

**ABORDAGENS HERMENÊUTICAS
E JURÍDICAS NO TOCANTE ÀS
PESQUISAS EM CÉLULAS-TRONCO
EMBRIONÁRIAS**

GUSTAVO PASCHOAL T. DE C. OLIVEIRA

ABORDAGENS HERMENÊUTICAS E JURÍDICAS NO TOCANTE ÀS PESQUISAS EM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Gustavo Paschoal Teixeira De Castro Oliveira¹

RESUMO

Através da pesquisa teórica fundamentada em levantamento bibliográfico prévio, buscou o presente trabalho tratar da questão referente à criopreservação e utilização de células-tronco de embriões humanos no tocante ao Direito pátrio, em que correntes doutrinárias divergem quanto aos direitos do embrião, especialmente ao direito à vida. Devido à necessidade de se estabelecer um estudo que abarcasse não somente questões inerentes a determinada área de conhecimento, consideram-se, para a elaboração da pesquisa, aspectos éticos, bioéticos e jurídicos referentes ao assunto, por tratar-se de tema intrinsecamente interdisciplinar. Procurou-se não somente a elaboração de uma compilação de informações inerentes à problemática dos embriões extracorpóreos excedentes, criopreservados a uma temperatura de -196° C, mas também contribuição fundamentada em hermenêutica jurídica para esta realidade.

Palavras-chave: Células-tronco. Vida. Hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

Through the theoretical research based on previous bibliographical survey, the present work proceeded to the analysis for the cryopreservation and use of stem cells from human embryos in relation to national laws, where some doctrines give different opinions about rights of the embryo, especially on the right to the life. Due to necessity of the establishment of a study that not only accumulated questions to

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUC/GO (1998). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca - UNIFRAN (2002). Possui Mestrado em Direito Constituição e Processo - pela Universidade de Ribeirão Preto UNAERP (2004). Docente na Universidade Federal do Tocantins e no Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA. Advogado.

one determined knowledge area, it was taken in consideration, for the elaboration of the present research, ethical, bioethics and legal aspects referring to the subject. It was done not only a compilation of inherent informations to the problematic of the exceeding extracorporeal embryos, preserved under -196° C, but also some legal interpretation contribution.

Keywords: Stem cells. Life. Legal interpretation.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Ética

A ética está para o ser humano como a Justiça está para o Direito: é algo intrínseco, visceral. Dificilmente haverá situação ou circunstância em que se conseguirá apartar do homem guias norteadoras de sua conduta moral.

A ética está pautada em fundamentos muito bem alicerçados pelos milênios de sua existência. Alguns elementos foram agregados a esta construção para dar-lhe sustentação devida: moral, valores e cultura.

A moral é algo – num primeiro momento – subjetivo: cabe a cada indivíduo pensante analisar certa circunstância e emitir parecer a respeito. Trabalha-se no campo das ideias e não no mundo real (a princípio). A partir do momento em que se busca refletir sobre as conclusões – quiçá ensaios – sobre opiniões das pessoas, estar-se-á caminhando para uma moral coletiva.

Existem situações em que fica claro o desrespeito às regras de conduta social taxadas pela moral. Nesses casos, percebe-se

a desaprovação da coletividade, de maneira expressa ou velada, tácita. Compreende-se o funcionamento de um “mecanismo” de tutela e salvaguarda da coletividade. Para melhor entendimento, não de se tecer algumas linhas sobre questões axiológicas.

Axiologia, teoria dos valores ou simplesmente – para este estudo – valores, tem por finalidade estudar o que motiva o comportamento humano diante das diversas situações da vida, considerando-se as necessidades de cada indivíduo ou grupo social, em determinado espaço e tempo, sob a influência de alguns fatores, tais como política, religião, questões sociais, entre outros.

O estudo dos valores considera alguns caracteres, tais como a relatividade (determinado objeto poderá não ter, necessariamente, o mesmo valor para dois ou mais sujeitos) e bipolaridade, em que se trabalha com uma escala na qual três delimitações são de suma importância: neutralidade, positividade e negatividade. Tais pontos coordenam a relatividade.

Por sua vez, a cultura ajuda a compreender, de forma mais categórica, o estudo da ética. Vislumbra-se muito bem a cultura na vida social quando se observa e se trata “[...] das ações mais comuns e simples (comer, falar, viajar, manifestar-se artisticamente...) às mais complexas e consequenciais (assinar um tratado, praticar um delito, propor um projeto de lei)” (BITTAR, 2011, p. 117).

Após análise de tais elementos, o ofuscamento perante os olhos torna-se menor, aproximando-se ainda mais da nitidez, fazendo com que se possam desvendar faces ocultas da verdade

no tocante à ética.

Dizem os estudiosos e pensadores que a ética é objeto de estudo teórico de caráter eminentemente prático. Não há como dissociá-la da vida de um indivíduo ou até mesmo da sociedade como um todo. Trata-se de uma preocupação que remonta tempos antigos, perpassando por situações históricas – conhecidas e registradas pela humanidade – até se chegar aos dias atuais. Entende-se tratar de algo habitual, costumeiro, que se perpetra no tempo.

Ética “é a teoria ou a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade” (VÁZQUEZ, 2004, p. 23), “[...] é a ciência ou filosofia que fará a eleição das melhores ações tendo como horizonte o interesse coletivo, universal” (ALMEIDA, CHRISTMANN, 2009, p. 4).

A ética busca analisar, refletir e definir situações no campo do “dever-ser”, auxiliando no “ser”, ou seja, busca-se estabelecer paradigma de atitudes, condutas e situações no campo da perfeição, para que o homem, “ser” humano (considerando-se a média ponderada entre vícios e virtudes) busque alcançar a *arethé* (excelência), desenvolvimento máximo dos potenciais do indivíduo e da sociedade, o “dever-ser” tão almejado por filósofos e pensadores do Direito (BITTAR, 2011).

Tais apontamentos são de suma importância para que se possa entender o assunto a ser tratado no presente artigo, pois embasamentos éticos e filosóficos (bem como parâmetros hermenêuticos) serão imprescindíveis para a solidez da discussão que ora se pretende realizar. Buscando galgar maiores

conhecimentos para tanto, passar-se-á, a partir de agora, a tratar de ética e vida, através de breves estudos em Bioética.

1.2 Bioética

Considerando-se as informações colhidas no decorrer de toda a História Jurídica, desde o Direito Arcaico até o atual, o mundo vem assistindo, somente a bem pouco tempo, avanços na área da saúde e da biotecnologia² como nunca se vira antes.

Dentre alguns pontos, destacam-se o aprimoramento de medicamentos, descobertas científicas em prol da saúde humana, cirurgias mais eficazes e seguras, aumento na expectativa de vida do homem, dentre outros.

Como já dito anteriormente, não há como dissociar a ética de qualquer seara que toque expectativas humanas. A área da saúde não seria diferente. Subentende-se a necessidade da união entre ética e vida, fazendo nascer, assim, a Bioética.

Tal vocábulo que significa “ética da vida” fora utilizado pela primeira vez em 1971, pelo biólogo e oncologista Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin ao escrever o livro “Bioética: a ponte para o futuro” (*Bioethics: bridge to the future, Prentice Hall, Englewood Clifs, New York*). Há de se dizer que, num primeiro momento, “bioética” buscava traçar e delinear contornos concernentes às questões ecológicas, ou seja,

2 “[...] conjunto das técnicas e processos biológicos que possibilitam a utilização da matéria viva para degradar, sintetizar e produzir outros materiais. Assim, qualquer tecnologia aplicada em seres vivos identifica-se como uma biotecnologia”. (QUEIROZ, 2001, p. 385).

do estudo da interação entre o homem e o ambiente em que se encontra inserido, que o cerca.

Contudo, foi o obstetra e fisiologista fetal holandês Andre Hellegers, fundador do Instituto Kennedy da Universidade de Georgetown, quem utilizou, pela primeira vez, o termo Bioética para se referir à ética da medicina e ciências biológicas. A partir de então, o termo “bioética” passou a ser utilizado pela quase totalidade de profissionais ligados ao ramo.

Tanto a ciência biomédica quanto a tecnologia associada (biotecnologia) buscam caminhar a passos largos para benefício da humanidade. Para tanto, imprescindível se faz a combinação de evolução com dignidade humana. Todavia, não foi o que sempre se constatou, tendo por exemplificação experiências e intervenções médicas praticadas por profissionais da área médica ligados ao nazismo:

Em 14 de julho de 1933 foi promulgada a “Lei para prevenir a procriação de filhos com doenças hereditárias”, a qual permitia a esterilização obrigatória das pessoas com deficiência mental, esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, epilepsia hereditária, coréia de Huntington, cegueira hereditária, surdez hereditária, malformações graves e alcoolismo. [...] Visto que as esterilizações eram feitas cirurgicamente, muitas pessoas faleceram de complicações pós-operatórias. [...] Da esterilização passou-se ao assassinato, sendo, no princípio, os pacientes mortos pela fome em estabelecimentos como o Instituto Heilborn. [...] Nas províncias centrais e ocidentais do Reich os doentes psiquiátricos eram mortos por monóxido de carbono, enquanto os doentes da Pomerânia, Prússia Ocidental e os da Polônia ocupada pela Alemanha eram fuzilados. [...] Na

primavera europeia de 1937 [...] todas as crianças negróides alemãs foram esterilizadas cirurgicamente. [...] Com a conquista de numerosos países europeus pela Alemanha, a partir de 1939, a questão do extermínio dos judeus passou a ser o ponto central da atenção dos geneticistas alemães. [...] para conseguir uma matança mais rápida e economizar a produção de caminhões de extermínio, constroem-se câmaras de gás. [...] O ritmo da matança passa a ser tão alucinante que no final de 1943 já haviam sido exterminados 2 milhões e 400 mil judeus (BEIGUELMAN. In: PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, p. 112-116).

Esperou-se que, com o descobrimento de tamanha barbárie, o mundo passasse por um exame de consciência e adotasse o respeito ao próximo como guia de conduta. Leciona Brauner:

Quando da instauração do processo de Nüremberg, a comunidade internacional, tendo conhecimento dessas atrocidades, julgou os responsáveis pelos crimes contra a humanidade e elaborou o Código de Nüremberg em 1947. Este teria sido o marco inicial na busca da coibição de experiências aviltantes em seres humanos e estabeleceu-se como princípio que o ser humano não pode ser um simples objeto para a ciência, toda pesquisa ou experiência biomédica exige do paciente um consentimento anterior, livre, esclarecido e inequívoco (2003, p. 153).

Os Estados Unidos da América, considerado como berço da abordagem Bioética, deu local a escândalos envolvendo experimentos com seres humanos que foram considerados como o estopim para a necessidade de se desenvolverem princípios

bioéticos relacionados à dignidade da pessoa humana.

Clamores foram ouvidos, resultando na criação da Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Bioética e Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*), no ano de 1974. Tal comissão tinha como tarefa final estabelecer princípios que servissem de parâmetro para as pesquisas em seres humanos.

Após quatro anos de pesquisa, em 1978, a Comissão expediu um relatório. Por ter sido desenvolvido no Centro de Convenções Belmont, em Elkrigde, Estado de Mariland, ficou conhecido como *Belmont Report* (Relatório Belmont). Dentre os princípios focados pela Comissão, apenas três foram considerados como fundamentais, pois já possuíam referência em documentos anteriores sobre experimentação em seres humanos.

Eis os princípios propostos pelo Relatório Belmont:

- a) o respeito pela pessoa (autonomia), incorporando duas convicções éticas: a1) todas as pessoas devem ser tratadas com autonomia; e a2) as pessoas cuja autonomia esteja diminuída ou se encontre em desenvolvimento devem ser protegidas (vulnerabilidade); a beneficência, também incorporando duas convicções éticas: b1) não causar dano; e b2) maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos; e c) a justiça, enquanto imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios (SILVA, 2002, p. 52).

Trata-se, portanto, da “Trindade Bioética”, formada pelos

princípios da Autonomia, Beneficência e Justiça. Entretanto, um ano após a publicação do Relatório Belmont, incluiu-se mais um princípio aos três já existentes: o princípio da não maleficência (*primun non nocere*), por Tom L. Beauchamp, membro participante da elaboração do referido documento, juntamente com James F. Childress. Essa classificação encontra-se inserida na obra Princípios de Ética Biomédica (*Principles of Biomedical Ethics*), de 1979.

Por tudo o que já se tratara até o presente momento, percebe-se, mesmo que indiretamente, a necessidade de vinculação de questões bioéticas às regras jurídicas existentes, que, de certa forma, encontram-se imbricadas através da “subsunção do fato à norma”. Normas jurídicas possuem o caráter de coercibilidade e imperatividade tão necessárias para se estabelecer segurança à área da saúde. É preciso, pois, se fazerem alguns apontamentos sobre bioética e Direito. Surge, portanto, o Biodireito (LOUREIRO, 2009).

1.3 Biodireito e hermenêutica jurídica

O termo “Biodireito” (ou para adeptos da terminologia “Bioética e Direito”) tem por escopo tratar que questões prementes vinculadas à corpo humano e direito, se deem em momentos do início da vida (fecundação, concepção, teorias concernentes à vida humana viável e teorias jurídicas acerca da personalidade – direitos de personalidade, técnicas de reprodução assistida, antecipação terapêutica do parto, aborto, planejamento

familiar, presunção de paternidade e maternidade (devido às técnicas de reprodução assistida, mães de substituição dentre outros), vida (relação médico-paciente, erro médico, transfusão de sangue, órgãos e tecidos, estética humana, adequação de sexo do intersexual e transexual dentre outros) ou fim da vida (morte digna, eutanásia, ortotanásia, distanásia).

Entende-se, portanto, por Biodireito

[...] estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar os crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade. (DINIZ, 2007, p. 7).

Há de se dizer que o Biodireito é portador de assuntos intrinsecamente interdisciplinares, necessitando de informações das áreas da saúde, humanas, sociais e aplicadas, dentre outras; traçando perfil dialético; inovando, assim, na resolução de (possíveis) conflitos ou problemas jurídicos que vierem à tona.

Importante salientar a necessidade de estudos relativos às técnicas de interpretação, tão presentes e tratadas pela Hermenêutica³ Jurídica, especificamente no que tange às técnicas lógica, sistemática, histórica e teleológica, que, a partir de agora, serão de extrema importância para se entender o tema proposto,

³ A palavra Hermenêutica provem do grego Hermeneúein, interpretar, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega, filho de Zeus e Maia, considerado o intérprete da vontade divina. Habitando a terra, era um deus próximo à Humanidade, o melhor amigo dos homens. (NADER, 1997, p. 303).

no estudo em questão. Todavia, imprescindível se faz discorrer breves linhas sobre cada técnica abordada.

A técnica de interpretação lógica busca trabalhar com três pontos: lógica interna, lógica externa e lógica do razoável. A lógica interna busca garantir que o assunto tratado em determinada norma seja coerente e fluente dentro de seu próprio texto. A lógica externa busca garantir que tal norma esteja adequada com o que almeja a sociedade, no que se diz respeito a assunto específico. Como exemplo, cita-se a Constituição da República Federativa do Brasil. Têm-se, em seus 250 artigos, coerência e harmonia no que é disposto, pois não se fala de antinomia interna do Texto Constitucional. Por sua vez, a Carta Magna é fruto de um desejo social sonhado por décadas, posto a coletividade, anteriormente à sua promulgação, ter passado por momentos de cerceamento de direitos. Logo, a partir da instauração do Poder Constituinte Originário e a vigência de uma nova Lei Maior, percebeu-se a satisfação e alívio do povo brasileiro. Por fim, a lógica do razoável. Tal lógica busca, de certa forma, rechaçar – quando necessário – lógica “exata”. Quando algum assunto a ser tratado pelo Direito, por meio de leis impostas, não encontrar amparo no que pede a essência da Justiça, o aplicador do Direito valerá do que diz o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (p.e., aplicação de

⁴ Nova nomenclatura (referência) do Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942 “Lei de Introdução ao Código Civil” – LICC. Redação dada pela Lei 12.376 de 2012. (on line).

Direito Consuetudinário *contra legem*).

A técnica interpretativa sistemática busca tratar o ordenamento jurídico como um sistema. Tome-se, por exemplo, o corpo humano. Do conjunto de células formam-se os tecidos; do conjunto de tecidos formam-se os órgãos. Por sua vez, o conjunto de órgãos afins formam determinado sistema. A Ciência Jurídica busca trabalhar com a mesma lógica: pontos referentes a um mesmo assunto dão origem à determinada matéria. Esta, por sua vez, em conjunto com matérias comuns, dá ensejo aos ramos. Os ramos buscam dar sustentação ao Sistema Jurídico. Deve-se ter em mente que no Direito se podem encontrar conexões entre as mais diversas e - num primeiro olhar - diferentes subáreas. Qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema. (NADER, 1997).

A técnica de interpretação histórica busca contribuir com a aplicação da justiça, considerando-se fatos correlacionados à História do Direito. Para que se consiga elucidar algum questionamento jurídico, imprescindível se faz a análise das origens de tal assunto para que se possa entender o presente. Compreendendo o presente (de acordo com ensinamentos históricos), conseguir-se-á lidar bem com o que há por vir.

Por fim, a técnica interpretativa teleológica busca o fim a ser atingido, ou seja, a justiça. O pensador-aplicador do Direito deve estar atento ao que a sociedade espera como posicionamento adequado. Logo, não há como falar em técnica teleológica sem fazer menção à teoria objetiva, ou seja, o não engessamento da legislação, deixando-a livre para a possibilidade de interpretação

que vise à equidade.

Todas essas técnicas interpretativas, bem como a gramatical (que busca conferir importância ao valor semântico das palavras) estarão presentes no processo de entendimento da evolução da Bioética e Direito (Biodireito), no tocante à (im) possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, como se verá a seguir.

2 VIDA HUMANA E BIOTECNOLOGIA: AUXÍLIO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.1 Generalidades

O tema “reprodução humana” nunca esteve tão em voga como ultimamente, vinculado à questão de fertilidade (do latim *fertile*, capacidade de conceber ou de gerar prole). Considerada com regra, a fertilidade gera automaticamente a ideia de exceção à infertilidade.

Direitos reprodutivos são tratados pelo art. 226, § 7º, da Carta Magna, ao preceituar que, “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Subentende-se que o planejamento familiar, aliado aos direitos reprodutivos, está sistematicamente ligado ao art. 12

da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵: “homens e mulheres em idade adequada ao casamento têm o direito a casar e constituir família”. Encontra-se implícito neste dispositivo o reconhecimento ao direito de procriar.

A Lei 9.623, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, assim discorre em seu art. 3º:

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;
[...] (on line)

Não se busca no presente estudo analisar o desempenho do Sistema Único de Saúde – SUS. A finalidade da citação acima é a de demonstrar o quanto foi dada à concepção devida importância pelo legislador, demonstrando mais uma vez a necessidade de se tratar sobre direitos reprodutivos / planejamento familiar.

A biotecnologia, quando necessária, auxilia na efetividade

5 “A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano” (BONAVIDES, 1996, p. 531).

de tais direitos, através das técnicas de reprodução assistida. Dentre as técnicas de reprodução humana de maior relevância figuram a inseminação artificial, a transferência intratubária de gametas (GIFT), a transferência intratubária de zigotos (ZIFT), a fertilização *in vitro* seguida da transferência de pré-embriões (FIVETE) e a micromanipulação. Para o que pretende o presente estudo, buscar-se-á discorrer sobre a técnica de fertilização *in vitro*, seguida da formação de pré-embriões.

2.2 Fertilização *in vitro*, formação de pré-embriões e dilemas bioéticos

A primeira fecundação humana *in vitro* ocorreu no *Royal Oldhan and Discript General Hospital* de Lancashire, Inglaterra. Da utilização de tal técnica nasceu, em 26 de julho de 1978, Louise Brown:

[...] se extraiu de Lesley Brown, estéril por obstrução das trompas de Falópio, um óvulo maduro, que, em condições químicas e termostáticas adequadas e controladas eletronicamente, foi fecundado em tubo de ensaio com o sêmen de seu marido, John Brown. O embrião foi implantado no útero de Lesley, onde se desenvolveu normalmente, nascendo Louise Brown, uma menina de 2,300Kg. No Brasil, a primeira criança assim gerada foi Anna Paula Caldera, que nasceu em 7 de outubro de 1984; hoje já existem mais de 5.000 “bebês de proveta” em nosso país (DINIZ, 2007, p. 489).

Essa técnica busca a formação do ovo ou zigoto,

extracorporeamente, pela união dos gametas feminino (óvulo) e masculino (sêmen coletado – seja do marido/companheiro ou de terceiro) em ambiente propício (*in vitro*).

Dependendo de normativas bioéticas e jurídicas de cada país, o número de zigotos implantados no colo uterino pode variar de um a quatro. Há de se dizer também do número de zigotos criados. Havendo excedentes, estes serão criopreservados a uma temperatura de -196°C em nitrogênio líquido.

As opiniões quanto à criopreservação são bastante acaloradas, pois pré-embriões⁶ excedentes possuem futuro incerto.

As ciências que estudam a vida, em especial Ciências Médicas, buscam incessantemente definição do surgimento da vida humana (concepção). Algumas teorias são analisadas com maior credibilidade: fecundação (singamia e cariogamia), nidação, formação do tubo neural. Procurar-se-á, a partir desse momento, tentar explicar a essência de cada uma delas. Observa-se o quão importantes são, pois gerarão reflexos na área jurídica, assunto abordado posteriormente.

Há quem diga que a vida humana (concepção) começa no momento da fecundação (singamia), ou seja, da união entre óvulo e espermatozóide. Aqui a concepção ocorre no momento em que o gameta masculino consegue ultrapassar a zona pelúcida do gameta feminino.

⁶ Termo utilizado pela primeira vez em um documento intitulado Informe Warnock sobre Fertilização e Embriologia (Inquiry Warnock into Human Fertilization and Embryology), publicado no Reino Unido em 1984, para referir-se a etapas de desenvolvimento entre oitavo e décimo quarto dia. (SILVA, 2002).

Para os adeptos da corrente denominada de “cariogamia”, é necessário algo a mais: a fusão dos pronúcleos, onde já se fala em identidade (carga) genética própria, não se referindo mais a simples material genético dos genitores.

A teoria da nidação defende a vida humana viável a partir do momento da implantação do blastocisto na superfície do endométrio (superfície da mucosa uterina), o que ocorre até o final da segunda semana de desenvolvimento.

Os seguidores da teoria do tubo neural sustentam a argumentação de que vida humana viável somente ocorrerá após o surgimento dos rudimentos do sistema nervoso central – tubo neural – por volta do décimo quarto dia de desenvolvimento. Uma analogia é utilizada para a defesa de tal tese: para se considerar uma pessoa como morta, busca-se comprovar cessamento de atividade encefálica em sua totalidade; em contrapartida, vida humana viável ocorre somente quando os primeiros pulsos elétricos surgem. Adeptos da teoria do surgimento do tubo neural costumam definir como pré-embrião a vida que está sendo formada.

Apresentadas as teorias, há de se fazer a seguinte indagação: o que fazer com os pré-embriões criopreservados que não serão utilizados (implantação no útero materno para desenvolvimento e nascimento)?

Ciência e sociedade – na sua quase totalidade – deram-se as mãos, tentando unir forças para colocarem em prática a possibilidade de pesquisas em células-tronco embrionárias, procurando, assim, possível melhoria na qualidade de vida de

peessoas que sofrem com algum tipo de deficiência ou que portam alguma necessidade especial. Tal luta se armou a partir do momento em que se verificou que tais células “[...] apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo”, de acordo com art. 2º, XII, do Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005, que tem por finalidade regulamentar dispositivos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (NAMBA, 2009).

Após tais informações, buscar-se-á traçar linhas referentes a posicionamentos jurídicos a respeito. Para tanto, importante se faz breve histórico na evolução de legislação pertinente, bem como apresentação de interpretação jurisprudencial, embasadas em tópicos correlacionados à Hermenêutica Jurídica (técnicas interpretativas combinadas com fontes de direito viáveis para tanto).

3 UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS DE PESQUISA E TERAPIA: DELIMITAÇÕES HERMENÊUTICAS E JURÍDICAS

Viu-se surgirem em solo pátrio, nos exatos últimos vinte anos, normativas acerca da (im)possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Importante salientar que tais normativas foram expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, pelo Poder Legislativo e, por fim, pelo Poder Judiciário.

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina proíbe o descarte ou destruição dos embriões humanos criopreservados, mesmo com a manifestação expressa de casais sobre seu desinteresse pela preservação destes, a saber:

RESOLUÇÃO Nº 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

[...]

I – PRINCÍPIOS GERAIS

[...]

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

[...]

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

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

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

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

Trata a Resolução 1.358/92 de Recomendação do Conselho Federal de Medicina, não possuindo poder coercitivo (legal) que possa impor sua prática por meio de normas de Poder

Legislativo. Faz-se, necessária, portanto, a elaboração de uma Lei que encampe todas as situações decorrentes da prática de criopreservação e/ou utilização de tais pré-embriões para fins de pesquisa, utilizando-se de suas células-tronco.

Quanto à Legislação Brasileira, a Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, buscou tratar de situações referentes aos avanços da biotecnologia no que tange ao uso de técnicas de engenharia genética e de organismos geneticamente modificados. No que se refere a pré-embriões humanos tal Lei dizia o seguinte:

Art. 13 Constituem crimes as seguintes situações:

I – a manipulação genética de células germinais humanas [...]

III – a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos, destinados a servirem como material genético disponível

Fora o disposto, a primeira lei de Biossegurança não mais tratava sobre outra questão envolvendo pré-embriões humanos, fazendo com que o Ordenamento Jurídico Pátrio buscasse na Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina amparo normativo necessário. Subentende-se que, por motivos sociais/religiosos, não se buscou legislar sobre a possibilidade de utilização de tais vidas para fins de pesquisa, deixando brotar lacuna na Lei.

Em 24 de março de 2005, o Brasil vê surgir e vigorar a segunda Lei de Biossegurança (Lei 11.105). Tal norma trata em seu artigo 5º sobre a destinação dos pré-embriões

criopreservados:

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.

Mesmo havendo referência à utilização de embriões inviáveis ou que passem por período de criopreservação de no mínimo três anos, fora ajuizado pelo Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade no que diz respeito ao conteúdo do artigo ora citado.

Realmente alguns pontos merecem análise. Busca-se respaldo nas Ciências Médicas sobre a inviabilidade de embriões. E quanto ao período de criopreservação de três anos, verifica-se uma busca de uniformização internacional a respeito do prazo

de tolerância.

Todavia, o que se pretendeu com a ADIn 3.510 foi destacar possível antinomia real ante direito à vida, amparado pela Constituição da República Federativa do Brasil, também em seu artigo 5º, *caput*, o qual diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida [...]”.

Algumas ponderações merecem destaque. Para tanto, mister se faz lembrar as teorias de início da vida, tratar das teorias do início da personalidade, bem como analisar questões intrínsecas aos Princípios Gerais de Direito.

O Direito Civil contribui para a discussão sobre o tema com as teorias do início da personalidade. Não há como iniciar tal estudo sem antes destacar o disposto no art. 2º do Código Civil: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Nascituro (latim *nascituru*) é aquele que foi concebido, que há de nascer, está sendo gerado no útero materno. Todavia, com o advento das técnicas de reprodução assistida e demais avanços biotecnológicos, algumas ideias “clássicas” do Direito merecem reanálise.

O Direito privado, quando trata de direitos de personalidade, busca trabalhar e demonstrar diferentes teorias, a saber: concepcionista, natalista, personalidade condicional.

A teoria concepcionista vincula o início da personalidade ao momento da concepção. Mas, considerando-se teorias do

início da vida, quando se dá a concepção? Fecundação (singamia e cariogamia), nidação e formação do tubo neural são momentos diversos.

A teoria natalista, por sua vez, vincula o início da personalidade somente após o nascimento com vida. Cabe ao nascituro tão só expectativas de direito que se concretizarão depois da gestação.

A teoria da personalidade condicional busca mesclar algumas ideias de ambas as teorias já citadas. Para seus adeptos, o nascituro seria sujeito detentor de direitos personalíssimos, como o direito à vida, e ficaria na expectativa do nascimento com vida para a concretização dos direitos patrimoniais.

O que dizer então de pré-embriões criopreservados? Qual o posicionamento a respeito? Poder-se-ia classificá-los como pessoa igual a você? Antes da análise do posicionamento da Corte Suprema, interessante destacar um Princípio Geral de Direito contido na Carta Maior: a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III).

De acordo com tal princípio, a pessoa deve ser sempre considerada como destinatária final de todos os atos humanos e nunca ser utilizada como meio para se conseguir algo.

Vislumbra-se, portanto, outro ponto atacado pela ADIn 3.510: utilização de células-tronco de pessoas “criopreservadas” para fins de pesquisa e terapia, buscando melhoria na qualidade de vida de “outras pessoas”.

Em decisão proferida no dia 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do

art. 5º da Lei 11.105/05, reafirmando que a utilização de células-tronco embrionárias não afrontam o direito à vida, muito menos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Percebe-se a utilização das técnicas interpretativas, sobretudo a sistemática e a teleológica, pois, de acordo com o entendimento da Ministra Ellen Gracie, “o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa”. Não se pode “[...] fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir”, disse o Ministro Joaquim Barbosa. E, para a Ministra Cármen Lúcia, antes utilizar tais pré-embriões para fins de pesquisa que descartá-los, formando, assim “lixo genético” (*on line*).

Busca-se também aqui frisar pensamento proferido pelo Ministro Ayres Britto (Relator), o qual discorre que o “pré-embrião representa uma realidade distinta à da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado”.

Tal entendimento vem de encontro com o disposto em decisão no mês de abril do corrente ano, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em que se buscou interpretar - com o auxílio de todas as técnicas interpretativas apresentadas no estudo em questão - o Direito frente à saúde da mulher e o direito à vida de feto anencéfalo. Ao final, sobressaiu o entendimento da garantia de escolha por parte da gestante.

Percebe-se, portanto, “adoção” da teoria da formação do tubo neural, buscando garantir “direitos” para ambas as partes.

De um lado, pré-embrião devendo ser criopreservado antes da formação dos rudimentos do sistema nervoso central, impedindo, assim, que se torne vida humana viável. De outro, homens e mulheres beneficiados com o desenvolvimento científico e com a possibilidade de “gerar” e escolher quantos filhos desejarem ter, mesmo restando material excedente, tendo por primeiro destino nitrogênio líquido à uma temperatura de -196° C.

4 CONCLUSÕES

Procurou a presente pesquisa, por meio de delimitações éticas, bioéticas e jurídicas – entendendo da importância da interdisciplinariedade no tocante às questões referentes à criopreservação ou utilização de pré-embriões humanos para fins de pesquisa, através de suas células-tronco embrionárias –, ofertar contribuição, sob enfoque da interpretação do Direito.

Leis (bem como demais Fontes de Direito) são elaboradas com uma única finalidade: atingir o bem-comum. Logo, não possuem um fim em si mesmas, mas na coletividade, que, através do Estado Democrático de Direito, afirma sua vontade. Cabe, portanto, à sociedade utilizar-se da balança de valores, ponderando sobre o progresso científico e sobre o direito à vida, ambos direitos amparados constitucionalmente.

Importante afirmar da necessidade do estudo aprofundado de tal assunto, levando-se em consideração a Teoria Tridimensional de Miguel Reale: análise do fato, valoração e normatização. Ensina Reale:

Diríamos que o Direito é como o Rei Midas: s na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais. (2009, p. 22).

Pleno esclarecimento sobre o tema e sobre sua justa aplicação soa como algo utópico. Todavia, o debate é necessário, pois se trata de uma realidade rica em questionamentos e ainda carente de respostas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; Christmann, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito**: uma perspectiva integrada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BEIGUELMAN, Bernardo. Genética e ética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 14 maio 2012.

_____. **Lei 9.263**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em 12 maio 2012.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NAMBA, Edson Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em 01 maio 2012.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.