto, razão pela qual é absolutamente falsa a afirmação do referido Ministro de que o desenvolvimento vital do embrião ainda não fora desencadeado.

O embrião criopreservado encontra-se, de fato, num estado reversível de quiescência (Eberl, 2012, p. 311). A reversibilidade demonstra que está biologicamente vivo pois a morte de um indivíduo é caracterizada pela perda *irreversível* das funções vitais do organismo (Eberl, 2012, p. 311-312). Essa é a razão pela qual pacientes em coma temporário, por exemplo, não são considerados organicamente mortos (Eberl, 2012, p. 311). De igual forma, o embrião criopreservado, na medida em que mantém sua capacidade intrínseca para o desenvolvimento auto coordenado, continua organicamente vivo:

Em vez de dizer que... no caso dos embriões congelados a *vida* de um organismo foi suspensa ou temporariamente encerrada, digamos que **os seus processos vitais foram temporariamente suspensos e que ele permanece vivo quando estes param**. Isto é apropriado, porque um organismo cujos processos vitais estão suspensos por um tempo ainda tem, durante esse tempo, a *capacidade* de se manter, **tal como uma pessoa adormecida retém a capacidade de ter consciência [...]** Estas reflexões sugerem que algo morre não quando os seus processos vitais são suspensos, **mas sim quando a sua capacidade de se manter através dos seus processos vitais (que permanecem mesmo quando em animação suspensa) é destruída** (Luper, *apud* Eberl, 2012, pp. 311-312, grifo nosso).

Ora, se o embrião criopreservado conserva, portanto, o potencial ativo para retomar seus processos vitais, não pode ser considerado morto sob a perspectiva biológica. Nesse sentido, o prazo de três anos de congelamento, previsto no inciso II do artigo 5º da Lei de Biossegurança, mostra-se completamente arbitrário pois os embriões criopreservados continuam conseguindo se desenvolver mesmo após esse período:

Não existe um critério científico para o estabelecimento deste prazo de três anos. McGleenan (2000) observa a divergência no prazo de armazenagem dos embriões em alguns países europeus: **na Áustria, o prazo é de um ano; na França, cinco anos, com renovação anual; na Espanha e Suécia, iguais a cinco anos; no Reino Unido, o mesmo prazo, porém, com consentimento, dez anos; na Finlândia, quinze anos.** A Alemanha não autoriza a geração de embriões excedentários. Todos devem ser implantados (Marques, 2009, p. 60; grifo nosso).

E o ginecologista José Gonçalves Franco Júnior, proprietário de um dos maiores bancos de criopreservação de embriões do país, com ele concorda: **“É uma loucura falarem que embrião congelado há mais de três anos é inviável.** E isso não tem nada a ver com religião. A viabilidade é um fato e ponto.” (Folha de São Paulo, 2008; grifo nosso).

O conceito de “embrião inviável”, por outro lado, previsto no inciso I do referido artigo, é um conceito juridicamente indeterminado. De acordo com o art. 3º, inciso XII, do Decreto nº 5.591/2005, que regulamenta este dispositivo da nova Lei de Biossegurança, por “embriões inviáveis” se entende tanto os embriões com “ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas”, quanto os embriões que “apresentam alterações

genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde” ou “apresentam alterações morfológicas que comprometam o seu pleno desenvolvimento” (Brasil, 2008, p. 292).

O status biológico dos embriões criopreservados que perderam a capacidade de clivagem é discutível, haja vista que alguns cientistas pró-vida como Donald Landry e Howard Zucker consideram que tais embriões estariam organicamente mortos (Landry; Zuker; *apud* Brasil, 2008, pp. 294-295). Os embriões com alterações morfológicas, por outro lado, estão sem dúvidas biologicamente vivos, pois, apesar de suas deficiências, mantêm o potencial ativo para clivagem (Brasil, 2008, p. 246). Como será mais discutido posteriormente, a indeterminação do conceito de “viabilidade embrionária” prejudica, portanto, o referido dispositivo da Lei de Biossegurança, abrindo margens à eugenia em nosso ordenamento (Brasil, 2008, p. 246).

b) Aspectos bioéticos: o embrião humano enquanto pessoa humana:

O termo “pessoa” designa na Bioética os membros da comunidade moral, sujeitos de direitos e titulares de dignidade intrínseca. Não se trata aqui de uma categoria meramente biológica, como a vida humana, mas sim de uma categoria jusfilosófica que diferenciaria o ser-humano de qualquer outro tipo de vida animal ou vegetal, atribuindo-lhe valor e status moral. Há três principais teorias bioéticas sobre o início da personalidade: a teoria concepcionista, a teoria neurológica e a teoria ecológica.

A teoria concepcionista sustenta que o início da personalidade coincidiria com o início da vida biológica humana. Nestes termos, todo ser-humano seria pessoa. O que diferenciaria o ser-humano dos demais animais seria justamente seu potencial intrínseco para exercer atividades racionais, não importando aqui que tal potencial deva necessariamente ser atualizado naquele exato momento. Nas palavras de Robert P. George e Patrick Lee:

Não é necessário estar real ou imediatamente consciente, raciocinar, deliberar ou fazer escolhas, para ser um ser humano que merece total respeito moral, **pois é evidente que as pessoas que estão adormecidas ou em coma reversível merecem tal respeito**. Assim, se negarmos que os seres humanos são intrinsecamente valiosos em virtude do que são, será necessário um atributo adicional, que deve ser algum tipo de capacidade e, obviamente, uma capacidade para certas funções mentais. É claro que os seres humanos nos estágios embrionário, fetal e infantil ainda não podem exercer funções mentais caracteristicamente executadas pela maioria dos seres humanos em estágios posteriores de maturidade. Ainda assim, **eles têm de forma radical – isto é, em forma de raiz – essas mesmas capacidades. Precisamente em virtude do tipo de entidade que são, estão, desde o início, a desenvolver-se activamente até às fases em que essas capacidades serão – se tudo correr bem – imediatamente exercíveis**. Embora, tal como acontece com as

crianças, ainda não tenham se desenvolvido até à fase em que são autoconscientes, é claro que **são organismos animais racionais** (George; Lee; 2009, p. 305; grifo nosso).

Se o critério para a definição da personalidade for a capacidade imediata para o exercício da racionalidade, desconsiderando-se a capacidade mediata ou potencial, a personalidade dos recém-nascidos também será prejudicada, haja vista que os membros de nossa espécie só desenvolvem um cérebro capaz de pensamento conceitual – habilidade que os distingue de animais irracionais, não considerados “pessoas” para o Direito – **entre três e seis meses após o nascimento** (Trevvarthen, 1987, p. 101-110). Razoável, portanto, condicionar a aquisição da personalidade não a qualquer potencialidade para o exercício da razão: mas à uma potencialidade ativa, que, independente de fatores externos, conseguirá atualizar tal fim. Esta potencialidade já existe, como vimos anteriormente, no zigoto, motivo pelo qual a teoria concepcionista sustenta que ele também já deveria ser protegido enquanto pessoa, a partir da singamia.

A teoria neurológica, por sua vez, considera que a personalidade só seria adquirida com o advento do sistema nervoso, em virtude do fim da vida coincidir, pelos critérios legais atuais, com o fim da atividade encefálica. Apesar de usar de maneira confusa os termos “vida” e “pessoa”, o Ministro Celso de Mello é um dos principais defensores dessa teoria:

A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, **pode, também, "a contrario sensu", servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização "in vitro", transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida. As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central** (Brasil, 2008, p. 581; grifo nosso).

A analogia entre o início da vida e a morte encefálica falha, no entanto, em não diferenciar a parada reversível ou temporária da atividade encefálica com sua parada irreversível e permanente. De acordo com a Resolução do CFM nº 2.173/17, a morte encefálica pressupõe “a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico” (Brasil, 2017). Ora, o embrião humano não perdeu irreversivelmente tais funções, mas antes, as mantém potencialmente pois “contém os primórdios epigenéticos das estruturas biológicas próprias do ser humano” (Eberl, 2012, p. 306). A analogia mais apropriada a se fazer, portanto, não é entre um embrião e um morto encefálico, mas sim entre um embrião e uma pessoa dormindo ou em coma temporário,

uma vez que ambos, apesar de gozarem de uma natureza racional, não atualizam suas potências intelectivas naquele determinado momento.

A teoria ecológica, por fim, afirma que a personalidade humana surgiria com a viabilidade fetal, isto é, quando o feto pode sobreviver fora do útero, adquirindo algum grau de autonomia com relação à sua mãe. Essa teoria foi adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no já revogado caso “*Roe v. Wade*” (1973). Qual seria, no entanto, a real relevância moral da autonomia respiratória? Não bastaria a supracitada autonomia orgânica, que o zigoto já possui desde a concepção, para que lhe fosse atribuída a personalidade? Como a teoria neurológica, a teoria ecológica padece, portanto, de sérias dificuldades:

A viabilidade de um ser humano depende do contexto ao qual ele está inserido, e isso não interfere com a sua dignidade. Por exemplo, um ser humano adulto não apresenta viabilidade debaixo da água. Uma criança de um ano de idade não apresenta viabilidade se não for alimentada por um adulto. Da mesma forma, um embrião ou um feto não apresenta viabilidade se não estiver inserido em um ambiente que propicie o seu desenvolvimento. Nos experimentos realizados por Shahbazi e colaboradores, os embriões estavam inseridos em incubadoras que continham nutrientes e um ambiente propício ao seu desenvolvimento; assim, eles se desenvolveram mesmo não estando dentro de um útero, inclusive ultrapassando a janela temporal que caracteriza o processo de implantação no endométrio (é importante salientar que, por questões éticas, os experimentos foram interrompidos no 14º dia após a concepção). **Se os embriões foram capazes de se desenvolver apenas com nutrientes disponíveis na incubadora e na ausência do processo de implantação no útero, isso demonstra a autonomia do organismo embrionário desde a sua concepção** (Derosa, 2018, p. 179-180; grifo nosso).

É, portanto, inevitável concluir que o critério mais adequado bioeticamente para se definir o início da personalidade é o mesmo utilizado para se definir o início da vida: a concepção. O embrião criopreservado, como todo outro embrião, goza dos potenciais intrínsecos à sua natureza à atividade racional, sendo, portanto, não apenas vida humana do ponto de vista biológico, como também pessoa humana do ponto de vista jusfilosófico.

c) Aspectos jurídicos: o embrião humano enquanto sujeito de direito:

A Constituição da República Federativa do Brasil afirma em seu art. 5º, caput: “**Todos** são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida**” (Brasil, 2008, p. 222). Ao utilizar-se da expressão “**todos**”, o Constituinte de 1988 tinha por intenção implícita proteger não somente os “brasileiros e os estrangeiros residentes no país”, mas todo ser humano, sem distinções:

Os direitos fundamentais têm um forte sentido de proteção do ser humano, e mesmo o próprio caput do art. 5º faz advertência de que essa proteção realiza-se ‘sem distinção de qualquer natureza’. **Logo, a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil.** (Araújo; Nunes Júnior, 2006, p. 128; grifo nosso).

Ora, se a todo indivíduo da espécie humana “sem distinção de qualquer natureza” é garantida a proteção aos direitos fundamentais, e, como vimos anteriormente, o embrião humano está vivo desde a concepção, não é possível que a nenhum embrião humano tal proteção seja deliberadamente negada pelo Estado.

Pelo contrário, a doutrina sempre entendeu que o direito à vida previsto na Constituição de 1988 protege também ao embrião desde a sua concepção, como afirma José Afonso da Silva:

“Vida”, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), **que se instaura com a concepção (ou geminação vegetal)**, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (Silva, apud Brasil, 2008, p. 282).

O excerto citado acima é utilizado inclusive para fundamentar o voto do Ministro Relator Ayres Brito (Brasil, 2008, p. 162). Para Brito, no entanto, o embrião humano criopreservado não se enquadraria no conceito de “vida biográfica” proposto por Silva, mas tão somente no conceito de “vida biológica” (Brasil, 2008, p. 161). Ignora o referido Ministro, no entanto, que o jurista que ele próprio menciona afirma explicitamente que esta vida biográfica “**se instaura com a concepção**” (Silva, apud Brasil, 2008, p. 282; grifo nosso), tendo o referido autor reconhecido os direitos do embrião humano em diversas de suas obras: “**A Constituição parece inadmitir o abortamento.** Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. **A nós nos parece que no feto já existe vida humana.**” (Silva, 1989, p. 181, grifo nosso).

Afinal, todo embrião humano, ainda que concebido *in vitro*, possui relações sociais, pois é filho de alguém, neto de alguém, irmão de alguém, etc. Nesse sentido, os pais do embrião criopreservado são corretamente identificados pelo § 1º do art. 5º da Lei de Biossegurança como seus “genitores”, expressão idêntica a utilizada pelo Código Civil para designar os pais de uma criança viva (art. 1.583, §§ 1º e 5º; art. 1.584, §§ 1º, 2º e 6º; art. 1.612; art. 1.705 do CC). É absurdo, portanto, sustentar que os embriões criopreservados não

possuam também de certa forma uma “vida incontornavelmente interativa, múltipla e incessantemente relacional” (Brasil, 2008, p. 161).

É verdade que no ano do julgamento da ADI nº 3.510, Silva manifestou-se favorável às pesquisas com células tronco embrionárias (Silva, 2008). Seu argumento foi que “embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade” (Silva, 2008). Ora, trata-se certamente de um raciocínio *ad hoc* e ultrapassado, haja vista que o estudo de Marta Shahbazi demonstrou de forma insofismável que o embrião *in vitro* já possui autonomia orgânica com relação à mãe, desenvolvendo-se mesmo diante da ausência dos sinalizadores bioquímicos do útero (Shahbazi et al., 2016, p. 700). A nidação, isto é, a implantação do embrião na parede uterina, não é, portanto, algo essencial para que o ser-humano adquira capacidade para desenvolver-se por conta própria, mas apenas uma forma de assistência acidental (Eberl; Brown, 2011, p. 52-53). Como diria o ginecologista José Gonçalves Franco Júnior: “A viabilidade é um fato e ponto.” (Folha de São Paulo, 2008).

A recepção do Pacto de San José da Costa Rica, no entanto, consagrou de maneira definitiva em nosso ordenamento a teoria concepcionista. Entre seus vários artigos, o referido tratado internacional de Direitos Humanos estabelece:

Artigo 1º - II. Para efeitos desta Convenção, **pessoa é todo ser humano.**

Artigo 3º - I. Toda pessoa tem **direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.**

Artigo 4º - I. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. **Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.** Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (Joseph, 2009)

Em primeiro lugar, o art. 4º, inciso I, do Pacto de San José da Costa Rica, obriga os países signatários a adotarem, *como regra geral*, a teoria concepcionista para o início da personalidade em seus ordenamentos. Apesar do dispositivo em questão teoricamente permitir a adoção excepcional de outras teorias por parte dos países signatários, para que uma norma deste gênero tenha força suficiente para afastar a incidência da regra geral internacional faz-se necessário que tal norma seja, de acordo com o ordenamento do país em questão, de igual ou de maior hierarquia que ela. Afinal, uma norma hierarquicamente superior não pode ser derogada por uma norma hierarquicamente inferior. Se o país não tiver qualquer norma deste gênero, deve necessariamente prevalecer o disposto na regra geral do referido tratado internacional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal definiu através do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343 que os tratados internacionais de Direitos Humanos não

aprovados por rito especial – como o Pacto de San José da Costa Rica – gozam em nosso ordenamento de status supralegal (Brasil, 2008, p. 400). Em virtude disso, não é possível, portanto, que uma mera lei ordinária, como o art. 5º da Lei de Biossegurança, tenha força suficiente para afastar a incidência da regra geral internacional, prevista no art. 4º, inciso I, do Pacto de San José, que protege a vida humana desde a concepção. Apenas uma PEC ou outro Tratado Internacional de Direitos Humanos poderiam fazê-lo. O direito à vida está, portanto, consagrado em nosso ordenamento, como afirma Carlos Fernando Mathias de Souza:

O Pacto de Costa Rica (a Declaração Americana dos Direitos Humanos, à qual aderiu a República Federativa do Brasil), por exemplo, em seu Capítulo II (dos Direitos Civis e Políticos), consigna, com clareza solar: ‘Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pelas leis e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente’ (grifou-se). Foi isto o que o novo Código Civil, a exemplo do Código de 1916, consagrou, até porque **não pode prosperar, em particular no ordenamento jurídico brasileiro, nada que venha contra o direito à vida, que está constitucionalmente, assegurada como um direito inviolável** (Souza *apud* Martins, 2005, p. 159; grifo nosso).

O art. 1º, inciso II da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, veda explicitamente aos países signatários distinguir conceitualmente os termos “pessoa” e “ser humano” em seus ordenamentos. Ora, é exatamente isso o que faz o art. 2º do Código Civil que distingue juridicamente entre os seres humanos “nascidos” (explicitamente identificados como “pessoa”), e os seres humanos “concebidos” (cujos direitos a lei simplesmente “põe a salvo”). Constatado o fato de que o zigoto, assim como o embrião criopreservado, está biologicamente vivo, segue-se que o ordenamento deve reconhecê-lo como “pessoa”, afastando a aplicação da primeira parte do art. 2º do Código Civil ou atribuindo-lhe uma interpretação conforme a Constituição que adote de forma insofismável uma leitura concepcionista acerca deste tão ambíguo dispositivo.

O preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 também estabelece a personalidade do não-nascido: “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, incluindo a devida proteção legal, **tanto antes quanto após seu nascimento**” (parágrafo 3º). Comenta Rita Joseph sobre a força dos preâmbulos em tratados internacionais:

Alguns governos tentaram esquivar-se a este compromisso, avançando a teoria de que os parágrafos preambulares não implicam obrigações juridicamente vinculativas para os Estados Partes numa Convenção. Esta teoria, no entanto, não é credível, **pois é uma contradição direta da regra geral de interpretação do artigo 31º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. As disposições operacionais da convenção (ou seja, do texto) serão interpretadas de boa fé, de acordo com o significado comum a ser dado aos termos do tratado no seu contexto (ou seja, no

contexto do seu preâmbulo em além do texto). **As disposições operativas devem ser lidas de forma consistente com os parágrafos preambulatorios, que estabelecem os temas e a fundamentação da convenção.** (Joseph, 2009, p. 142; tradução livre; grifo nosso).

O artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados obriga os Estados signatários a interpretar os tratados internacionais de acordo com o contexto que lhes oferece seus parágrafos (Joseph, 2009, p. 122-123). Logo, por “criança” deve-se entender na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, todo ser-humano, nascido ou não nascido, titular de direitos e obrigações (Joseph, 2009, p. 121-139).

Além de nosso texto constitucional e dos tratados internacionais de Direitos Humanos, a lei infraconstitucional brasileira deixa ainda mais explícito o status pessoal do nascituro, na medida em que o Código Civil, por exemplo, utiliza em seu artigo 1.798 a expressão “pessoas nascidas ou já concebidas”, como bem ressaltou o Ministro Eros Grau em seu voto (Brasil, 2008, p. 453). Essa é também a razão pela qual o crime de aborto encontra-se tipificado em nosso Código Penal não somente no capítulo “dos crimes contra a vida”, mas também no título “dos crimes *contra a pessoa*” (Brasil, 1940).

O embrião ainda é reconhecido como “criança” pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), que, entre outras coisas, lhe garante, em seu artigo 7º, o direito a “políticas sociais públicas **que permitam o nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (Brasil, 1990; grifo nosso). Sua saúde é também tutelada no § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, que afirma: “É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea **e o ato não oferecer risco à saúde do feto**” (Brasil, 2008, p. 170, grifo nosso).

Contra tudo isso, alguns Ministros objetaram que o artigo 128 do Código Penal permitiria o aborto em algumas hipóteses, como o estupro e o risco de vida para a gestante, o que seria inconstitucional caso o status de “pessoa” fosse atribuído ao embrião (Brasil, 2008, p. 170-171). Conforme explica Maria Helena Diniz, no entanto, tal interpretação não se sustenta pois, em semelhança com o que acontece com o furto de descendente contra ascendente (art. 181 do CP), o artigo em questão apenas “não pune” o aborto nestes casos, configurando-se mera *excusa absolutória*, que afasta tão somente a punibilidade do ato, e não sua ilicitude ou antijuridicidade:

No art. 128 ,I e II, do Código Penal está **apenas autorizando o órgão julgante a não punir o crime configurado**, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante do estupro. **Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa**

praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime. (...) Se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, **estaria eivado de inconstitucionalidade**, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. **É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito.** (Diniz, 2002, pp. 55-56; grifo nosso).

Ora, haja vista que nosso ordenamento protege o direito à vida desde o momento da concepção, é forçoso admitir que as pesquisas com células-tronco embrionárias, na medida em que destroem o produto da concepção, claramente violam o direito fundamental à vida do embrião criopreservado de quem tais células serão derivadas. Uma vez constatado que tais embriões estão vivos não se pode admitir qualquer intervenção médica no sentido de prejudicá-los ou reduzir sua vida ou integridade física.

Dito isto, faz-se necessário analisar a constitucionalidade dos dispositivos previstos no art. 5º da Lei de Biossegurança.

O inciso II do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permite a destruição de embriões humanos pelo simples fato de estarem congelados há mais de três anos, é indubitavelmente inconstitucional, pois os embriões que tal dispositivo se refere continuam organicamente vivos na medida em que, como foi visto acima, mantêm seu potencial para clivagem ativo mesmo após o lapso temporal previsto pela lei (Marques, 2009, p. 60; Folha de São Paulo, 2008).

O inciso I do art. 5º da Lei de Biossegurança, por outro lado, na medida em que não define com clareza o conceito de “inviabilidade embrionária” é igualmente inconstitucional, já que permite ao Governo Federal criar regulamentações, como as previstas no Decreto nº 5.591/2005, definindo o termo “embrião inviável” não apenas como um sinônimo para embriões organicamente mortos, mas incluindo também embriões que simplesmente “apresentam alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde” ou embriões que tão somente “apresentam alterações morfológicas que comprometam o seu pleno desenvolvimento” (Brasil, 2008, p. 292).

Ora, como bem ressaltou o Ministro Menezes Direito, os dois últimos critérios para definição de “inviabilidade embrionária” são claramente eugênicos e, portanto, inconstitucionais:

Quando o decreto regulamentar da lei sob exame menciona, por exemplo, a qualificação da inviabilidade do embrião com alterações genéticas ou alterações morfológicas, **abre campo minado para a eugenia, que sob nenhum aspecto pode ser tolerada.** Admitir que as clínicas de reprodução assistida sejam as

responsáveis pela identificação das alterações genéticas e morfológicas para descartar os embriões, **equivale a investi-las de poder absoluto sobre o que pode, ou não, desenvolver-se autonomamente até o nascimento com vida. Esse poder, certamente, não nos pertence** (Brasil, 2008, p. 246; grifo nosso).

Admitir o assassinato de pessoas com alterações morfológicas violaria o objetivo fundamental da República previsto no art. 3º, inciso IV, de nossa Constituição de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, assim como o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana”, previsto no art. 1º, inciso III de nossa Carta Magna. A nível internacional, o art. 6º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano, seria integralmente desrespeitado pois afirma: “**ninguém poderá ser discriminado com base em suas características genéticas**” (Brasil, 2008, p. 434; grifo nosso).

A vagueza e ambiguidade do termo “inviável” no inciso I do art. 5º da Lei de Biossegurança, torna o artigo 5º da referida Lei *inteiramente inconstitucional*, e não apenas parcialmente, como defendido pela tese vencida no julgamento da ADI nº 3.510.

5 OS LIMITES DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À SAÚDE, LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E PLANEJAMENTO FAMILIAR

a) Do direito à saúde e à liberdade de pesquisa

Um dos principais argumentos levantados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança foi que a proibição das pesquisas e terapias com células tronco embrionárias violaria a liberdade científica dos pesquisadores e o direito fundamental à saúde dos doentes que poderiam delas se beneficiar (Brasil, 2008, p. 139).

Ora, estabelecida, no entanto, a questão da personalidade do embrião humano, tal objeção não mais se sustenta, pois, como bem ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski, o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como mero meio para a aquisição de outros fins (Brasil, 2008, p. 440). Nesse sentido, estabelece o artigo 10º da Declaração dos Direitos sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO):

Art. 10. Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, **deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos** (Brasil, 2008, p. 355; grifo nosso).

Inadmissível, portanto, o avanço científico às custas da vida e da dignidade inerentes ao embrião humano. Ademais, as células-tronco adultas, apesar de mais limitadas que as células-tronco embrionárias, podem ser cultivadas com a finalidade de produzir alguns dos tecidos-chave que tais pesquisadores tanto desejam, incluindo as células pancreáticas produtoras de insulina para o tratamento da diabetes, as células da medula óssea utilizadas no tratamento da leucemia e até mesmo as células do tecido neural (Eberl, 2006, p. 78). Ora, diante de tais alternativas, insistir na destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia violaria o princípio da proporcionalidade, como bem ressaltou o Ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2008, p. 662).

b) Do direito ao livre planejamento familiar

O último argumento utilizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, foi o argumento de que, se o embrião criopreservado fosse reconhecido como “pessoa”, seus genitores estariam obrigados a implantar todos os embriões gerados *in vitro*, violando-se assim seu direito ao planejamento familiar (Brasil, 2008, p. 138-139). Doar os embriões para fins de pesquisa e terapia seria, em sua visão, a única forma de impedir seu descarte ou perpétuo congelamento (Brasil, 2008, p. 156-157).

Essa linha de raciocínio, no entanto, está equivocada. O planejamento familiar realiza-se *antes da concepção* de uma criança, não depois que ela já está biologicamente viva. Essa é a razão, inclusive, do Código Penal não permitir o abortamento em nosso ordenamento como forma legítima de planejamento familiar (Brasil, 1940). Ademais, dois são os destinos moralmente aceitáveis aos embriões excedentários: (a) implantar os embriões gradualmente no útero de suas mães biológicas, que, ao consentir em conceber estas crianças através de técnicas de reprodução assistida, assumiram para si a responsabilidade sobre elas; (b) providenciar para que casais interessados adotem os embriões concebidos, garantindo-lhes o direito de nascer e continuar a se desenvolver sadia e harmonicamente (Eberl; Brown, 2011, p. 54).

Apesar da proposta da adoção de embriões ter sido sugerida pela PGR e pela CNBB, apenas o Ministro Cesar Peluso abordou-a, e de forma incidental, através de uma simples nota de rodapé (Brasil, 2008, p. 516, nota nº 57). A adoção de embriões, no entanto, mostra-se como uma alternativa moralmente aceitável para a destinação final dos embriões

supranumerários concebidos *in vitro*, garantindo-se, dessa forma, o respeito à sua plena dignidade, vida e integridade física.

6 CONCLUSÃO

Ao julgar a total improcedência da ADI nº 3.510, os Ministros do Supremo Tribunal Federal basearam-se em raciocínios errôneos sobre a natureza do embrião humano criopreservado. Ora, este embrião é um ser organicamente autônomo e que possui capacidade ativa para se desenvolver coordenadamente. Privá-lo de seu direito à vida viola não somente preceitos constitucionais como a inviolabilidade do direito à vida, previsto no art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, mas também tratados internacionais de Direitos Humanos, como o art. 4º, inciso I, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que obrigam os Estados signatários a protegerem como regra geral o direito à vida do embrião humano, “desde o momento da concepção”.

Ao criar o conceito de “embrião inviável” em seu artigo 5o, inciso I, a Lei de Biossegurança implicitamente permitiu o avanço da agenda eugenista no Brasil, haja vista que possibilitou ao Decreto no 5.591/2005, definir o termo num sentido amplo, que inclui quaisquer embriões com alterações genéticas ou morfológicas. Violou, dessa forma, não somente o objetivo fundamental da República de vedação a todo tipo de discriminação, previsto no art. 3o, inciso IV, da Constituição Federal, como também a proibição explicitamente reconhecida pelo art. 6º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano, de privar pessoas de seus direitos por motivos de variabilidade genética.

Cabe, portanto, ao Judiciário Brasileiro, reanalisar o mérito da questão e declarar a integral inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, reconhecendo-se a vida, a dignidade e a personalidade de todo embrião humano, esteja ele *in vitro* ou *in utero*. O Brasil dessa forma aproximará sua legislação sobre o tema da de países desenvolvidos como Itália e Alemanha, garantindo-se o pleno respeito à dignidade de todos, sem arbitrarias discriminações.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Decretos e Leis. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil]**, Rio de Janeiro, publicado em 7 de dezembro de 1940, divulgado em 31.12.1940, retificado em 3.1.1941.

BRASIL. Decretos e Leis. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Dispõe sobre a nova Lei de Biossegurança. **Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF: promulgada em 28.03.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. **Diário de Justiça do Estado**. Brasília-DF: STF, divulgado em 27.05.2008 e publicado em 28.05.2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2017. Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. **Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, n. 240, seção 1, p. 50-275. Publicado em: 15.12.2017.

DEROSA, Ana. Quando começa a vida humana segundo a ciência. *In*: DEROSA, Marlon (org.). **Precisamos falar sobre aborto: mitos e verdades**. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2018.

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

EBERL, Jason. Metaphysical and Moral Status of Cryopreserved Embryos. **Linacre Q.**, v. 79, n. 3, pp. 304-315, Aug. 2012. Available on: doi: 10.1179/002436312804872695. Accessed in: 29.09.2023.

EBERL, Jason. **Thomistic principles and bioethics**. London; New York: Routledge, 2006.

EBERL, J. T.; BROWN, B. P. Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses. *In*: NAPIER, Stephen. **Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments**. Dordrecht: Springer, 2011.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Embrião congelado por 8 anos produz bebê**. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe0903200801.htm>. Acesso em 24 de out. 2023.

GEORGE, Robert; LEE, Patrick. Embryonic human persons. Talking Point on morality and human embryo research. **EMBO Rep.**, v. 10, n. 4, p. 301-6, Apr. 2009. Disponível em: 10.1038/embor.2009.42. Acesso em 02 jun. 2023.

GUTTMACHER, Alan. **Life in the Making: the Story of Human Procreation**. New York: Viking Press, 1933.

JACOBS, Steven. Biologists' Consensus on 'When Life Begins'. **SSRN**. 25 July 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3211703>. Acesso em 02 jun. 2023.

JOSEPH, Rita. **Human Rights and the Unborn Child**. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

LANGMAN, Jan. Medical **Embryology**. 3rd ed. Baltimore: Williams & Wilkins, 1975.

LEJEUME, Jerome. **The Human Life Bill**: Hearing on S. 158 Before the Subcomm. on Separation of Powers of the S. Comm. on the Judiciary, 97th Cong. 8–10, 1981.

MARQUES, Rafaela Lourenço. Pesquisa com embriões excedentários e o Princípio da dignidade humana em face da Lei de Biossegurança. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, v. 13, n. 45, p. 56-69, abr./jun. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOORE, Keith L.; PERSUAD, Vid; TORCHIA, Mark. **Embriologia Básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SHAHBAZI, M. et al. Self-organization of the human embryo in the absence of maternal tissues. **Nat Cell Biol.**, n. 18, pp. 700–708, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/ncb3347>. Acesso em: 18.10.2023.

SILVA, José Afonso da. A questão das células-tronco embrionárias. **Jornal Folha de S. Paulo**, 21 de março de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

SINGER, Peter. **Practical Ethics**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

TREVARTHEN, Colwyn. Brain Development. *In*: ZANGWILL, O. L.; GREGORY, R. L. (ed.). **Oxford Companion to the Mind**. Oxford: Oxford University Press, 1987. P. 322-389.