

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

LUCIANA TRAMONTIN BONHO

**ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DA PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E  
DESTRUIÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTES DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO***

Porto Alegre

2009

**LUCIANA TRAMONTIN BONHO**

**ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DA PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E  
DESTRUIÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTES DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência  
Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

**LUCIANA TRAMONTIN BONHO**

**ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DA PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E  
DESTRUIÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTES DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência  
Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

APROVADA EM 18 DE MARÇO DE 2009.

**BANCA EXAMINADORA:**

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Profa. Dra. Jennifer Braathen Salgueiro

Prof. Dr. Ney Fayet de Souza Júnior

Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

*Dedico esta obra à minha família, que sempre acreditou em mim, aos amigos que me apoiaram e auxiliaram, ao meu marido e aos que me toleraram nos momentos difíceis.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus pela força nos momentos difíceis e por esta grande oportunidade.

Ao professor. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza, pelo excelente suporte intelectual e, também, pelo encorajamento e incentivo recebidos durante a realização deste trabalho e de todo o curso de Mestrado.

Aos professores do curso, em especial ao professor Dr. Nereu Giacomolli, pela atenção e incentivo desde a especialização.

Ao professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet pelas importantes contribuições e sugestões na banca de qualificação.

Ao meu marido, Winston Ponce, pelo apoio e paciência dispensados nesse período.

Aos meus pais e minha irmã pelo incentivo e suporte emocional em todo o curso e sempre.

Aos meus colegas de mestrado, em especial, à Ana Luísa, à Juliana, à Mariana, à Pollyanna, e o Robson, pela colaboração, companheirismo e momentos de descontração.

Às amigas Alexandra, Ana Amélia, Denise, Dinéia, Elisa, Fabianne e Juliana pela torcida, e compreensão nas minhas ausências.

Aos demais colegas, professores e funcionários do PPG em Ciências Criminais da PUC/RS, pela atenção e colaboração durante todo o mestrado.

## RESUMO

O presente trabalho encontra-se vinculado à área de concentração “Sistema Penal e Violência”, e à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”. Nesse sentido, visa analisar os aspectos jurídico-penais dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, iniciando pelo direito constitucional, dissertando sobre os princípios fundamentais envolvidos, como o direito à vida, ao desenvolvimento científico e à reprodução, bem como os aspectos civis dos mesmos e sua natureza jurídica. Frente à identificação do bem jurídico-penal envolvido nas condutas como a produção, a comercialização e a destruição dos embriões excedentes, analisa a legislação existente sobre o tema e procura identificar a existência de bem (s) jurídico (s) tuteláveis. Mediante o estudo dos princípios de política criminal, como a dignidade e necessidade penal e, ainda, o princípio da *ultima ratio*, advoga pela deslegitimação do direito penal na tutela das referidas condutas, haja vista, a possibilidade de que, com igual, ou maior eficácia outros ramos de controle social o façam. Bem como, argumenta que a legislação existente, como a Lei de Biossegurança, protege o embrião *in vitro* de acordo com os ditames constitucionais e em conformidade com a interpretação do Supremo Tribunal Federal referente à constitucionalidade do uso dos referidos embriões para fins de pesquisa, mediante a observação de certos requisitos.

**Palavras-chave:** fertilização *in vitro*. Embriões excedentes. Direito penal. Bem jurídico-penal. Política criminal. (Des) legitimidade.

## ABSTRACT

The present report is linked to concentration area of “Criminal System and Violence”, and to the line of research “Legal-Criminal Systems Contemporaries”. In this way, it aims to analyze the legal-criminal aspects of the exceeding embryos of the fertilization *in vitro*, initiating for the constitutional law, expounding about the involved basic principles, as the right to the life, to the scientific development and the reproduction, as well as their civil aspects and legal nature. Front to the identification of the well-criminal legal involved in the behaviors as the production, the commercialization and the destruction of the exceeding embryos, analyzes the existing legislation on the subject and looks for to identify the existence of well legal guardianship. By means of the study of the principles of criminal politics as the dignity and criminal necessity and, still, the principle of *ultima ratio*, it acts for the unjustify of the criminal law in the guardianship of the related behaviors, in view of the possibility of that, with equal, or greater effectiveness other branches of social control make it. As well as, it argues that the existing legislation, as the Law of Biosecurity, protects the embryo *in vitro* according to the constitutional dictates and in compliance with the interpretation of the Supreme Federal Court about the constitutionality of the use of the related embryos for purposes of research, by means of the observation of certain requirements.

**Key-words:** fertilization *in vitro*. Exceeding embryos. Criminal law. Well-criminal legal. Criminal politics. (In) justify.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>9</b>  |
| <br>  |           |
| <b>1 CAPÍTULO A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA E A FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> .....</b>                    | <b>12</b> |
| 1.1 A RACIONALIDADE CIENTÍFICA E A FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> .....                             | 12        |
| 1.2 A TÉCNICA DA FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> E OS EMBRIÕES EXCEDENTES .....                      | 18        |
| 1.3 AS FASES DO DESENVOLVIMENTO DO EMBRIÃO HUMANO .....   | 31        |
| <b>1.3.1 A fertilização e a concepção</b> .....   | <b>32</b> |
| <b>1.3.2 O período do embrião pré-implantatório</b> .....   | <b>33</b> |
| <b>1.3.3 O período embrionário e a neurulação</b> .....   | <b>34</b> |
| <b>1.3.4 O período fetal</b> .....  | <b>35</b> |
| <br>  |           |
| <b>2 CAPÍTULO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> .....</b>                 | <b>37</b> |
| 2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE CIENTÍFICA E AO DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO .....            | 38        |
| 2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO (ARTIGO 226 § 7º da CF). .....                             | 40        |
| 2.3 O DIREITO À VIDA E O EMBRIÃO <i>IN VITRO</i> .....  | 42        |
| <b>2.3.1 Teorias sobre o início da vida</b> .....   | <b>43</b> |
| 2.3.1.1 <u>Teoria concepcionista</u> .....  | 44        |
| 2.3.1.2 <u>Teoria da nidacão</u> .....  | 47        |
| 2.3.1.3 <u>Teoria do embrião pré-implantatório ou 14º dia</u> .....                               | 49        |
| 2.3.1.4 <u>Teoria da neurulação</u> .....   | 50        |
| 2.3.1.5 <u>Teoria relacional</u> .....  | 52        |
| 2.4 O EMBRIÃO, O CONCEITO DE PESSOA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....                           | 56        |
| 2.5 O DIREITO À VIDA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ..... | 70        |
| 2.6 A DIGNIDADE HUMANA E O EMBRIÃO <i>IN VITRO</i> .....  | 78        |

|          |  |                     |            |
|----------|--|---------------------|------------|
| <b>3</b> | <b>CAPÍTULO ASPECTOS JURÍDICO-PENAI</b>  | <b>DOS EMBRIÕES</b> |            |
|          | <b>EXCEDENTES</b>  |                     | <b>83</b>  |
| 3.1      | O BEM JURÍDICO-PENAL   |                     | 83         |
| 3.1.1    | Teorias sobre o bem jurídico   |                     | 84         |
| 3.1.2    | Conceito de bem jurídico-penal   |                     | 88         |
| 3.1.3    | O(s) bem(ns) jurídico (s) relacionado(s) aos embriões excedentes da fertilização <i>in vitro</i> |                     | 90         |
| 3.1.4    | Titularidade do bem jurídico-penal   |                     | 100        |
| 3.2      | A PRODUÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES PARA FINS DE PESQUISA   |                     | 104        |
| 3.3      | A COMERCIALIZAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES  |                     | 113        |
| 3.4      | A DESTRUIÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES   |                     | 115        |
| 3.5      | A DOAÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTES COMO ALTERNATIVA   |                     | 120        |
| <br>     |  |                     |            |
| <b>4</b> | <b>CAPÍTULO DA (DES) LEGITIMIDADE DE INCRIMINAÇÃO</b>  |                     | <b>130</b> |
| 4.1      | PRINCÍPIOS DE POLÍTICA CRIMINAL  |                     | 130        |
| 4.1.1    | Princípio da Dignidade penal   |                     | 135        |
| 4.1.2    | Princípio da Necessidade penal   |                     | 136        |
| 4.1.3    | Princípio da <i>ultima ratio</i>   |                     | 140        |
| 4.2      | PROJETOS DE LEI  |                     | 144        |
| 4.2.1    | Projeto nº. 1.184/2003   |                     | 144        |
| 4.2.2    | Projeto nº. 1.135/2003   |                     | 147        |
| 4.3      | CONDUTAS QUE ENVOLVEM OS EMBRIÕES EXCEDENTES E A TUTELA PENAL                                    |                     | 151        |
|          | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>  |                     | <b>161</b> |
|          | <br>   |                     |            |
|          | <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>  |                     | <b>167</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho encontra-se vinculado à área de concentração “Sistema Penal e Violência”, e à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”. Assim, na presente pesquisa, procuramos contextualizar o tema dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, com vistas a analisar seus aspectos jurídico-penais.

A ciência tem avançado muito nos últimos séculos, a ponto de que negar os benefícios que a mesma trouxe torna-se uma tarefa complicada. Isso é facilmente observado quando falamos de reprodução assistida e fertilização *in vitro*. Estes métodos possibilitaram com que muitas pessoas que não podiam ter filhos naturalmente os tivessem com o auxílio da ciência.

Porém, é inegável, também, que todo este avanço trouxe consigo questões novas e de difícil solução como é o caso dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*. Para que a técnica da reprodução assistida tenha sucesso, são produzidos mais embriões do que serão implantados na mulher, e caso não se obtenha sucesso na primeira tentativa já se terão embriões fertilizados para que possam novamente ser transferidos, sem que ela tenha que passar por todo o processo de coleta de óvulos novamente.

Dessas afirmações surgem várias questões, éticas e jurídico-penais, que requerem solução e, nesse sentido, problematizamos a presente pesquisa: quais os direitos fundamentais envolvidos neste procedimento? Qual a natureza jurídica dos embriões *in vitro*? A sua produção, a sua comercialização e/ou a sua destruição constituem crime no direito penal brasileiro? Há um bem jurídico-penal tutelável? E ainda, a intervenção penal é legítima?

No Brasil não temos legislação que visa regular, especificadamente, a reprodução assistida. Todavia, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 1.358/92 procura disciplinar eticamente algumas questões importantes envolvidas com a reprodução assistida.

Assim, resta pesquisarmos na legislação vigente se é lícita a produção, a comercialização, a doação e a destruição destes embriões, e, em não o sendo algumas destas práticas, quais seriam os crimes caracterizados. Além disso, com base numa análise da teoria do bem jurídico e dos princípios de política criminal, nos propomos a pesquisar se é legítima ou não a tutela penal dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

No primeiro capítulo será feita uma análise da evolução da ciência com fins a contextualizar as técnicas de reprodução assistida, principalmente a fertilização *in vitro*, a qual será estudada mais detalhadamente, demonstrando a ocorrência dos embriões excedentes, bem como, algumas técnicas auxiliares, como a crioconservação e o diagnóstico pré-implantatório. Serão investigadas, ainda, as fases do desenvolvimento embrionário de um ser humano. Assim, pretendemos abordar temas relacionados à parte técnica e conceitual da fertilização *in vitro* e introduzirmos conceitualmente os embriões excedentes num aspecto mais médico do que jurídico.

No segundo capítulo trataremos sobre os direitos fundamentais envolvidos com a fertilização *in vitro*, principalmente com os embriões excedentes. Assim, serão estudados os direitos fundamentais ao desenvolvimento científico e à reprodução (art. 226 § 7º da Constituição Federal). Além disso, no estudo sobre o direito à vida trataremos sobre as teorias que tentam explicar quando se inicia a vida humana, a maioria de cunho biológico, porém, também, analisaremos a visão filosófica da mesma. Serão estudados na visão do direito civil o conceito de pessoa e os direitos de personalidade no que tange ao embrião. Ainda neste capítulo, será analisado o direito à vida na visão do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgado sobre a constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias. Por fim, trataremos sobre a dignidade humana e o embrião *in vitro*.

Após a visão cível e constitucional dos embriões *in vitro*, no terceiro capítulo pretendemos adentrar nos aspectos jurídico-penais que envolvem os embriões excedentes. Partiremos da identificação do bem jurídico-penal, analisando as teorias e o conceito do bem jurídico, com fins a identificar a existência de bem(ns) jurídico(s) relacionado(s) aos embriões excedentes da fertilização *in vitro* e, também, a

titularidade dos mesmos. Após, analisaremos na legislação vigente, se são criminalizadas a produção dos embriões excedentes para fins de pesquisa, a comercialização e a destruição dos embriões excedentes. Bem como, procuraremos identificar a existência de um bem jurídico penal tutelável nas mesmas. Além disso, estudaremos a doação de embriões excedentes na busca por uma alternativa às demais condutas referidas.

No último capítulo, na busca por argumentos que justifiquem a legitimidade, ou a deslegitimidade, do direito penal na tutela dos embriões excedentes, estudaremos os princípios de política criminal da dignidade penal, da necessidade penal e da *ultima ratio*. Analisaremos, ainda, os Projetos de Lei nº. 1.184/2003 e 1.135/2003 que visam disciplinar as técnicas de reprodução assistida, no intuito de verificar qual o tratamento que os mesmos dispensam aos embriões excedentes da fertilização *in vitro* e se os projetos disciplinam regras e criminalizam condutas em conformidade com o bem jurídico que visam proteger. Por fim, procuraremos destacar se há legitimidade da tutela penal, com base na análise conjunta do bem jurídico-penal que identificamos no terceiro capítulo, discorrendo se o mesmo é digno de tutela penal, se referida tutela é necessária e se a mesma é adequada e eficaz. Estudaremos, ainda, se já há proteção penal para o referido bem jurídico e se tal proteção é efetiva, ou se outros meios de controle social são, ou seriam, mais eficazes, deslegitimando uma tutela penal.

Pretendemos, assim, transdisciplinarmente, discutirmos os diversos aspectos jurídico-penais que envolvam os embriões excedentes da fertilização *in vitro*, no intuito de buscar soluções para os mesmos, respeitando os direitos fundamentais previstos na nossa Constituição Federal e os princípios de política criminal, na busca pela legitimação do direito penal, defendendo sua aplicação somente na tutela dos bens mais fundamentais para o homem.

# 1 A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA E A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

## 1.1 A RACIONALIDADE CIENTÍFICA E A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

O pensamento "esclarecido" no século XVIII foi pautado pela racionalidade, pela crença no progresso do conhecimento e no controle do homem sobre a natureza.

Baumer destaca algumas metas do Iluminismo:

[...] libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra sobre o mundo, da superstição das igrejas (distintas da religião "racional" ou "natural"), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus slogans. No devido tempo se tomaram os slogans da Revolução Francesa.<sup>1</sup>

Nos primórdios do século XVIII, o estudo das humanidades encontrava-se bastante desprestigiado, muito em função do predomínio das concepções descartianas, que relegavam aquela espécie de conhecimento ao status de miscelânea de informações periféricas e de reduzida importância, que não deveriam ocupar muito do tempo dos homens racionais. O conhecimento válido e proveitoso só poderia ser obtido através da aplicação do método enunciado em seu "Discurso" (no qual, aliás, Descartes destila falta de apreço pelas humanidades), reduzindo-se o problema às categorias estanques claras e distintas, e, a partir da resolução do simples, ascendendo-se progressivamente até os problemas mais difíceis, a fim de assim alcançar a verdade. Esta noção de conhecimento verdadeiro encontrava-se fortemente arraigada no modelo matemático, tanto que as humanidades sofreram, à época, sucessivas tentativas de imposição de métodos próprios às ciências naturais exatas, que aos seus objetos eram freqüentemente inadequados. Surge, assim, uma nova forma de verdade, a ditada pela ciência.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O Pensamento Europeu Moderno**: séculos XIX e XX. Tradução de: Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 39-41.

<sup>2</sup> Ibid., idem.

Segundo Santos, “como um modelo global de conhecimento, a nova racionalidade científica é também, um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios e regras metodológicas”.<sup>3</sup> Dessa forma, o senso comum e as humanidades, onde estavam incluídos estudos filosóficos, jurídicos e históricos, eram tidos como não científicos e, portanto não aptos a revelar a verdade. O método experimental científico, ao bem definir e limitar seus objetos, preocupava-se em acumular conhecimentos como forma de planejar e construir o futuro,<sup>4</sup> numa pretensão de substituir os desígnios de Deus, numa aparente substituição da crença teleológica pela crença científica.

Não obstante o desejo de compreender o mundo, as descobertas científicas serviram muito mais para controlá-lo e degradá-lo. Frente à razão instrumental científicista o homem (sujeito do conhecimento) decide que seu conhecimento depende do domínio, controle, exploração da natureza e dos seres humanos.<sup>5</sup> Oportuno comentário de Zilles: “O conhecimento científico opera maravilhas. Aplaina montanhas, desloca rios, mas também destrói florestas, polui águas e divide cidades. Possibilita viagens à lua, e outros planetas, mas também, cria abismos entre as pessoas no campo social”.<sup>6</sup> O progresso alcançado serviu para a produção de armas nucleares, possibilitando ao homem a destruição de seu semelhante num simples toque de botão. Sem deixar de reconhecer os grandes avanços que a ciência possibilitou no campo material, o transporte do método científico para outras áreas do saber veio ditar a desilusão em relação à técnica e à ciência,<sup>7</sup> refletindo a crise do pensamento moderno de cunho científico e totalizante.

Assim,

---

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso Sobre as Ciências**. 13.ed. Porto: Afrontamento, 1990. p. 10.

<sup>4</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **A qualidade do tempo: Para além das aparências históricas**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004. p. 02-3.

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 174.

<sup>6</sup> ZILLES, Urbano. Caráter ético do conhecimento científico. In: SOUZA, Ricardo Timm de (Org.). **Ciência e ética: os grandes desafios**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 157-8.

<sup>7</sup> GAUER, op. cit., p. 03.

pela natureza de seu objeto e pelo alcance de seus métodos, tem a ciência positiva um campo de ação rigorosamente definido. O mundo dos fenômenos: eis o seu objeto. A observação e a experiência: eis os processos de atingi-lo. Com esses instrumentos só lhe é possível determinar as relações de coexistência ou de sucessão dos fatos. As suas leis, com as fórmulas matemáticas que as exprimem, só nos dizem o que é: o que deve ser subtraído à sua alçada.<sup>8</sup>

Como um conhecimento que fechou as portas a muitos outros saberes sobre o mundo, o conhecimento científico moderno tornou-se um conhecimento desencantado e triste que transforma a natureza num autômato. “O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objectivar os fenômenos, os objectualiza e os degrada, quem, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza.”<sup>9</sup>

Outro aspecto que ilustra a crise do paradigma da ciência moderna é apontado por Santos como a perda de auto-regulação da ciência frente ao fenômeno global da industrialização, o qual acarretou um compromisso desta com os centros de poder econômico, social e político que passaram a ter papel decisivo nas definições de prioridades científicas. Argumenta o referido autor que esse fenômeno ocorreu tanto ao nível das aplicações da ciência, como fabricações de armamento militares, por exemplo, quanto ao nível da organização da investigação científica. Este último aspecto produziu como efeitos tanto a estratificação das relações de poder entre cientistas, que se tornaram mais autoritárias e desiguais, proletarizando a categoria, como também, dificultou o acesso de países periféricos a equipamentos raros e caros, aprofundando a desigualdade entre centro e periferia, agora em termos de conhecimento científico e tecnológico.<sup>10</sup>

A biotecnologia pode gerar outro tipo de desigualdade a qual pode ser resumida na frase: “quem detém saber e dinheiro também detém a biotecnologia, e quem detém a biotecnologia é capaz de fazer maravilhas, mas só para certo número de privilegiados”.<sup>11</sup> Em contrapartida, pode-se argumentar que a mesma tecnologia que causa desigualdade pode ser usada para elevar a camada inferior da população

---

<sup>8</sup> FRANCA, Leonel; Pe S. J. **A crise do mundo moderno**. 5.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 215.

<sup>9</sup> SANTOS, op. cit., p. 32.

<sup>10</sup> Ibid., p. 34-5.

<sup>11</sup> MOSER, Antonio. **Biotecnologia e Bioética**. Para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004. p. 426.

como no caso da eugenia patrocinada pelo Estado, tornando a sociedade mais igualitária geneticamente possibilitada pelo uso de melhoramentos genéticos no DNA dos indivíduos.<sup>12</sup>

A concepção contemporânea da ciência está muito distante das visões aristotélica e moderna, nas quais o conhecimento era aceito como científico quando justificado como verdadeiro. Se, “na marcha da civilização a ciência é uma força motriz insubstituível”,<sup>13</sup> o objetivo da ciência deve ser o de criar um mundo cada vez melhor para vivermos, atingindo um conhecimento sistemático e seguro da realidade como um todo, levando em consideração as demais formas de conhecimento que coexistem no mundo complexo atual. O rigor do conhecimento científico o faz perder em riqueza, e o estrondo dos êxitos da intervenção tecnológica esconde “os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano do afã científico assim concebido”.<sup>14</sup>

Faz parte da natureza humana a busca constante pelo conhecimento, mas o modo como este conhecimento é utilizado pelos cientistas e pela sociedade diz respeito a valores éticos, estéticos e políticos. Estas esferas do conhecimento humano não deveriam estar desvinculadas da esfera do pensamento científico. Toda atividade científica é uma atividade humana e como tal pode tanto ser direcionada para o bem como para o mal.

No campo da biotecnologia podemos citar perspectivas tanto boas quanto más, tudo irá depender de como se aplicarão as novas técnicas e quais os limites éticos e jurídicos que serão impostos a elas. Neste sentido, Fukuyama ressalta conseqüências políticas e sociais da revolução biotecnológica já observáveis atualmente, resultantes da neurofarmacologia e do prolongamento da vida,<sup>15</sup> e a necessidade de se repensar até onde queremos que ela chegue e a que preço. O desejo de termos vida longa supera o medo de tê-la somente num aspecto, com boa qualidade física e baixa qualidade mental, por exemplo? Nas palavras do autor: “A

---

<sup>12</sup> FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano**: conseqüências da revolução da biotecnologia. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 167.

<sup>13</sup> FRANCA, op. cit., p. 201.

<sup>14</sup> SANTOS, op. cit., p. 33.

biotecnologia nos confronta com um dilema moral especial, porque quaisquer restrições que possamos ter ao seu progresso precisam ser temperadas com um reconhecimento de sua indiscutível promessa”.<sup>16</sup> Com o avanço da biotecnologia e, principalmente da engenharia genética,<sup>17</sup> é o momento de questionarmos quais os limites éticos da ciência, ponderá-los frente aos direitos fundamentais, como a vida e a dignidade humana e, avaliarmos suas conseqüências sociais. Esses questionamentos são relevantes no intuito de primeiramente, conhecermos, para podermos discutir e analisar quais seus reais efeitos, se serão benéficos ou maléficis, ou se conseguiremos ponderá-los e usufruirmos do que a ciência possa nos beneficiar tentando evitar que nos cause danos.

Na opinião de Santos, a ciência e as demais inovações teóricas têm proporcionado uma profunda reflexão epistemológica sobre o conhecimento científico, que se assenta em duas facetas sociológicas importantes. A primeira é feita pelos próprios cientistas, isto é, os cientistas estão se dotando de interesse filosófico, pelo que refletem sobre a própria ciência, sendo lícito afirmar a existência, atualmente, de muitos “cientistas-filósofos”. A segunda faceta de análise assenta-se em questões de caráter sociológico, antes deixadas a cargo somente dos sociólogos, como são as análises dos contextos socioculturais, e a análise dos modelos organizacionais da investigação científica, que na atualidade ocupam um relevante papel na reflexão epistemológica.<sup>18</sup>

Partindo da constatação de que, nunca como no presente, a ciência, de um modo geral, e suas derivações aplicadas, gozaram de tal preponderância institucional na vida dos indivíduos, povos e sociedades, hoje mais do que nunca interligados pelas cadeias invisíveis da comunicação e da globalização, defende Souza<sup>19</sup> a necessidade de uma justificação ética da ciência, haja vista, que hoje, a

---

<sup>15</sup> FUKUYAMA, op. cit., p. 53-83.

<sup>16</sup> FUKUYAMA, op. cit., p. 95.

<sup>17</sup> Engenharia Genética atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante. Definição dada pela Lei de Biossegurança (11.105/05) em seu art. 3, IV. O objetivo é de introduzir novas características num ser vivo para aumentar a sua utilidade. Através do Projeto Genoma Humano houve o mapeamento e o sequenciamento dos mais de 80 mil genes que se calcula existirem no DNA humano.

<sup>18</sup> SANTOS, op.cit., p. 30.

<sup>19</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. As bases éticas da responsabilidade intelectual. In: SOUZA, Ricardo Timm de (Org.). **Ciência e ética: os grandes desafios**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 143-4.

mesma, não se justifica mais por si só, frente a sua responsabilidade na subsistência e na sustentabilidade do planeta.

Dentre as diversas áreas da evolução do conhecimento científico, a biomedicina trouxe avanços consideráveis nos últimos tempos, principalmente com as técnicas de reprodução assistida. Inobstante as diretrizes e os limites éticos a que as técnicas devam se ater, seus benefícios nessa área são incontestáveis.

#### Segundo Lema Añón:

La ciencia y la tecnología se introducen tanto en los procesos productivos como en la vida diaria. Por un lado, los avances científicos se traducen tarde o temprano en aplicaciones prácticas. Pero además, las actividades tradicionalmente guiadas por la práctica, la habilidad o un sentido común especial ligado a esa actividad (desde la agricultura hasta en cierto modo la medicina) se ven penetradas por una tecnología cada vez más sofisticada.<sup>20</sup>

Essa sofisticação científica é perfeitamente observada nas técnicas de reprodução assistida, que cada vez mais facilmente estão ao alcance de pessoas comuns, traduzindo-se como tecnologia que facilita e melhora a qualidade de vida do ser humano em circunstâncias que antes lhes traziam grandes frustrações, como o fato de não poderem, em alguns casos, procriar naturalmente.

A descoberta dos métodos contraceptivos possibilitou ao homem exercer o controle sobre a natureza no adiamento e planejamento do projeto de filiação. Mas somente com as técnicas de reprodução assistida é que se pode contornar o problema da infertilidade, que tão gravemente comprometia a vida conjugal desses casais.<sup>21</sup> Embora muito úteis e de acesso cada vez mais facilitado, as técnicas de reprodução assistida não ficam imunes a críticas de diversos setores, como igreja, por exemplo. Sua utilização gera questionamentos morais, religiosos e jurídicos, sob vários aspectos. Descreveremos as técnicas no intuito de introduzir a problemática dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, objeto de análise mais aprofundada pela presente pesquisa.

---

<sup>20</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. **Reproducción, poder y derecho**. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 21.

<sup>21</sup> VASCONCELOS, op. cit., p. 10-1.

## 1.2 A TÉCNICA DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E OS EMBRIÕES EXCEDENTES

A biotecnociência, através das técnicas de reprodução medicamente assistida, possibilita aos casais que não podem ter filhos naturalmente, que os tenham com o auxílio da ciência. As referidas técnicas podem ser divididas em duas: inseminação artificial e fertilização *in vitro*.

Quanto à denominação, ressalta-se ser inadequado o termo “fecundação artificial” para descrever as técnicas de reprodução assistida, pois a fecundação nada tem de artificial. Na verdade, artificiais são os meios, ou técnicas, para se obter a fecundação e não esta em si, que é sempre natural.<sup>22</sup>

Entende-se por inseminação artificial a obtenção da fecundação, que é sempre natural, por processos mecânicos e com utilização de recursos médicos, através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem ocorrência do ato sexual. A inseminação artificial é intracorpórea, ou seja, não implica na retirada do óvulo da mulher, ocorrendo a fecundação no próprio organismo feminino.<sup>23</sup> A técnica representa um auxílio dentro do processo natural de fecundação humana.<sup>24</sup>

A inseminação artificial consiste na introdução de sêmen nos órgãos genitais femininos, facilitando o encontro dos gametas femininos e masculinos necessários à fecundação, sendo que o material genético tanto pode ser do casal como de um deles ou de um doador. No primeiro caso, temos a inseminação homóloga e no segundo, a inseminação heteróloga. Somente a título de informação, visando delimitar o tema proposto, ressaltamos que quanto à reprodução homóloga não se vislumbram problemas éticos e jurídicos, porém, a heteróloga requer um tratamento

---

<sup>22</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 36.

<sup>23</sup> *Ibid.*, *idem*.

<sup>24</sup> SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito *in vitro*: da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 76.

especial frente ao fato de existir um doador. Porém, a inseminação artificial não é o objeto da presente pesquisa.<sup>25</sup>

A fertilização *in vitro* (FIV), por sua vez, consiste na reprodução em laboratório do processo de fecundação do óvulo, e sendo exitosa a fertilização, ele é transferido à mulher. Consoante o entendimento de Silva, a fertilização *in vitro* consiste na

técnica de procriação assistida mediante a qual se reúnem, extracorporeamente, numa placa de 'petri' ou num tubo de ensaio, o material genético masculino e o material genético feminino, propiciando a fecundação e a formação do ovo, cuja introdução no útero da mulher dar-se-á após iniciada a divisão celular.<sup>26</sup>

As hipóteses incidentes para a utilização da fertilização *in vitro* são quatro: a) a doação do óvulo; b) a doação do esperma; c) a doação do embrião; d) o empréstimo do útero. A doação de óvulo ainda é inviável frente à falta de técnica apurada para a preservação do mesmo sem deterioração no momento do descongelamento. O empréstimo do útero é necessário quando o problema da infertilidade se soma à incapacidade da gestação.<sup>27</sup>

O primeiro passo na técnica de fertilização *in vitro* consiste na indução da ovulação com o intuito de aumentar o número de óvulos a se obter. Naturalmente, a mulher libera somente um óvulo por ovulação; com a indução procura-se aumentar esse número para, automaticamente, aumentarem-se as probabilidades de obtenção de embriões. A superestimulação ovariana é conseguida com a administração de hormônios que provocam o crescimento de vários folículos contendo óvulos.<sup>28</sup> Dentre os vários problemas colaterais que a hiperovulação pode causar, podemos

---

<sup>25</sup> Sobre esse assunto vide: BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 46 e ss.

<sup>26</sup> SILVA, Reinaldo Pereira. Análise bioética das técnicas de procriação assistida. In: CARLIN, Volnei Ivo (Coord.). **Ética e bioética: novo direito e ciências médicas**. Florianópolis: Ed. Terceiro Milênio, 1998. p. 127.

<sup>27</sup> VASCONCELOS, op.cit., p. 17-8.

<sup>28</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

citar o hiperestímulo ovariano, trombose, agravamento do hipotireoidismo e aumento das chances de câncer de ovário.<sup>29</sup>

A coleta dos óvulos é feita por punção, que consiste numa técnica realizada sob controle ecográfico, a agulha de aspiração atravessa o abdômen e a bexiga, o fundo da vagina ou a uretra. Com a ecografia, a punção realiza-se de forma menos traumática para a mulher, com leve anestesia e com curta duração. O conteúdo dos folículos (óvulos e fluído folicular) é aspirado pela seringa e imediatamente levado ao laboratório.<sup>30</sup>

Os espermatozoides são facilmente obtidos pela masturbação. Após a coleta, os espermatozoides são colocados a liquefazerem-se durante 20 minutos em temperatura ambiente, sendo que, para permanecerem fecundantes devem ser extraídos do líquido seminal, o qual tem a propriedade de impedir que os espermatozoides sofram modificações morfológicas. Os mais aptos à fecundação são então recolhidos.<sup>31</sup>

Após a obtenção dos gametas femininos e masculinos, a fertilização é feita em laboratório, num meio de cultivo que imita as condições naturais. Antes das vinte e quatro horas seguintes, os óvulos são tirados do meio para verificar se foram fertilizados, em caso positivo o zigoto é transferido a um meio de crescimento, onde se produzirá a divisão celular.<sup>32</sup> Assim, dezesseis horas depois da fertilização ocorre a fusão dos pronúcleos, configurando-se biologicamente a sigamia, ou seja, a união dos gametas masculinos e feminino, iniciando-se a reprodução celular e a formação de um novo ser humano. Atingido o estágio de duas ou mais células estará formado o embrião.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> CARVALHO, Michelli Rosa de; SOUZA, Diogo Espíndola de; CURI, Patrícia de Oliveira França. Bioética: uma abordagem crítica sobre a fertilização *in vitro*. **Opinio Verbis**, v.2, n.1, Jan./jun., 2005. p. 56.

<sup>30</sup> LEITE, op. cit., p. 45.

<sup>31</sup> Ibid., p. 46-7.

<sup>32</sup> LEMA AÑÓN, op. cit., p. 42.

<sup>33</sup> BARBOZA, op. cit., p. 74.

Entre trinta e seis a quarenta horas após a punção, realiza-se a transferência do embrião ao útero.<sup>34</sup> Não há consenso quanto à fase de desenvolvimento ideal para a transferência do embrião ao útero, variando de duas a quatro<sup>35</sup> ou de duas a oito células,<sup>36</sup> denominadas blastômeros. Os embriões são transferidos para o útero através de cateter especial com monitoramento ultra-sonográfico transabdominal; em geral o procedimento é indolor.

Os gametas fertilizados *in vitro* e sua posterior transferência para as trompas de Falópio determinam a técnica chamada FIVETE que poderá ocorrer das seguintes formas: PROST (*Pro Nuclear Stage Transfer*), quando a transferência ocorrer mediante a constatação da existência do pró-núcleo, por volta das 12 às 18 horas após a fertilização; ZIFT (*Zygote Intra Falopian Transfer*) e a TEST (*Tubal Embryo Stage Transfer*) cujas transferências ocorrem após um tempo maior que a anterior visando a uma maior divisão celular do embrião (de duas a oito células).<sup>37</sup> Existem outras denominações como: GIFT (*Gamet intra-falopian transfer*) transferência intra-uterina de gameta e ZIFT (*Zigot intra-falopian tranfer*) transferência intra-tubária de zigotos.<sup>38</sup>

O embrião tem capacidade de desenvolver-se *in vitro*, ou fora do corpo da mulher por no máximo seis a sete dias, mas não mais por falta de material epigenômicos<sup>39</sup> que o meio de cultura laboratorial não pode ainda fornecer. Não há embriões *in vitro* com 14 dias, por exemplo.<sup>40</sup>

Uma questão problemática é o numero de embriões a serem transferidos para que a gravidez tenha sucesso, sem pôr em risco a vida da gestante. As chances de a técnica resultar em gravidez são muito baixas, por isso são feitas transferências múltiplas. Normalmente, são transferidos de três a quatro embriões para a mulher para que a técnica tenha sucesso, ou seja, que resulte em gravidez.

---

<sup>34</sup> LEMA AÑÓN, op.cit., p. 42.

<sup>35</sup> BALDA, José Antonio Ruiz. Aspectos científicos de la fecundación *in vitro*. In: GAFO, J. (Ed.) **Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales**. Madrid: Comillas, 1998. p. 54.

<sup>36</sup> BARBOZA, op. cit., p. 75.

<sup>37</sup> VASCONCELOS, op.cit., p. 23.

<sup>38</sup> SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., p. 79.

<sup>39</sup> Que se formam posteriormente.

<sup>40</sup> CARVALHO, op.cit., p. 57.

Acima desse número, aumentam consideravelmente os riscos de ocorrer gestação múltipla, gravidez ectópica (gravidez na trompa, no ovário ou no abdômen) ou perda do nascituro.<sup>41</sup>

Além disso, ao se utilizar a técnica de fertilização *in vitro* não há como se ter certeza de que o ovo obteve o desenvolvimento necessário, ou seja, de que, sendo implantado, é apto para sobreviver. Por isso, são fecundados vários óvulos, sendo que apenas aqueles que se apresentarem em melhores condições, serão implantados no útero, bem como são produzidos um número de embriões excedentes ao necessário à primeira transferência para a hipótese de a gravidez não ocorrer e serem necessárias novas tentativas.<sup>42</sup>

A Resolução 1.358/92 do CFM, para limitar os riscos de gravidez múltipla, no item I-6, orienta a transferência de, no máximo, quatro embriões, *in verbis*: “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”. Em caso de gravidez múltipla, a Resolução proíbe a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.<sup>43</sup>

A questão crucial que surge da fertilização *in vitro*, como referido, é a produção de embriões excedentários/excedentes/sobrantes, todos aptos a serem implantados em útero e se desenvolverem. Embora existam perspectivas de que futuramente somente se produzirão embriões em número necessário ao sucesso da técnica, ou seja, um embrião para cada gravidez, que será alcançado mais facilmente, até então o problema persiste e requer solução, pois os embriões ainda são produzidos em grande quantidade.

Iniciamos a análise dos embriões excedentes pelas técnicas auxiliares da fertilização *in vitro*, como a crioconservação que não resolve o problema, somente o adia, e pelo diagnóstico pré-implantatório, além do que analisaremos a possibilidade

---

<sup>41</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Reprodução Humana Assistida: Aspectos Jurídico-Penais. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 116.

<sup>42</sup> LORENTZ, Joaquim Toledo. O Início da Vida Humana. In: DE SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte. Del Rey, 2002. p 333.

da seleção de sexo. Ambas as técnicas auxiliares referidas terão importância quando analisarmos os aspectos jurídico-penais da produção e da destruição dos embriões excedentes, pois o diagnóstico pré-implantatório e a seleção de sexo poderão descartar embriões, gerando um número excedente ao que será implantado, e em decorrência do congelamento poderá ocorrer a destruição do embrião, bem como o seu descarte por desinteresse dos genitores.

Como já referido, os embriões sobranes são congelados e armazenados para uma futura gravidez, que pode ou não vir a ocorrer. A maioria dos centros de Fertilização *In Vitro* (FIV) congelam embriões excedentes para que, no caso de não ocorrer a gravidez no ciclo a fresco, estas mulheres possam realizar a transferência dos embriões criopreservados, sem se submeter à nova estimulação ovariana e aspiração folicular. Sendo assim, acaba-se fertilizando um número maior de oócitos e criopreservando os embriões que não são transferidos. Mesmo quando se consegue a gravidez no ciclo a fresco, estes embriões podem ser utilizados para uma gravidez subsequente.

Quanto ao tema, a Resolução 1.358/92 do CFM prevê a crioconservação dos embriões excedentes, *in verbis*:

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.

Com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, a criobiologia<sup>44</sup> passou a despertar grande interesse, pois exerce papel essencial na manutenção da fertilidade. Participam diretamente na criopreservação, espermatozóides, óvulos, embriões, tecidos testiculares e ovarianos. A crioconservação tem como principal objetivo: manter a integridade estrutural e a

---

<sup>43</sup> Inciso, item 7.

<sup>44</sup> A palavra "criobiologia" tem origem do termo grego "kruos" (exprime a idéia de frio) e é definida como o estudo da vida a temperatura extremamente baixa e significa preservar células, guardando-as a baixas temperaturas.

viabilidade celular após submeter essas células a baixas temperaturas por um determinado período. A criopreservação de espermatozoides tem obtido grande sucesso; desde os anos setenta tornou-se técnica rotineira, fazendo surgir os denominados “bancos de sêmen”. Porém, o mesmo sucesso não ocorre com os óvulos,<sup>45</sup> isso acontece pelo fato da fina membrana que o recobre ser facilmente danificada durante o processo de congelamento. Além do que, os óvulos são células muito grandes e que contêm muita água, favorecendo a formação de cristais de gelo durante o congelamento. A falha no congelamento pode criar anomalias genéticas tanto físicas quanto químicas no embrião, que inviabiliza sua utilização. Tem-se, também, como argumento desfavorável ao congelamento de óvulos, a dificuldade para a mulher obtê-los para posterior formação de “banco de óvulos”. Assim, dá-se preferência para a fertilização *in vitro* e, após, o congelamento do embrião.<sup>46</sup>

A criopreservação de gametas e de embriões consiste na sua exposição a crioprotetores, desidratação e sujeição a temperaturas muito baixas (geralmente recorrendo a azoto líquido, obtendo-se temperaturas abaixo dos -196 °C) para que toda a atividade metabólica seja interrompida. Duas são as técnicas para tanto: a primeira utiliza-se de crioprotetores que reduzem a quantidade de água intramolecular dos conceptos, em seguida submete-os a um congelamento prévio a -10° C, por fim, ocorre o armazenamento em nitrogênio líquido (-196°); a segunda resulta da exposição dos conceptos a soluções crioprotetoras de alta concentração e imediatamente submete-os ao nitrogênio líquido, num processo chamado vitrificação, onde a água transforma-se num vidro não cristalizado.<sup>47</sup>

O potencial de implantação de embriões congelados em estágios iniciais do desenvolvimento (dias 2 e 3) está diretamente relacionado à taxa de sobrevivência dos blastômeros, ou seja, embriões intactos que após os processos de

---

<sup>45</sup> Embora o congelamento de óvulos tenha evoluído muito nos últimos anos os resultados são considerados baixos pelos cientistas e não justificam o uso indiscriminado. BADALOTTI, Mariângela. Uso de embriões humanos na clínica e na pesquisa. In: KIPPER, Délio; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (orgs). **Ética em Pesquisa: reflexões**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 89

<sup>46</sup> LEMA AÑÓN, op.cit., p. 55-9.

<sup>47</sup> SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 65.

congelamento e reexpansão têm o mesmo potencial de implantação de embriões frescos. É a perda de blastômeros nestes processos que diminui este potencial.<sup>48</sup>

Neste contexto, Landman,<sup>49</sup> citado por Barboza, refere que, embora reconheça ser o congelamento de embriões um complemento eficaz da fertilização *in vitro*, já que permite a escolha do oportuno tempo da transferência, bem como novas tentativas se frustrada a primeira, observa que existem dois problemas: o primeiro, o risco para o embrião, não pelo congelamento, mas pela manipulação térmica; o segundo, ético-legal, em face da possibilidade de manter o embrião vivo indefinidamente, mesmo fora do organismo materno e como ser autônomo passível de sobrevida ou de destruição.

Na fertilização *in vitro* temos a criopreservação de embriões num estágio muito precoce, surgindo um problema terminológico na utilização do vocábulo *embrião*.<sup>50</sup> Sobre esta questão Nys assevera que:

Antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se “zigoto”. O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero, até oito semanas após a fecundação; a partir da nona semana começa a ser denominado feto, tendo essa designação até nascer. Portanto, a rigor, até os primeiros quatorze dias após a fertilização, temos o zigoto, denominado na legislação espanhola “pré-embrião”, designação que causa controvérsia por induzir uma diminuição da condição humana da entidade em desenvolvimento.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> DH, Edgar; H, Bourne, AL, Speirs; JC McBain. **A quantitative analysis of the impact of cryopreservation on the implantation potential of human early cleavage stage embryos**. Hum Reprod. 2000;15(1): 175-9.

<sup>49</sup> LANDMAN, Jayme. Apud BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 78-9.

<sup>50</sup> Alguns autores não diferenciam “pré-embrião” de “embrião”, entendendo o embrião como o estágio vital humano que se inicia na fecundação do óvulo pelo espermatozóide e vai até o terceiro mês de gestação quando passa a se chamar feto. Dentre eles. O termo pré-embrião está previsto no Relatório de Warnock e é adotado pela Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina. Dentre os autores que não usam o termo pré-embrião podemos citar: SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002, p. 89 e SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Reprodução Humana Assistida: Aspectos Jurídico-Penais. In: **Sistema penal e violência**. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117. Não diferenciaremos por nome, por enquanto, as fases do embrião *in vitro*.

<sup>51</sup> NYS, Herman. Apud BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 537.

Como as técnicas de reprodução assistida vêm tomando um lugar cada vez maior, a tendência é ainda é o aumento do número de embriões congelados. Dessa forma, vários óvulos fecundados que não foram implantados no útero da mulher, ou seja, embriões, permanecem congelados nos laboratórios de todo o mundo aguardando o resultado da primeira tentativa de se ter um filho. Para se ter uma idéia, apenas na França, no ano de 1997, existiam mais de 10.000 embriões congelados sem destino definido.<sup>52</sup>

Apesar de a crioconservação auxiliar a fertilização *in vitro*, a mesma não resolve o problema da superpopulação de embriões criopreservados. Não se sabe ao certo por quanto tempo eles podem permanecer congelados sem perder a viabilidade. Atualmente, o prazo máximo para que os embriões permaneçam crioconservados é de no máximo 5 anos, no Brasil a orientação é de 3 anos.<sup>53</sup>

Sendo assim, a existência de embriões congelados é uma realidade tanto no Brasil, quanto no exterior. E o problema que se apresenta desta situação fática é o destino dos mesmos após determinado período de congelamento, uma vez que

[...] a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação destes a outros casais, e são inadimplentes, com as taxas de manutenção. Observam-se, atualmente, centenas de embriões, talvez milhares, abandonados em clínicas de FIV, sem destino definido.<sup>54</sup>

A Resolução 1.358/92 do CFM destaca que, 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.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo de. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1997. p. 223.

<sup>53</sup> A obtenção do prazo é por interpretação do artigo 5º, II, da Lei 11.105/2005, que prevê o prazo de 3 anos de congelamento para a utilização de embriões para pesquisa.

<sup>54</sup> ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Consideração sobre o congelamento de embriões. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 243.

Deste ponto, surgem várias questões éticas, principiológicas e jurídicas que envolvem os embriões excedentes e que requerem análise. Atualmente, vislumbram-se quatro destinos para os embriões excedentes: a) serem descartados, b) serem doados para casais ou mulheres inférteis, c) serem utilizados para fins comerciais ou industriais, d) serem utilizados para pesquisa, os quais pretendemos analisar no desenvolver do presente trabalho.

Antes, porém, são oportunas algumas considerações sobre o diagnóstico pré-implantatório, uma técnica auxiliar da fertilização *in vitro*.

O diagnóstico pré-implantatório consiste na análise das células coletadas do embrião *in vitro* mediante sua ampliação em laboratório utilizando técnicas de biologia molecular para a reprodução de seqüências genéticas. Assim, é possível analisar as células que rodeiam o óvulo, as células que compõem o interior do óvulo e também extrair-se uma célula do próprio embrião.<sup>56</sup> No momento, só é possível detectar-se doenças e não o seu tratamento, de forma que o embrião com algum problema poderá ser descartado, em detrimento de outro saudável.

A Resolução 1.358/92 do CFM determina que toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. Além disso, toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro*, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.<sup>57</sup>

A seleção do embrião a ser implantado é feita naturalmente na fertilização *in vitro*, objetivando o maior sucesso da técnica, assim dos embriões obtidos não são implantados os menos viáveis e com desenvolvimento deficiente,<sup>58</sup> privilegiando-se os que têm melhores condições de desenvolverem-se e tornarem-se bebês

---

<sup>55</sup> Inciso V, item 3.

<sup>56</sup> LEMA AÑÓN, op.cit., p. 64.

<sup>57</sup> Inciso VI-1 e 2.

<sup>58</sup> GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 109.

saudáveis. Já é possível a detecção de mais de cinco mil doenças hereditárias no embrião decorrentes de modificações de genes normais por genes anormais nos cromossomos. Pelos princípios da genética mendeliana é possível se fazer o cálculo da probabilidade de duas pessoas virem a ter filhos com problemas genéticos.<sup>59</sup>

O diagnóstico pré-implantatório é realizado como uma biópsia embrionária mediante a retirada de um ou mais blastômeros que serão posteriormente analisados para a detecção de alterações genéticas. Para o sucesso dessa técnica é preciso obedecer a alguns pontos, tais como: o blastômero removido deve estar intacto e apropriado para o procedimento de diagnóstico; embrião biopsiado deve manter o potencial para desenvolver-se e implantar-se dentro do endométrio. Os embriões mais indicados para o diagnóstico de pré-implantação são os embriões em divisão celular com 8 células. Inúmeros estudos demonstram que um embrião com 8 células, biopsiado, tem o mesmo potencial de um embrião não-biopsiado de chegar ao estágio de blastocisto, após dois ou três dias em cultura *in vitro*.<sup>60</sup>

A enumeração da composição cromossômica pode ser conseguida através da FISH (*fluorescent "in situ" hybridization*), permitindo, assim, a determinação da ploidia exata do pré-embrião concomitante com o diagnóstico de certas aneuploidias mais comuns. A FISH pode ser também usada para detectar anomalias cromossômicas estruturais em casos de translocações balanceadas; defeitos genéticos envolvendo um único gene (tais como fibrose cística, anemia falciforme, doença de Tay-Sachs) e outras doenças comuns com alterações genéticas podem ser detectadas pela PCR (*Polymerase Chain Reaction*).<sup>61</sup>

Fukuyama denomina o bebê do futuro, gerado pelo avanço da biotecnologia, de "bebê de prancheta", ou seja, após a identificação de um gene para cada característica, será possível gerar uma criança que teve escolhidas anteriormente características como inteligência, altura, cor dos olhos, agressão ou auto-estima.<sup>62</sup> Se isso um dia será possível não se tem uma resposta definitiva, mas com o avanço

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 170.

<sup>60</sup> ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. **Bioética**, v.9, n.2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2001. p. 20-1.

<sup>61</sup> Ibid., p. 21.

<sup>62</sup> FUKUYAMA, op.cit., p. 88.

veloz da tecnologia a possibilidade é grande, basta questionarmos os limites éticos para tanto, bem como as possibilidades frente aos direitos fundamentais do ser humano.

Nesse sentido, Habermas ressalta que:

[...] um dia quando os adultos passarem a considerar a composição genética desejável dos seus descendentes como um produto que pode ser moldado e, para tanto, elaborarem um *design* que lhes pareça apropriado, eles estarão exercendo sobre seus produtos geneticamente manipulados uma espécie de disposição que interfere nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de outra pessoa e que, conforme pareceu até agora, só poderia ser exercida sobre objetos, e não sobre pessoas. [...] Essa nova estrutura de imputação resulta da confusão de limites entre pessoas e coisas [...].<sup>63</sup>

É importante ressaltar que muitas doenças genéticas podem ser identificadas pelos cromossomos X e Y, sendo que algumas correspondem a defeitos transmitidos para mulheres e outras para homens, tendo em vista que o que identifica o sexo do bebê é o cromossomo X nas mulheres e Y nos homens. O cromossomo X é responsável por doenças como a miopatia de Duchenne e a hemofilia que são transmitidas pela mãe para o filho, o que inviabilizaria a implantação de embriões do sexo masculino em mulheres portadoras desses genes.<sup>64</sup>

Neste sentido, a seleção de sexo pode ser utilizada para fins terapêuticos, o que não acarreta tantos questionamentos éticos. Porém, a possibilidade de selecionar-se o sexo do bebê em desprezo do outro poderá gerar a destruição dos rejeitados pela simples exclusão. A tendência de quem recorre à fertilização *in vitro* é também escolher o sexo do filho. Nas clínicas, os pais decidem, não obstante as questões éticas, religiosas e demográficas, quase com 100% de acerto, o sexo do futuro filho. Esse desejo remonta à antiguidade e perdura em diversas culturas até hoje.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 19.

<sup>64</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 169-70.

<sup>65</sup> BADALOTTI, Mariângela. Seleção de sexo: aspectos médicos e biológicos. In: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Coords.). **Seleção de Sexo e Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 16-7.

A seleção de sexo é viabilizada pela separação de espermatozóides X e Y através de duas técnicas, possíveis na reprodução assistida, denominadas de Preparo Seminal, que toma por base as características físicas e cinéticas do espermatozóide, e a Citometria de Fluxo, que os diferencia pelas suas características nucleares. O Preparo Seminal reúne algumas técnicas laboratoriais: filtragem em gradiente de albumina e separação em gradiente de Percoll. A eficiência e a reprodutibilidade das técnicas são controversas tendo taxas de acerto em 80% do casos. A Citometria de Fluxo é realizada mediante separação dos espermatozóides com base na diferença do DNA nuclear evidenciado por um corante. O índice de acerto fica em torno dos 90%.<sup>66</sup>

O sexo de um pré-embrião pode ser determinado através da FISH (*fluorescent "in situ" hybridization*) usando "*probes*" específicos para os cromossomos X ou Y do espermatozóide. Dessa forma, doenças ligadas ao sexo podem ser determinadas e evitadas.<sup>67</sup> Além do desejo de evitar-se doenças genéticas, a seleção de sexo pode ser solicitada por razões culturais, sociais, econômicas e pessoais, que levam a preferir um dos sexos em relação ao outro.<sup>68</sup> Porém, a escolha de um filho pelo sexo pode causar problemas demográficos e discriminatórios e, pelo menos, suscitar questionamentos éticos.

Do ponto de vista bioético, a seleção de sexo é condenada, pois reflete um meio de discriminação sexual. Embora possa parecer um desejo inocente, a escolha do sexo reflete basicamente uma forma de sexismo.<sup>69</sup> Além disso, acaba por "promover uma imagem estereotipada dos sexos, podendo criar dificuldades no desenvolvimento posterior da criança e do adolescente se não responde ao sonho ou projeto criado pelos pais."<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> BADALOTTI, op. cit., p. 19-20.

<sup>67</sup> ABDELMASSIH, op. cit., p. 21

<sup>68</sup> BADALOTTI, op. cit., p. 14.

<sup>69</sup> PETRACO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana. Bioética e Reprodução Assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.04.

<sup>70</sup> CLOTET, Joaquim. Seleção de sexo em reprodução humana: aspectos éticos. In: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Coords.). **Seleção de Sexo e Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 30.

Sporleder de Souza divide a seleção de sexo em dois tipos: a pré-conceptiva, onde há a seleção de espermatozóide, já exposta anteriormente, e a seleção de sexo pré-implantatória, onde há a seleção de embriões.<sup>71</sup>

A segunda técnica tem reflexo direto no tema proposto na presente pesquisa, pois implica no descarte dos embriões excedentes resultantes da própria seleção de sexo. Ou seja, ao se preferir um sexo em detrimento do outro resultará na rejeição e/ou aniquilamento dos embriões que não forem escolhidos.<sup>72</sup>

O diagnóstico pré-implantatório e a seleção de sexo abrem caminho para a eugenia,<sup>73</sup> possibilitando não somente ter filhos, vencendo várias formas de esterilidade, mas também, ter-se o filho que se deseja e conforme se deseja,<sup>74</sup> escolhendo as características dos mesmos previamente. A engenharia genética do futuro possibilita questionarmos de antemão se poderemos buscar melhoramentos na humanidade, como altura, inteligência, bem como se eles trarão somente benefícios ou se estaremos preparados para os malefícios que poderão causar à dignidade do homem como a discriminação genética, por exemplo, e quanto isso refletirá na modificação dos padrões genéticos da humanidade.

### 1.3 AS FASES DO DESENVOLVIMENTO DO EMBRIÃO HUMANO

Faz-se necessário, para que se possa prosseguir na análise das questões que envolvem os embriões excedentes da fertilização *in vitro*, esclarecer alguns conceitos e fases do desenvolvimento biológico do embrião humano.

---

<sup>71</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Seleção de sexo: aspectos jurídico-penais. In: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Coords.). **Seleção de Sexo e Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 71.

<sup>72</sup> CLOTET, op. cit., p. 29.

<sup>73</sup> Eugenia é a ciência responsável pelo estudo das condições mais propícias à reprodução e ao melhoramento da humanidade.

### 1.3.1 A fertilização e a concepção

Antes de unirem-se para formar um novo ser, tanto as células germinativas femininas quanto masculinas, sofrem um intenso processo de amadurecimento chamado gametogênese. As células masculinas sofrem um processo bioquímico e morfológico chamado espermatogênese, que consiste de início na perda de quase todo o seu citoplasma, passando a ter uma composição bastante pequena formada de cabeça, colo e cauda. É na cabeça que se encontra o núcleo com complementação cromossômica. Quanto às células femininas, o processo chama-se ovogênese e consiste no aumento da quantidade de seu citoplasma e de seu tamanho.<sup>75</sup>

Os gametas possuem 23 pares de cromossomos haplóide ou “n”, que ao se unirem se fundem compondo 46 cromossomos diplóides ou “2n” do zigoto. Após a fertilização, ocorre a concepção, ou seja, o processo de união dos gametas femininos e masculinos, originando o zigoto. Assim, no primeiro dia após a fertilização, dois grandes eventos ocorrem: a) os pronúcleos materno e paterno se aproximam e se fundem (concepção); e b) o zigoto se divide em duas novas células, conhecidas como blastômeros, idênticas, dando origem ao processo da clivagem, que tem duração de quatro dias. A clivagem do zigoto consiste numa série de divisões mitóticas e normalmente ocorre durante a travessia da tuba uterina, ou trompa de falópio, ao útero.<sup>76</sup>

Três dias após a concepção, forma-se a mórula que nada mais é do que a agregação de doze ou mais blastômeros. A mórula é empurrada pelas contrações dos cílios da parede da tuba uterina em direção ao útero.<sup>77</sup> Ocorrendo a penetração da mórula no útero surgem espaçamentos entre os blastômeros centrais que cheios

---

<sup>74</sup> GUIMARÃES, op. cit., 1999. p. 114.

<sup>75</sup> GARCIA, Sônia Maria Lauer; FERNANDEZ, Casimiro Garcia. **Embriologia**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2006. p. 49-68.

<sup>76</sup> SILVA, op. cit., p. 38.

<sup>77</sup> RAMOS, Ricardo Guelerman Pinheiro. Desenvolvimento embrionário. In: ZAGO, Marcos Antonio; COVAS, Dimas Tadei (Orgs). **Células-tronco: a nova fronteira da medicina**. São Paulo: Atheneu, 2006. p. 69.

do líquido proveniente da cavidade uterina passam a identificar o blastocisto (blástula).<sup>78</sup>

A blástula, por sua vez, evolui formando a gástrula, a partir do embrioblasto.<sup>79</sup> Neste estágio, as células<sup>80</sup> apresentam-se diferenciadas e com funções próprias, que se dividem em: embrioblasto, o qual vai originar o embrião, e algumas estruturas extra-embrionárias, numa cavidade blastocística, e no trofoblasto, que vai originar a placenta. Dessa forma, até o sexto dia, o blastocisto se implanta na superfície do endométrio.<sup>81</sup>

### 1.3.2 O período do embrião pré-implantatório

O período do embrião pré-implantatório designa que o blastocisto ainda não se implantou no útero,<sup>82</sup> que ocorre na fase denominada nidação. A nidação, ou implantação, começa no fim da primeira semana e se completa no final da segunda semana após a concepção. Decorrente da nidação, verificam-se várias transformações endometriais chamadas “reação decidual”, e é em decorrência dela que entre o embrioblasto e o trofoblasto surge o primórdio da cavidade amniótica. Neste estágio, desenvolve-se, também, a placa pré-cordal, futura região craniana do embrião,<sup>83</sup> o saco vitelínico definitivo e a cavidade coriônica.<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> GARCIA, op. cit., p. 246.

<sup>79</sup> SOARES, José Luis. **Biologia Básica**. A célula, os tecidos, embriologia. v.1. 2.ed. São Paulo: Scipione, 1998. p.179-80.

<sup>80</sup> As células mais internas do blastocisto dão origem às células do nodo embrionário, que pode dar origem a todos os tipos de células presentes no indivíduo adulto. Por tal motivo são chamadas de “totipotentes”.

<sup>81</sup> GARCIA, op. cit., p. 247.

<sup>82</sup> Até o 14º dia após fecundação o zigoto pode se dividir em dois, originando gêmeos homozigóticos, com a nidação o blastocisto passa da fase da pluripotência à de unipotência, desenvolvendo-se dali em diante somente um ser humano.

<sup>83</sup> SILVA, op.cit., p. 41-2.

<sup>84</sup> RAMOS, op. cit., p. 72.

### 1.3.3 O período embrionário e a neurulação

Após, sucede-se o período embrionário, que dura da terceira ao final da oitava semana após a concepção. O rápido desenvolvimento do embrião a partir do disco embrionário, como resultado de numerosos eventos morfogênicos, é caracterizado pela formação da linha primitiva, da notocorda e de três camadas germinativas, a partir das quais todos os tecidos e órgãos embrionários desenvolvem-se.<sup>85</sup>

A formação do sistema nervoso em humanos inicia-se no 18º dia da fecundação.<sup>86</sup> Nesta fase, ocorrem processos envolvidos na formação da placa neural, das pregas neurais e no fechamento delas para formar o tubo neural que se dá o nome de neurulação. Estes processos estão completados pelo fim da quarta semana, quando ocorre o fechamento do neurósporo caudal. É nessa fase que se inicia a formação do sistema cardiovascular do embrião.<sup>87</sup>

Da quarta à oitava semana, constitui-se a maior parte do período embrionário, que se estende da terceira à oitava semana. Durante estas cinco semanas, os principais órgãos e sistemas do corpo são formados a partir das três camadas germinativas. No início da quarta semana, as dobras nos planos medianos e horizontal convertem o disco embrionário achatado em um embrião de forma tubular.<sup>88</sup> A formação das dobras cefálica, caudal e laterais constitui uma seqüência contínua de eventos que resultam numa constrição entre o embrião e o saco vitelínico. Durante o dobramento, a parte dorsal do saco vitelino é incorporado pelo embrião e dá origem ao intestino primitivo. O dobramento da região da cabeça também faz com que a membrana bucofaríngea e o coração sejam deslocados ventralmente, e o cérebro em desenvolvimento situado na parte rostral do embrião.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> GARCIA, op. cit., p. 251-2.

<sup>86</sup> RAMOS, op. cit., p. 75.

<sup>87</sup> GARCIA, op.cit., p. 254.

<sup>88</sup> RAMOS, op. cit., p. 84.

<sup>89</sup> GARCIA, op. cit., p. 256.

As três camadas germinativas, ou folhetos germinativos, denominados ectoderme, endoderme e mesoderme, diferenciam-se em vários tecidos e órgãos, de modo que, ao final do período embrionário, estejam estabelecidos os primórdios dos principais sistemas de órgãos. A ectoderme divide-se em neuroectoderme, que dividida em tubo neural e crista neural dá origem ao sistema nervoso, e ectoderme superficial, que dá origem à pele, unhas, dentes. A mesoderme dá origem às cartilagens, sistema urogenital, tecidos conjuntivos, crânio e núcleo das vértebras. A endoderme, por sua vez, origina o sistema digestivo e respiratório.<sup>90</sup> Com o desenvolvimento das estruturas, a aparência do embrião vai se alterando, e estas peculiaridades caracterizam o embrião, em seu aspecto físico, como visivelmente humano.<sup>91</sup>

#### 1.3.4 O período fetal

O período fetal, que começa oito semanas após a fertilização e termina com o nascimento, caracteriza-se pelo rápido crescimento corporal e diferenciação dos tecidos e órgãos. Ao fim de três meses, os órgãos mais importantes já estão presentes de uma forma rudimentar.<sup>92</sup> Uma mudança óbvia é a diminuição relativa da velocidade de crescimento da cabeça, em comparação com o resto do corpo. No início da vigésima semana, aparece o lanugo e o cabelo, e a pele é recoberta pela *vernix caseosa*. As pálpebras permanecem fechadas na maior parte do período fetal, mas começam a se abrir por volta da vigésima sexta semana. Até então, o feto é usualmente incapaz de sobreviver fora do útero principalmente por causa da imaturidade do seu sistema respiratório. Da vigésima quarta semana em diante o feto já tem capacidade de sobreviver fora do útero materno de forma autônoma e independente.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> GARCIA, op. cit., p. 258-9.

<sup>91</sup> Como os primórdios das estruturas internas e externas essenciais se formam durante o período embrionário, a fase compreendida entre a quarta e a oitava semana constitui o período mais crítico do desenvolvimento. Distúrbios do desenvolvimento nesta altura podem originar grandes malformações congênitas no embrião. GARCIA, Sônia Maria Lauer; FERNANDEZ, Casimiro Garcia. **Embriologia**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2006. p. 256

<sup>92</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 117.

<sup>93</sup> GUIMARÃES, op. cit., p.116.

Até cerca da trigésima semana, o feto tem aparência avermelhada e enrugada por causa de sua pele fina e da relativa ausência de gordura subcutânea. Em geral, a gordura se forma rapidamente ao longo das últimas seis a oito semanas, dando ao feto um aspecto liso e rechonchudo. Esse período final é dedicado principalmente à formação dos tecidos e à preparação dos sistemas envolvidos na transição do meio intra-uterino para o extra-uterino, particularmente o sistema respiratório e cardiovascular.<sup>94</sup> Fetos prematuros nascidos entre a vigésima sexta e a trigésima sexta semana em geral sobrevivem, entretanto, fetos a termo têm maiores chances de sobrevivência.

---

<sup>94</sup> MOORE, Keith L.;PERSAUD. Taylor V. N. **Embriologia Clínica**. 5.ed. Editora Guanabara Koogan: Rio de Janeiro, 1994. p. 09.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FERTILIZAÇÃO IN VITRO

O encontro entre o Direito e a Ética se dá, em primeiro lugar, na Constituição, onde os valores morais se convertem em princípios jurídicos. A partir daí se irradiam pelo sistema normativo, condicionando a interpretação e a aplicação de todo o direito infraconstitucional.<sup>95</sup>

Dessa forma, uma análise sobre os aspectos jurídicos dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* não poderia abster-se do exame dos princípios e dos direitos fundamentais que os envolvem.

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no desenvolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. A circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem aumenta essa dificuldade.<sup>96</sup>

Para uma conceituação sob o ponto de vista formal, destacamos a lição de Alexy, para quem direitos fundamentais são aqueles provenientes dos denominados enunciados normativos de direito fundamental, inseridos no texto constitucional vigente.<sup>97</sup>

Buscando uma conceituação sob o ponto de vista material transcrevemos a lição de Morais, para quem direitos fundamentais é

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção

---

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 246.

<sup>96</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 174.

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 62.

contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.<sup>98</sup>

## 2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE CIENTÍFICA E AO DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO

Inicialmente, é importante pontuar que o termo “ciência”, por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se: “Art. 5º. [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”.

A Constituição Federal abre todo um destacado capítulo para a ciência. É o capítulo de nº IV do título VIII, onde reza em seu artigo 218, *caput* que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. No § 1º do mesmo art. 218 complementa: “A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências”.

No entender de Moraes, a Constituição prevê duas espécies de pesquisa: a científica e a tecnológica. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. Já a pesquisa tecnológica visa à solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.<sup>99</sup>

Bobbio destaca o direito à liberdade científica que “consiste, não no direito a professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo de investigação científica.”<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

<sup>99</sup> Id. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 648.

<sup>100</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 19.

No contexto da biotecnociência e das técnicas de reprodução assistida, que nos interessa particularmente por designarem como foco abrangente do presente trabalho, algumas questões requerem análise quanto à proteção da ciência e ao progresso científico na Constituição referente aos limites destes. Dessa forma, temos que a liberdade e o progresso científico devam estar em conformidade com os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, princípios basilares da ordem constitucional brasileira.

Como já analisado no primeiro capítulo, o avanço científico no campo da medicina e das procriações artificiais desenvolveu-se muito, trazendo grandes benefícios. Porém, há quem entenda que o fim da realização de projetos parentais a casais impossibilitados pela via natural já foi ultrapassado há muito tempo. Esta é a posição de Vasconcelos:

Este, na verdade, constituiu-se oportunamente no pórtico de acesso a um universo muito maior de expectativas e interesses que a comunidade científica mantinha encoberto. No momento em que passou a dominar o conhecimento da gênese, das funções e dos processos reprodutivos, abriram-se caminhos em direção a um campo desafiador ainda inexplorado: o genoma humano. Os cientistas passaram a desenvolver estudos e pesquisas voltados para o aperfeiçoamento da sua espécie. Afinal, no anseio pelo novo, a curiosidade era cruel: por que não ajudar a natureza na conquista da perfeição do espécime humano?<sup>101</sup>

O uso de embriões excedentes em pesquisas é defendido com base no direito em análise. O estudo com embriões poderia auxiliar na compreensão da formação do homem e no desenvolvimento de terapias que ajudariam na cura de doenças degenerativas e hereditárias.<sup>102</sup> Somente com a pesquisa é que se obtêm novas descobertas, curas para as doenças, medicamentos eficazes. O grande ponto de debate é quando essas pesquisas envolvem embriões, dada a dificuldade em definir a natureza do mesmo, e a dúvida de até onde poderemos ir.

A função da bioética, nesse contexto, vem para auxiliar os profissionais da área médica e os cientistas a avaliarem no seu âmbito de atuação o valor humano dos envolvidos em seus atos. Assim, a bioética emerge como novo domínio da

---

<sup>101</sup> VASCONCELOS, op.cit., p. 168-9.

<sup>102</sup> MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Embriões: A busca de um estatuto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, p. 223, jan./mar. 2005.

reflexão que considera o ser humano em sua dignidade e as condições éticas para uma vida humana digna, buscando alertar a todos, as possíveis conseqüências negativas de um avanço incontrolado da biotecnologia e sobre a necessidade de uma tomada de consciência dos desafios trazidos pelas ciências à vida.<sup>103</sup>

Dessa forma, a liberdade da atividade científica, como direito fundamental proclamado na Carta Magna, deve estar em conformidade com outros direitos e bens jurídicos também reconhecidos constitucionalmente.

## 2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO (ARTIGO 226 § 7º da CF)

A família foi reconhecida como base da sociedade e recebe proteção do Estado, nos termos dos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal.

Para Perlingieri, a família como formação social é garantida pela Constituição não por ser portadora de um direito superior ou superindividual, mas por ser o local ou instituição onde se forma a pessoa humana. Nas palavras do autor:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.<sup>104</sup>

O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A parte final do dispositivo sob comento impõe ao Estado o dever de “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”.

---

<sup>103</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 06-7.

Interpretando-se essa parte do dispositivo constitucional podemos defender que está previsto na Constituição Federal um direito fundamental ao uso das técnicas de reprodução humana assistida, que pode ser construído ainda a partir dos direitos fundamentais ao planejamento familiar e de constituir família e do direito à liberdade. Entendida esta última como liberdade procriativa.<sup>105</sup>

Barbosa defende a existência do direito à procriação, nele incluído o uso das técnicas de reprodução assistida, como decorrente da autonomia reprodutiva. À autonomia, por sua vez, corresponde o desejo de ter ou não ter filhos, assegurado o acesso aos meios para sua efetivação.<sup>106</sup>

Brauner refere-se ao tema como direito de gerar, e leciona que os direitos sexuais e reprodutivos são conquistas recentes que propiciam o direito das pessoas de organizar a sua vida reprodutiva, buscando cuidados proporcionados pela ciência para solucionar problemas decorrentes de uma fraca saúde sexual e reprodutiva. Ademais, inclui esse direito como muito ligado à intimidade e à autodeterminação das pessoas, não podendo, portanto, ser limitado. Assim, cabe ao Estado disponibilizar recursos para que se tenha um planejamento familiar responsável, educando as pessoas para que se saiba quando será o momento certo para gerar ou não gerar.<sup>107</sup>

Também podemos ressaltar posição que defende o direito ao acesso à reprodução assistida como derivado do direito à saúde, mais estritamente, do direito à saúde procriativa, e, por conseguinte, direito à procriação através das técnicas biomédicas.<sup>108</sup>

É importante frisar que o direito à procriação, e decorrente dele o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida, não é absoluto, sendo limitado,

---

<sup>104</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243.

<sup>105</sup> SOUZA, op. cit., p. 111.

<sup>106</sup> BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à Procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.159-60.

<sup>107</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51-79.

<sup>108</sup> SOUZA, op. cit., p. 111.

principalmente, pelos direitos da criança por nascer, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pelo direito à paternidade responsável e o do melhor interesse da criança e do adolescente (previsto no art. 227 da CF/88).<sup>109</sup>

### 2.3 O DIREITO À VIDA E O EMBRIÃO *IN VITRO*

Prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, a vida é direito de todos e um bem inviolável. Não existe consenso quanto ao momento em que se inicia a vida humana, nem mesmo em qual momento deve o embrião ser considerado nascituro e merecedor de proteção jurídica, como iremos verificar no decorrer do trabalho.

Na análise dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* surgem questionamentos quanto ao direito dos mesmos à vida. Quem defende que o embrião é vida humana desde a concepção, conseqüentemente, entende que ele possui o direito à vida. Referente aos embriões congelados há quem advoga que, em decorrência dos mesmos viverem somente graças à ciência, devam ter protegido seu direito à vida,<sup>110</sup> não podendo permanecer congelados para sempre, nem destruídos. Porém, para os que defendem que ele não é vida humana plena, mas somente em potencial, surge a dúvida de se mesmo assim os embriões *in vitro* teriam direito à vida, ou seja, direito de serem implantados no útero, ou senão, qual o melhor destino a se dar a eles.

Semião leciona que, em nosso ordenamento jurídico atual, não há qualquer proibição à destruição do embrião congelado, pois considera que o art. 5º da Constituição Federal concebe direito à vida apenas aos já nascidos, ou seja, àqueles que já tenham nacionalidade, pois refere-se a brasileiros e estrangeiros, cujos

---

<sup>109</sup> BARBOSA, **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Cit., p.161.

<sup>110</sup> PETRACO, op. cit., p. 04.

conceitos, segundo ele, estão diretamente ligados à nacionalidade e conseqüentemente ao nascimento.<sup>111</sup>

Diversas teorias têm a pretensão de, cientificamente, definirem critérios para o início da vida humana. A definição de quando começa a vida humana será de grande valia para o Direito pela determinação do critério jurídico a ser utilizado para tratar a natureza jurídica do embrião *in vitro*, pois refere o momento em que o mesmo passa a ser merecedor de proteção jurídica. A postura a ser defendida certamente é reflexo da teoria adotada para o início da vida humana e o momento em que o embrião passa a ser considerado pessoa, requerendo tutela jurídica. Assim, cada teoria possibilita a argumentação sobre a finalidade que poderá ser dada aos embriões excedentes.

### 2.3.1 Teorias sobre o início da vida

Segundo Silva, existem várias teorias bioéticas que buscam explicar o início da vida humana, que podem ser divididas em dois grupos: a biológica e a filosófica. A teoria biológica privilegia o âmbito biofísico, utilizando o desenvolvimento biológico como parâmetro para definir o *status* moral do embrião. Pelo fato da vida embrionária ser um complexo de processos evolutivos, esta teoria, por sua vez, divide-se em duas correntes, a conceptiva e a evolutiva.<sup>112</sup> A primeira entende que a vida humana inicia-se com a concepção e a segunda tem como marco inicial algum acontecimento específico do desenvolvimento embrionário, como a nidação e a formação de rudimentos cerebrais.

A corrente filosófica relativiza a importância atribuída à biologia na definição do valor moral do embrião em detrimento de outros aspectos também essenciais para o desenvolvimento da vida humana. Essa teoria prepondera o conceito de humanização que acontece dentro do espaço das relações estabelecidas entre o ser

---

<sup>111</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biobireito. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 175.

humano, as pessoas e o mundo sociocultural, privilegiando as dimensões antropológica, social e cultural. A corrente que defende esse ponto de vista é definida como relacional, e embora aceite que exista vida desde a concepção, entende que esta deverá passar por um processo de humanização para ser considerada como absoluta.<sup>113</sup>

Dentre as teorias biológicas temos na primeira classificação a teoria concepcionista, na teoria evolutiva incluímos as teorias da nidação, do embrião pré-implantatório ou do 14º dia, e da neurulação. Por fim, iremos expor a teoria de cunho filosófico, a teoria relacional.

### 2.3.1.1 Teoria concepcionista

A teoria concepcionista defende que desde a fecundação, ou concepção, se inicia a vida humana, a formação de uma nova vida, distinta dos genitores.

Assim, pela fusão do espermatozóide com o óvulo origina-se um novo ser, com código genético único e irrepitível.<sup>114</sup> De acordo com essa teoria, entende-se que o processo biológico de formação humana é contínuo e ininterrupto, e atua sem mutação qualitativa intrínseca, ou seja, sem a necessidade de ulterior intervenção causativa. Dessa forma, constitui-se um novo indivíduo humano quando, desde o início da concepção, prossegue o seu ciclo ou curva vital.<sup>115</sup>

Silva defende que, desde a concepção, o ser humano dispõe de um genoma humano unitário, ou seja, idêntico ao do ser humano adulto. Nenhuma outra informação genética é adicionada ou retirada no desenvolvimento embrionário porque toda a informação genética necessária para autocomandar o

---

<sup>112</sup> SILVA, Márcio Bolda da. **Bioética e a questão da justificação moral**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 83-9.

<sup>113</sup> Ibid., p. 86-9.

<sup>114</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 153.

<sup>115</sup> SGRECCIA, Elio. **Aborto**. O ponto de vista da bioética. 4.ed. Tradução de: Mário Matos. Milão: Principia, 2006. p. 16.

desenvolvimento do zigoto, do embrião, do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente e do adulto está sempre presente desde a concepção.<sup>116</sup>

A característica humana é empregada ao novo ser vivo em virtude da sua constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano, uma vez que a espécie humana somente é capaz de gerar seres da sua própria espécie. Assim, ou se é humano desde o início ou jamais será; do ponto de vista biológico não existe processo de humanização.<sup>117</sup>

Também adepta dessa teoria, Vasconcelos leciona que:

O zigoto, embrião ainda unicelular, é detentor e executor do seu programa genético e auto-impulsionador do seu próprio desenvolvimento. Já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto, como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele, olhos, etc., e até mesmo eventuais patologias genéticas de manifestação futura determinadas.<sup>118</sup>

Esta teoria é defendida pela Igreja Católica que entende o homem como imagem e semelhança a Deus, formado no instante da fecundação, que biologicamente perdura até a morte, mas que existe, também, no plano ontológico através da alma imortal.<sup>119</sup>

Desde a fecundação, o desenvolvimento do zigoto se dá de forma coordenada e seqüencial provocada pelo novo genoma. Essa propriedade exige uma rigorosa unidade do novo ser o que o identifica como único e individual. Esse ser tem seu próprio sistema imunológico, diverso do da mãe, que oferece apenas um ambiente adequado e nutrientes para que ele possa se desenvolver, assim como faz com um recém-nascido.<sup>120</sup>

Ferraz posiciona-se entre os partidários desta teoria afirmando:

---

<sup>116</sup> SILVA, op.cit., p. 94.

<sup>117</sup> BRANDÃO, Denirval da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25.

<sup>118</sup> VASCONCELOS, op. cit., p. 37.

<sup>119</sup> LEPARGNEUR, Hubert. Bioética e conceito de pessoa: esclarecimentos. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo de. (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p. 92.

Tão individual e particular é o genoma, mesmo em casos de gêmeos univitelineos, que se pode afirmar, sem dúvida, a impossibilidade de repetitividade (ou de ‘clonagem’ natural) do homem. Uma coisa é indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida; vida diferente do espermatozóide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Pré-embrionária a início, embrionária, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada.<sup>121</sup>

Podem-se resumir quatro características fundamentais dessa teoria: 1) novidade biológica, haja vista, o surgimento de um novo ser da união dos gametas masculinos e femininos; 2) continuidade, tendo em vista que entre a fecundação e a morte, não ocorre nenhum salto qualitativo, onde todo o desenvolvimento se dá de forma gradativa e contínua; 3) autonomia, pois embora necessite da mãe, todo o seu desenvolvimento ocorre de maneira autônoma, ou seja, é o próprio novo ser que dirige esse desenvolvimento.<sup>122</sup>

De acordo com a teoria concepcionista, os embriões *in vitro* já teriam *status* humano, sendo merecedores de proteção jurídica desde o momento da fecundação.

Outro argumento favorável é o fato do Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica.<sup>123</sup> O referido Pacto reza em seu artigo 4º § 1º sobre o direito à vida: “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.”

Com posicionamento contrário, Barroso defende que o embrião não é vida humana e que, portanto não tem direito à vida:

O argumento contrário à utilização de células-tronco em pesquisas e tratamentos médicos é alimentado, no mais das vezes, por um sentimento religioso. Funda-se ele no pressuposto de que a vida teria início com a fecundação, fazendo a equiparação entre embrião e pessoa humana. Como

---

<sup>120</sup> CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano: na fecundação o marco da vida**. São Paulo: Paulinas, 2007. p. 18 e 22.

<sup>121</sup> FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 47.

<sup>122</sup> CIPRIANI, op. cit., p. 18 e 22.

<sup>123</sup> Firmado no ano de 1969, sendo o mais significativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Esse Tratado foi ratificado pelo Brasil em 1992 (Decreto Legislativo nº 27), tendo o Governo brasileiro determinado sua integral observância em 6 de novembro seguinte (Decreto n. 678).

conseqüência, sua destruição para a realização de pesquisas e para o tratamento de outras pessoas representaria uma violação da vida.<sup>124</sup>

### 2.3.1.2 Teoria da nidação

De acordo com a teoria da nidação não basta a fecundação do óvulo pelo espermatozóide para afirmar-se que tem início uma nova vida humana, o determinante para tanto é a nidação, ou seja, a implantação do embrião no útero materno.

A justificativa é que somente a partir da nidação que haverá viabilidade do desenvolvimento da vida. Estatisticamente, só cerca de 50% dos óvulos fecundados atingem a fase da nidação, perdendo-se naturalmente os demais, caracterizando essa fase de particularmente instável e frágil.<sup>125</sup>

A fase da nidação começa no sexto e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, e para os defensores dessa teoria, enquanto este estágio não for atingido, existe tão-somente um amontoado de células, que constituiriam os alicerces do embrião humano.<sup>126</sup>

Romeo Casabona argumenta que, somente com a implantação do embrião no útero, ocorre o que ele identifica como separação do instante do começo da vida do momento do começo da vida *humana*, isto é, quando há humanidade e não somente um aglomerado de células humanas. O autor refere que é nesse momento que o embrião adquire a categoria biológica de indivíduo, bem como, antes da nidação o zigoto não possui toda a informação genética necessária para o processo da embriogênese, a qual determinará as características biológicas do indivíduo.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> BARROSO, **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 251.

<sup>125</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 154.

<sup>126</sup> VASCONCELOS, op. cit., p. 44.

<sup>127</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. **El derecho y la bioética ante los límites da la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 148-50.

Dworkin sustenta a existência de vida humana a partir da implantação do embrião no útero materno, afirma o autor:

Os cientistas divergem sobre quando, exatamente, a vida biológica de qualquer animal se inicia, mas parece inegável que um embrião humano é organismo vivo identificável ao menos no momento em que é implantado em um útero, o que ocorre mais ou menos quatorze dias depois da concepção. Também é inegável que as células que compõem um embrião implantado já contêm códigos biológicos que irão reger seu desenvolvimento físico posterior.<sup>128</sup>

Assim, para os adeptos dessa teoria, o critério de fixação no útero é determinante para indicar o momento em que se inicia de fato a vida humana. Neste sentido, sem a implantação no útero materno não há viabilidade para o embrião, pois ainda não é possível o desenvolvimento completo de um ser humano *ex utero*.

Utilizando-se dessa teoria, a princípio, estaria resolvido o problema da natureza jurídica do embrião *in vitro*, pois o mesmo só teria *status* humano a partir de sua transferência para o útero materno. Do contrário, teria somente uma expectativa de vida, que seria atingida ao ser implantado.

Corroborando este entendimento, transcreve-se a lição de Ceneviva:

Na minha convicção religiosa e científica digo ao leitor que o embrião não é um ser humano. A condição humana decorre do ventre da mulher, quando se torna- como diz o Código Civil- nascituro. [...] fora do ventre, no meu entender, o embrião é peça de laboratório, expectativa de vida, mas não vida. Destruí-lo não é crime, nem deve ser considerado.<sup>129</sup>

Defendendo a mesma tese, destacamos a lição de Romeo Casabona que entende que até o final da nidação ou implantação do embrião no útero materno não existe um objeto material em que se expresse com toda nitidez bem jurídico vida suficientemente definido, diferenciado de outras vidas, estável e conhecido.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 29.

<sup>129</sup> CENEVIVA, Walter. De embriões e clonações. **Jornal Folha de São Paulo**, 23 set. 2008, Caderno Cotidiano, p. C2.

<sup>130</sup> ROMEO CASABONA, **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. Cit., p. 150.

### 2.3.1.3 Teoria do pré-embrião ou do 14º dia

Segundo a teoria do pré-embrião, o zigoto humano ainda que expressão da natureza humana, não é um indivíduo humano de fato, mas apenas uma célula progenitora humana dotada da potencialidade para gerar um ou mais indivíduos.<sup>131</sup>

A teoria também é identificada como critério do 14º dia, segundo algumas justificações, como: “a) após o 14º não é mais possível a formação de gêmeos monozigóticos; b) somente após o 14º dia o conceito perde a qualidade de totipotência; e c) em torno do 14º aparece a linha primitiva no conceito, como que o “signo” de um novo ser humano”.<sup>132</sup>

O Relatório Warnock<sup>133</sup> sustenta que, quatorze dias após a fecundação o embrião já formou o “sulco ou cinta neurológica”, portanto, já está com a estrutura humana formada, não podendo mais, a partir deste momento, ser objeto de pesquisas e experimentos. Assim, até o 14º dia, fala-se em pré-embrião e não em embrião.

Outro argumento utilizado por esta teoria é que, até o 14º dia, o embrião é formado por células cuja destinação final, para a formação do novo ser, ou para configurar os meios para sua nutrição, não estão determinadas. Assim, somente a partir dessa fase é que poderão ser identificadas quais células formarão o embrião propriamente dito e quais formarão a placenta, por exemplo.<sup>134</sup>

A falta de individualidade do zigoto até o 14º dia da fecundação, por força da pluripotência das células do zigoto, é argumento utilizado para se negar ao embrião, até essa fase, a característica de indivíduo. O fato de que somente com a nidação o

---

<sup>131</sup> SILVA, **Ética e bioética**: novo direito e ciências médicas. Cit., p. 89.

<sup>132</sup> Ibid., idem.

<sup>133</sup> Estudo produzido em 1984 na Grã-Bretanha por uma comissão de inquérito sobre fertilização e embriologia, instaurada no Ministério da Saúde e Segurança Social da Inglaterra.

<sup>134</sup> DIAZ, Adriana Rentería. **El aborto. Entra la moral y el derecho**. Ciudad Juárez, Chid: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2001. p. 134.

embrião passa da pluripotência à unipotência é justificativa para defini-lo como pessoa potencial.<sup>135</sup>

Com argumento contrário, Silva defende que, o potencial que pertence a um indivíduo humano em desenvolvimento, está determinado por sua própria natureza de indivíduo humano. Dessa forma, em seu desenvolvimento, o ser humano não é um algo que se converte em alguém, mas sim, alguém desde o início de seu desenvolvimento.<sup>136</sup>

#### 2.3.1.4 Teoria da neurulação

De acordo com a teoria da neurulação, o determinante para o início da vida humana é a formação completa do sistema nervoso do embrião. A vida somente pode ser entendida iniciada com o começo das atividades cerebrais do feto, que se dá a partir da oitava semana da fecundação, perdendo-se quando constatada a morte encefálica ou a ausência de atividade encefálica do ser.

Essa teoria, também chamada de formação dos rudimentos do sistema nervoso central,<sup>137</sup> apóia-se no critério que faz coincidir o fim da vida comum à falta irreversível de atividade cerebral. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma criança.<sup>138</sup>

Neves, utilizando-se da terminologia “pré-embrião”, argumenta que o mesmo pertence à espécie humana, mas ainda não iniciou seu processo de

---

<sup>135</sup> CIPRIANI, op. cit., p. 28.

<sup>136</sup> SILVA, **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. Cit., p. 95.

<sup>137</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 158.

<sup>138</sup> ROMEO CASABONA, **El derecho y la bioética ante los límites da la vida humana**. Cit., p. 162-4.

organização, o que só ocorre com o aparecimento do sulco primitivo, rudimento de sistema nervoso, por volta do décimo quinto dia.<sup>139</sup>

O embrião humano fertilizado *in vitro*, do zigoto ao chamado blastocisto, não apresenta resquíio de sistema nervoso nos primeiros quatorze dias, período dentro do qual se dá o congelamento.<sup>140</sup> Vai daí que, se utilizado o critério que define a morte quando a atividade cerebral cessa, chega-se à conclusão de que o blastocisto nesse estado não encerra vida propriamente, tanto que, quando criado por técnicas de reprodução assistida, a possibilidade de se transformar em um bebê é de menos de 1%, enquanto a reprodução natural oferece o percentual de 30%.<sup>141</sup>

Se a vida começa a partir do início da atividade cerebral, nos termos definidos pela lei,<sup>142</sup> segundo a teoria em análise, então é preciso saber exatamente quando se inicia essa atividade. A ciência já tem resposta. O médico Faúndes afirma neste contexto que:

[...] não tenho dúvida de que o zigoto, uma célula, não tem o mesmo direito da mulher. Em que momento eles começam a ter direitos semelhantes? Ninguém sabe. O que se propõe é uma similaridade entre a morte cerebral marcando o fim da vida. Podemos imaginar então que o início da vida é marcado pela atividade cerebral. E, definitivamente, não há relação entre neurônios até 12 semanas de gravidez.<sup>143</sup>

E assim, para corroborar tal pensamento, cite-se Barroso:

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por

<sup>139</sup> NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ACHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coords.). **Bioética**. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1996. p. 181.

<sup>140</sup> Nesse sentido, referida teoria coincide com a teoria do pré-embrião ou do 14º dia, porém percebe-se que os argumentos de cada teoria são diferenciados. O aparecimento dos rudimentos cerebrais é somente um dos argumentos da teoria do 14º dia. Ver nota 121.

<sup>141</sup> PEREIRA, Lygia da Veiga; PRANKE, Patrícia Helena Lucas; MENDES-OTERO, Rosalia. Presente e Futuro das Células-tronco. **O Estado de São Paulo**. 04 mar. 2005. Disponível em <<http://txt.estado.com.br/editoriais/2005/03/04/ger006.html>>. Acesso em: 11 abr. 2008.

<sup>142</sup> Critério determinando pela Lei 9434/97, sem eu artigo 3º e pela Resolução CFM nº 1.480/97.

<sup>143</sup> FAÚNDES, Aníbal. **Entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo**, 20 dez. 2004. Disponível em:

<[http://www.unicamp.br/unicamp/canal\\_aberto/clipping/dezembro2004/clipping041220\\_folha.html#3](http://www.unicamp.br/unicamp/canal_aberto/clipping/dezembro2004/clipping041220_folha.html#3)>. Acesso em: 15 abr. 2008.

volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada “placa neural”.<sup>144</sup>

Alega-se que o embrião é incapaz de sentir dor ou prazer. Na verdade, acredita-se que essa capacidade se instala apenas mais tarde, por volta do vigésimo dia,<sup>145</sup> quando se inicia a formação do sistema nervoso central. Singer defende que, enquanto o embrião não for capaz de sentir dor, sua existência não possui ainda qualquer valor intrínseco, não sendo merecedor de tutela jurídica até essa fase.<sup>146</sup>

Pela teoria da neurulação, temos que na anencefalia, por exemplo, o embrião ou o feto estão, em razão de um processo patológico, no desenvolvimento embrionário, irreversivelmente condenados à morte. Assim, “a vida biológica, controlada principalmente pelo tronco cerebral, ‘não é unicamente humana, porque comparte suas características com os não-humanos.’ A conclusão deste raciocínio é que a vida biológica é condição necessária mas não suficiente para a vida humana”.<sup>147</sup>

### 2.3.1.5 Teoria relacional

A teoria relacional, como já fora referido, busca como condição de humanização do zigoto a sua aceitação pela mãe. Assim, o início da vida humana começa quando convoca o próprio organismo gerador, materno, em sua relação consciente e desejada com o ser em formação, uma díade mãe/filho buscada na definição de Maturana:

a humanização do embrião ou feto, não é um fenômeno que tenha lugar como parte do seu desenvolvimento, senão que começa quando a gravidez começa a ser um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu

<sup>144</sup> BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos ancefálicos e pesquisas com células-tronco: temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SAMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 691-2.

<sup>145</sup> GOLDIM, José Roberto. Início da vida de uma pessoa humana. **Bioética e ética na ciência**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>>. Acesso em: 10 maio 2008.

<sup>146</sup> SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 161.

<sup>147</sup> HOOFT, Pedro Federico. **Bioética y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 92-3.

sentimento e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro.<sup>148</sup>

A posição é também defendida por Ferrajoli no sentido de que feto é pessoa a partir do momento em que é *destinado pela mãe a nascer*<sup>149</sup> e encontra, na atualidade, grande repercussão. Aliás, esse ponto de vista é referido, com argumentação bastante convincente por Kottow, o qual sustenta uma teoria relacional<sup>150</sup> do começo da vida humana, inserindo a potencialidade de aceitação da gestação pela mulher juntamente com o critério biológico.

Segundo o autor:

tanto a visão concepional como a evolutiva não conseguiram estabelecer de forma convincente o começo da vida humana e o começo da vida pessoal, caindo em falácias naturalistas que concluem valorações morais baseadas em dados biológicos arbitrariamente selecionados. Destacar a concepção como o início do ser humano em toda sua integridade significa homologar um zigoto como pessoa, recorrendo a uma compreensão frágil de potencialidade e relegando a um segundo plano todos os outros elementos necessários para a ontogênese humana e pessoal, desde a mãe e o processo fisiológico da gestação até as diversas etapas de socialização.<sup>151</sup> (tradução livre)

O autor entende que existem dois modos ontológicos de ser *homo sapiens*, o ser humano e a pessoa. Como ambos são membros da espécie humanidade, têm *status* moral que corresponde a todo indivíduo da espécie, seja qual for sua idade ou dotação genética. Porém, defende que o ser pessoa constitui uma diferença ética em relação aos seres que não são pessoas. Assim, vislumbra algumas derivações éticas como, se todo ente que possua uma dotação genética humana é ser humano e pessoa, seja um zigoto, um embrião, um adulto ou um indivíduo em estado vegetativo, então o conceito de *status* moral perde todo sentido. Se, por outro lado, nega-se presença moral ao ser humano que não tenha cumprido com a definição de pessoa, desencadear-se-ia uma discussão eticamente inaceitável, porque muitos

<sup>148</sup> MATURANA, Humberto Romesín. **El sentido de lo humano**. Santiago: Hachette, 1999. p. 143.

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi, A questão do embrião entre direito e moral. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n.94, p. 16, abr./jun. 2003.

<sup>150</sup> O autor adota como teoria central o princípio fundamental da bioética, qual seja “a relação do ser com o ser, do ser com o cosmo e do ser consigo mesmo!”. GOMES, Júlio César Meirelles Gomes. Resumo comentado do artigo Bioética del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana? **Bioética**, v.9, n.2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 40, p. 25/42, 2001.

<sup>151</sup> KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana? **Bioética**, v.9, n.2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 32. 2001.

seres humanos que não são pessoas careceriam de proteção moral que se deve outorgar a todo membro da espécie. Como saída, o autor defende que todo ser humano é sujeito moral, ou seja, tem os mesmos direitos que outros seres humanos. Porém, quando se constitui pessoa mantém imodificado seu *status* de sujeito moral, adquirindo também, *status* de agente moral, que sob a ótica kantiana atua de forma relacional e moral.<sup>152</sup> Nas palavras do autor: “Todos los seres humanos son sujetos morales, todas las personas son agentes morales, el llegar a ser persona no otorga un status moral – en cuanto a derechos – pero sí asigna una irrenunciable responsabilidad ética – obligaciones”.<sup>153</sup>

Segundo o mesmo autor:

Los embriones supernumerarios son vidas humanas según la postura concepcional, pero no de acuerdo a la visión evolutiva, ya que su desarrollo es incierto e improbable, ni lo son desde el punto de vista relacional, pues no cuentan con personas que han asumido el deseo y la responsabilidad de cuidarlos. Ni siquiera los embriones implantados son considerados como vida humana, ya que en el curso del desarrollo algunos de ellos se perderán, mientras otros serán intencionalmente destruidos en el proceso de selección necesario para hacer prosperar al más viable de ellos.<sup>154</sup>

Assim, pela teoria relacional, os genitores teriam disponibilidade sob o embrião *in vitro*, sendo eles os responsáveis pela destinação que será dada ao mesmo. Neste contexto, cite-se, mais uma vez Barroso:

Não se trata de pregar [...] um relativismo moral, mas de reconhecer a inadequação do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e diversidade. Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas.<sup>155</sup>

Podemos concluir que: pela adoção da teoria relacional o embrião *in vitro*, enquanto não for transferido para o útero materno, não possuindo com a mãe um vínculo de amor e aceitação, não interagindo com ela, não é considerado merecedor de proteção jurídica absoluta, de forma que pode não ser considerado como detentor de um direito subjetivo à vida. Porém, se mesmo que o embrião esteja *in*

<sup>152</sup> KOTTOW, op. cit., p. 29-30.

<sup>153</sup> Ibid., p. 32.

<sup>154</sup> Ibid., p. 36.

<sup>155</sup> BARROSO, **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 249.

*vitro* e sua mãe vir a desejá-lo como filho, mantendo com ele um vínculo de mãe e filho, esperando melhor momento para tê-lo em seu ventre, estará como que legitimando o embrião como merecedor de tutela jurídica. Estaremos, assim, diante de situação onde quem tem o poder de decidir o *status* moral do embrião *in vitro* é a mãe, que poderá dispor se o mesmo terá ou não direito à vida. Dessa forma, o embrião não é identificado como detentor de direitos subjetivos.

É nesse sentido também o entendimento de Paviani e Bombassaro quando defendem que

o ser humano não é humano, ele se *torna* humano. Nesta diferença básica entre o *ser* e o *tornar-se* reside o próprio sentido do humano. [...] somos humanos porque nascemos, crescemos, vivemos e morremos entre humanos, mas não porque já nos seja dada pela natureza uma forma específica para sermos humanos. Essa forma específica, para além de nossa conformação corporal, nós mesmos temos de construí-la cotidianamente em nossa própria ação.<sup>156</sup>

Assim, o homem é ser humano somente enquanto efetiva em si uma possibilidade, pois “tornamo-nos humanos na medida em que, para além de nossa constituição biológica, crescemos numa determinada maneira de viver dentro de uma comunidade humana”. Além disso, “esse processo do tornar-se humano se realiza naquilo que chamamos de dinâmica relacional, o modo como vivemos no mundo.”<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> PAVIANI, Jayme; BOMBASSARO, Luiz Carlos. **As Fontes do Humanismo Latino**. v. 3. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 18.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 24.

## 2.4 O EMBRIÃO, O CONCEITO DE PESSOA<sup>158</sup> E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Como vimos, várias teorias biológicas buscam explicar cientificamente quando inicia a vida humana. Elas se fixam em determinados estágios do desenvolvimento embrionário para tanto, pelos diversos argumentos apresentados. Outras teorias, embora aceitem que a vida humana começa na fecundação, defendem que este fato não é suficiente para que se possa designar *status* moral e jurídico ao embrião *in vitro*, de forma que não definem o mesmo como “pessoa”, mas somente como uma potencialidade a ser concretizada com uma possível transferência para o útero.

Antunes defende: “Há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana [...] O embrião é, parece-me inegável, ser humano, ser vivo, obviamente [...] Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana.”<sup>159</sup>

Neste sentido, o homem não é uma simples entidade psicológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela psicologia, pela física, pela anatomia, pela biologia. No homem, existe possibilidade de inovação e de superação, ele representa algo que é um acréscimo à natureza representado pela sua capacidade de síntese no ato constitutivo de novas formas de vida.<sup>160</sup>

As características que provocam as obrigações morais são completamente diferentes das meramente biológicas. Sob esta constatação, dizer que o zigoto é uma pessoa, porque contém o código genético humano (DNA), ou iniciou um processo de reprodução celular, significa um salto argumentativo injustificado ou

---

<sup>158</sup> O termo tem origem semântica remonta ao período da Lei das XII Tábuas, uma vez que o vocábulo deriva do latim *per* + *sonare* = ressoar, fazer eco. Com efeito, *persona* era uma espécie de máscara que os antigos atores teatrais, na Grécia, utilizavam durante a representação a fim de que suas vozes ressoassem cristalinamente nos vastos anfiteatros. ANDERSON, Holmes. Personalidade. Direito & Justiça Informática. **Índice Fundamental do Direito**. Disponível em: <<http://www.dji.com.br/civil/personalidade.htm>>. Acesso em: 30 maio 2008.

<sup>159</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22.

<sup>160</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. v. 1. 5.ed. Saraiva: São Paulo, 1969. p. 192.

justificado apenas pelas suas propriedades potenciais de vir a ser pessoa. Disso resultaria que, no máximo, o zigoto chegaria a ser um potencial de pessoa e não uma pessoa real.<sup>161</sup>

Romeo Casabona critica a utilização do caráter apenas biológico na definição de quando começa a vida humana. Argumenta que o critério biológico não se revelou menos obscuro, sendo utilizado por ambas as partes do debate. Assim, a depender do posicionamento defendido, atrasa-se ou adianta-se o momento em que a vida humana inicia-se. Para o autor, deve-se estabelecer um “critério de valoração das diferentes situações biológicas” para se determinar em quais situações há projeção de valores determinando, dessa forma, a existência de bens jurídicos a serem protegidos pelo direito.<sup>162</sup>

Neste contexto, é imperioso que analisemos pela visão da filosofia, as questões e os argumentos que tentam explicar o início da vida humana, com o intuito de que possam contribuir na busca pela construção do *status* moral do embrião *in vitro*. Depois, resta-nos ainda definirmos quando começa a vida para o direito, ou, em outras palavras, se o embrião *in vitro* pode ser considerado um nascituro.<sup>163</sup>

A filosofia por muito séculos busca definir quando um novo ser humano pode ser considerado “pessoa”,<sup>164</sup> visto como ser moral. É neste sentido o pensamento de Neves, quando afirma que a noção de ser humano é distinta da de pessoa; esta é essencialmente filosófica e está vinculada à idéia de ser humano capaz de consciência de si mesmo e, conseqüentemente, do mundo onde se insere. Segundo a autora, ser pessoa consiste em um processo contínuo e infinito de realização de si, na criação de si próprio. O embrião, indivíduo biológico, surge como “entidade

---

<sup>161</sup> ALMEIDA, Angela Maria. O debate bioético sobre o uso de células-tronco de embriões humanos. **Analecta - Revista do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes**, v.7, n.2, Giarapuava/PR. p. 161, 2006.

<sup>162</sup> ROMEO CASABONA, **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCRim, 1999. p. 256.

<sup>163</sup> Nascituro será empregado no sentido de pessoa para o direito.

<sup>164</sup> O conceito filosófico de pessoa não é unânime, como demonstraremos no decorrer do presente capítulo. Aqui usaremos o sentido filosófico de pessoa como ser moral e, portanto, merecedor de dignidade.

ontológica que resulta da individualização embrionária”, enquanto a pessoa é um ser moral, capaz de vida relacional.<sup>165</sup>

A idéia de que todos os homens são iguais e, portanto, pessoa, foi introduzida pelo Cristianismo.<sup>166</sup> Boécio elaborou o conceito de pessoa que veio a influenciar vários filósofos e juristas, segundo o qual “pessoa é toda substância individual de natureza racional”,<sup>167</sup> sendo que, se todo ser humano é racional é, portanto, pessoa.

Santo Tomás de Aquino também defende que somente o homem é pessoa porque só ele é racional. Mas o é também, por ser o ser mais perfeito fisicamente e espiritualmente o que lhe confere o primado sob todos.<sup>168</sup>

Santo Agostinho (século V d.C.) se declarava inseguro quanto à existência da alma desde o momento da concepção,<sup>169</sup> Santo Tomás de Aquino (século XIII d.C.) afirmava, categoricamente, que “o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior – quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino.”<sup>170</sup> Disse Dworkin sobre Santo Tomás de Aquino:

As idéias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, que ele foi buscar em Aristóteles, eram extraordinariamente prescientes em alguns aspectos. O santo entendeu que o embrião não é uma criança extremamente pequena, mas plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram alguns cientistas posteriores, utilizando-se de microscópios primitivos, mas sim um organismo que primeiro se desenvolve ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando a seguir em um estágio em que já estão presentes o intelecto e a razão.<sup>171</sup>

Kant incluiu no conceito de pessoa a sua liberdade de autodeterminação, ressaltando o elemento ético na constituição da pessoa enquanto personalidade

<sup>165</sup> NEVES, op. cit., p. 176.

<sup>166</sup> SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., p. 40.

<sup>167</sup> BOÉCIO, Severino. Sobre as duas naturezas, II, 4 apud SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., p. 40.

<sup>168</sup> AQUINO, Tomás de. Apud SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., p. 41.

<sup>169</sup> DWORKIN, op. cit., p. 59.

<sup>170</sup> AQUINO, op.cit., p. 55-6.

<sup>171</sup> DWORKIN, op. cit., p. 56-7.

moral, sendo a pessoa um ser racional dirigido por leis morais. Kant defendeu que a pessoa é sempre um fim em si mesmo e nunca um meio,<sup>172</sup> o que a constitui como fonte de todos os valores e merecedora de dignidade.<sup>173</sup>

Singer faz uma distinção conceitual entre ser humano e pessoa, concluindo que uma pessoa não é, necessariamente, um ser humano. As características que compõem uma pessoa são a consciência de si como ente distinto, a noção de tempo (passado/presente/futuro) e a racionalidade. Singer defende que não só os membros da espécie *Homo sapiens* são portadores dessas características, mas outros animais como, por exemplo, os chimpanzés que são capazes de raciocínio e de autoconsciência, enquanto que os recém-nascidos ou deficientes mentais não o são. Leciona o autor que essa noção de hierarquia provém da doutrina cristã, segundo a qual Deus nos criou superiores aos outros animais.<sup>174</sup>

Para Singer, o valor da vida de uma *pessoa* deve ser respeitado, independentemente da espécie à que pertence. Por ser autoconsciente, a pessoa tem preferências quanto ao seu futuro, e estas preferências devem ser respeitadas. Na defesa de seu argumento, Singer apresenta, como razão para um utilitarista clássico, considerar um assassinato de uma pessoa condenável em maior grau do que o considera o assassinato de uma não-pessoa, o fato de que as outras pessoas, ao tomarem conhecimento da referida morte, sentir-se-iam temerosas por sua própria vida, ou angustiadas ante a possibilidade de também virem a ser assassinadas e, assim, diminuiria seu nível de prazer em viver.<sup>175</sup>

Segundo Engelhardt Jr., o início da vida humana biológica não é imediatamente seguido pelo início da vida de uma pessoa, donde resulta a grande dificuldade de atribuição de estatuto moral a zigotos, embriões, fetos e mesmo crianças; para compreender o estatuto moral do início de uma vida humana, terá de se estimar a importância dessa vida para outras pessoas. Assim, quem pode ser

---

<sup>172</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de: Paulo Quintela. São Paulo: Edições 70, 2003. p. 68-9.

<sup>173</sup> Ibid., p. 77-9.

<sup>174</sup> SINGER, op. cit., p. 96-7.

<sup>175</sup> Ibid., p. 100-1.

pessoa no sentido restrito é o ser humano enquanto é efetivamente um agente moral.<sup>176</sup>

O autor utiliza-se de dois conceitos para analisar a moralidade essencial que é aquela que proporciona substancial orientação sobre o que é certo e errado, bom ou mau.<sup>177</sup> São eles: os amigos morais e os estranhos morais. Para Engelhardt Jr:

Amigos morais são aqueles que compartilham uma moralidade essencial, de maneira que podem resolver as controvérsias morais por meio de um argumento moral sadio recorrendo a uma autoridade com reconhecida jurisdição. Os estranhos morais precisam resolver essas controvérsias por meio de acordo comum, pois não compartilham suficientemente uma visão moral que lhes permita descobrir as resoluções essenciais utilizando premissas morais comumente aceitas (juntamente com regras de evidência e inferência) e/ou procurando por indivíduos e instituições de reconhecida autoridade para resolver as controvérsias morais e dar orientação moral essencial. Ainda assim, os estranhos morais não precisam ser estranhos entre si. Podem reconhecer os mútuos compromissos morais e considerá-los mal orientados ou desordenados. Um escalonamento diferente dos valores morais transformará os indivíduos em estranhos morais, mas não incompreensíveis uns aos outros. Além do mais, considerando a complexidade das circunstâncias e inclinações humanas, os estranhos morais podem ser os melhores amigos afetivos.<sup>178</sup>

A diversidade de visões morais leva a diferentes interpretações de premissas e regras, promovendo conflitos morais que somente poderão ser resolvidos através de acordo. Essa é a distância entre amigos e estranhos morais. Em uma comunidade, onde as pessoas partilham uma moral essencial, os conflitos são resolvidos pela argumentação racional. Na sociedade, que reúne várias comunidades, o pluralismo de sistemas morais impede que se chegue a um consenso, fazendo-se necessário buscar ações que permitam uma convivência pacífica diante do pluralismo moral.<sup>179</sup>

Engelhardt Jr. utiliza os princípios do consentimento e da beneficência como princípios morais principais para resolver disputas morais entre estranhos morais:

Eles nos orientam em meio á divisão moral do pluralismo secular. Sustentam a possibilidade de discurso moral em sociedades pluralistas

---

<sup>176</sup> ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de: José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998. p. 170-1.

<sup>177</sup> Ibid., p. 32.

<sup>178</sup> Ibid., idem.

<sup>179</sup> Ibid., idem.

seculares onde não se pode estabelecer um sentido moral. Funcionam também como guias para traçar a linha de suposta autoridade moral secular para políticas públicas. As políticas públicas que não dispõem de uma autoridade moralmente justificada não têm força moral secular.<sup>180</sup>

Segundo o autor, no ponto de vista da moral secular, não seria possível levantar argumentação contra a experimentação não-terapêutica com fetos ou contra a fertilização *in vitro*. Não são práticas inadequadas, desde que se obtenha o consentimento dos progenitores e que os fetos feridos sejam eliminados. O autor defende que os fetos, e, portanto, os embriões, são posses especiais de pessoas,<sup>181</sup> que nos causam preocupações pelas pessoas que eles podem vir a ser. A preocupação que o autor refere é em relação aos danos causados aos fetos que tenham autorização para nascerem, quando os danos são transmitidos às pessoas que eles irão ser. Nesse sentido, ele defende as pesquisas e “experimentações fetais com objetivo altruísta de produzir conhecimentos e bem-estar.”<sup>182</sup>

Do conceito de pessoa como ser consciente, dotado de razão, liberdade e autodeterminação, podemos concluir que o embrião, o feto e os loucos ao não se determinarem não podem ser considerados “pessoas”. Mas como explicarmos então o fato de que os loucos, por exemplo, serem consensualmente assim mesmo dignos de tutela jurídica? A solução apresentada por Lepargneur é pela ascrição. Segundo o autor pela ascrição é atribuída, criteriosamente, certa dignidade pessoal a seres que julgamos merecedores dela pela proximidade que intuímos desfrutar conosco, apesar do fato de eles não satisfazerem os critérios da definição clássica de pessoa. Porém, a ascrição não resulta duma decisão pessoal, mas de um juízo comunitário, cultural, que admite o “mais ou menos”, porque toda participação admite o “mais ou menos”.<sup>183</sup> A ascrição oferece resposta para determinadas categorias de indivíduo que culturalmente entendemos como merecedores do conceito de pessoa, como os loucos, as crianças, e os moribundos em estado terminal. Porém, para o nosso objeto de análise, o embrião *in vitro*, ainda não nos traz resposta, haja vista, ser um tema muito recente e que requer estudos e debates aprofundados.

---

<sup>180</sup> ENGELHARDT JR., op.cit., p. 157.

<sup>181</sup> “Zigotos, embriões e fetos produzidos em particular são considerados propriedade particular; seriam propriedade da sociedade apenas se cooperativas os produzissem”. ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de: José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998. p. 310-1.

<sup>182</sup> ENGELHARDT JR., op. cit., p. 334-5.

Deste ponto, podemos questionar o quê, ou qual característica ou elemento, pode definir um ser vivo como pessoa humana? Passemos a esta análise.

Gracia<sup>184</sup> analisa científica, ontológica e eticamente se o embrião pode ser considerado vida humana ou não. O autor analisa os estudos de Zubiri para quem os seres vivos são combinações funcionais. A mistura de suas células possui propriedades sistemáticas, que fazem do conjunto uma realidade nova, uma “sustantividad”.

Relata o autor que, durante muito tempo, Zubiri defendeu que o *psyché* humano é uma nota constitutiva e que, portanto, estaria presente no ser humano desde os genes. A realidade humana, dotada desde o começo de notas constitutivas genoma e *Psyché*, teria desde o início personalidade. Porém, no final de sua vida ele mudou de postura. Deixou de usar o conceito de substância e disse que a *psyché* é somente um tipo de nota psíquica que todo ser humano possui, uma nota irreduzível, porém ainda constitutiva. Para afastar dúvidas ainda persistentes, ele abandonou de vez a teoria da substantividade e passou a considerar que o psiquismo surge das estruturas materiais como conseqüência do próprio processo constituinte. Portanto, o psiquismo humano não seria nota constitutiva, e sim uma nota estrutural, resultado da complexidade estrutural que resulta da constituição da substantividade. Assim, o psiquismo surgiria como conseqüência do desenvolvimento das estruturas do organismo humano, em fases avançadas de sua organogênese.<sup>185</sup>

Argumenta o autor que “El psiquismo humano es una estructural que aparece al término de ese proceso constituyente, de tal modo que cuando aparece la inteligencia es cuando puede decirse que el ser humano ha logrado su suficiencia constitucional, no antes.”<sup>186</sup> Para Zubiri, o importante é que a inteligência é uma nota

---

<sup>183</sup> LEPARGNEUR, op. cit., p.97-8.

<sup>184</sup> GRACIA, Diego. El estatuto del embrión. In: GAFO, J. (Ed.) **Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales**. Madrid: Comillas, 1998.

<sup>185</sup> Ibid., p. 92-95

<sup>186</sup> Ibid., p. 96-7.

constitucional: sem ela a realidade não alcançaria sua suficiência constitucional, nem sua substantividade. “Sin intelección la realidade resultante no es humana.”<sup>187</sup>

Zubiri faz uma diferenciação entre o genoma e sua constituição (antiga “substancia”). Para ele, o genoma não é a essência da substância humana, e não possui toda informação que um ser vivo necessita para constituir-se como tal. Porém, o genoma faz parte de um campo de forças, de uma substantividade em que ele interaciona com outras notas. A substantividade do ser humano é seu fenoma (fenótipo), do qual o genoma é subsistema substantivo. O genoma tem notas constitutivas, porém carece de substantividade, é um subsistema aberto. O fenoma deve ser considerado desde o genoma e não o contrário. O desenvolvimento do embrião não depende somente dos genes, e sim de uma complexa interação entre genes, citoplasma, informação posicional de células, da mãe e do meio em geral, etc. “La embriogénesis es un proceso no consecutivo, sino constitutivo. La morfogénesis constituye la sustancialidad. Antes, el embrión es una parte de la sustantividad de la madre. El concepto clave es **constitución**, no genoma ni desarrollo”.<sup>188</sup>

Quando se constitui o novo ser humano dotado de substantividade que mereça ser tratado como pessoa? Nem os genes nem os fatores extragenéticos têm substantividade independente enquanto não constituírem um novo ser. Não se pode falar de potencialidades até que uma nova realidade esteja constituída. Para Gracia: “lo único que puede decirse es que la sustantividad humana no se logra en el mismo momento de la fecundación, que necesita tiempo y espacio, y que por tanto hay un período ‘constituente’, solo al final del cual cabe hablar de ‘suficiencia constitucional’”.<sup>189</sup>

Ao iniciar seu artigo, o autor remete que o tema é de extrema importância e complexidade, dado que se discute a origem da vida e a dificuldade da razão de explicá-la. Dessa forma, é mais freqüente ver-se posturas emocionais que permitem afirmações contundentes sobre o tema. As emoções são importantíssimas, afirma o

---

<sup>187</sup> Ibid., p. 97.

<sup>188</sup> GRACIA, op. cit., p. 99.

<sup>189</sup> Ibid., idem.

autor, mas no tema proposto o debate racional é necessário. Moralmente, somos todos tentados a defender a vida e contrários a qualquer agressão contra os embriões, mas essa resposta não é suficiente quando entramos no campo jurídico.<sup>190</sup> Somente o debate racional trará subsídios concretos e duradouros para defender-se uma postura sobre o tema proposto.

Para Dworkin, não há necessidade de sabermos se um feto é ou não uma pessoa, tendo em vista ser uma questão demasiado ambígua para ser útil.<sup>191</sup> O autor ressalta que, muitos argumentos a respeito do aborto são baseados em opiniões morais e religiosas, que não refletem opiniões individuais e sim refletem pensamentos de determinadas categorias, como católicos, judeus, feministas, ateus, ou adeptos de alguma outra concepção ortodoxa ou radical sobre justiça e sociedade.<sup>192</sup>

A tendência em imputar à vida, em toda e qualquer manifestação, um valor intrínseco e sagrado vem da idéia da criação do homem à imagem de Deus, que aliada à preocupação com a sobrevivência da nossa espécie como um todo, reflete a idéia da inviolabilidade da vida humana. Neste sentido, ressalta o autor que qualquer criatura humana, inclusive o embrião mais imaturo, é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz, como que do nada, um ser completo e racional. Além disso, é, também, um triunfo ao que costumamos chamar de o “milagre” da reprodução humana, que faz com que cada novo ser humano seja distinto dos seres humanos que o criaram e, ao mesmo tempo, uma continuação dos mesmos. O milagre natural começa muito antes do nascimento, começa na identidade genética do embrião.<sup>193</sup>

Fukuyama argumenta a necessidade de se questionar o *status* moral do embrião, a partir de uma visão além da religiosa, baseada numa perspectiva dos direitos naturais. Para este autor, seria possível argumentar que é razoável atribuir-se aos nascituros, direitos diferentes dos bebês e crianças. Pois, embora possuam elementos humanos, não podem ser capazes de razão ou de escolha moral. Da mesma forma, um embrião também carece de algumas características que um

---

<sup>190</sup> GRACIA, op. cit., p. 79-80.

<sup>191</sup> DWORKIN, op. cit., p.30.

<sup>192</sup> Ibid., p.47-8.

recém-nascido possui, porém, não pode ser considerado um simples amontoado de células ou tecidos, pois possui o “potencial” de se tornar um ser humano pleno. Assim, sob este aspecto, só difere de um bebê no grau em que realizou seu potencial natural, o que também, difere um bebê de um adulto. E conclui que, embora se possa atribuir a um embrião um *status* inferior a de um bebê, ele tem *status* mais elevado que outros tipos de células ou tecidos.<sup>194</sup>

A falta de características humanas observáveis no embrião dificulta uma maior empatia com o mesmo e sua imediata identificação como ser humano. Zatz justifica que, quando os médicos e biólogos falam de embriões, muita gente pensa que eles se referem a fetos, “com perninhas e bracinhos. Mas nos referimos a montinhos de células [...] que têm um potencial de vida baixíssimo.”<sup>195</sup>

E segue justificando que:

A ciência tem uma visão, que eu acho bastante interessante, segundo a qual não existe começo ou fim: a vida seria um ciclo. Ou seja, um embrião se forma, se desenvolve e um dia vai produzir células germinativas que vão originar um novo ser. Levando em conta esta filosofia, para um embrião congelado, que não tem qualidade para formar uma vida, o ciclo acabou. Mas se, a partir deste embrião, forem extraídas células-tronco que podem curar, por exemplo, uma criança acometida por uma doença letal, estaremos mantendo o ciclo da vida.<sup>196</sup>

Segundo Barroso, “o reconhecimento de uma linha divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana é uma das grandes questões do debate ético contemporâneo.”<sup>197</sup> Com relação às teorias defendidas no plano teórico acerca do início da vida humana, é possível enunciar as seguintes (sem a pretensão de exaurimento): (i) a vida tem início com a fecundação; (ii) com a nidação; (iii) quando o feto passa a ter condições de existir sem a mãe (entre a 24<sup>a</sup> e a 26<sup>a</sup> semanas de gestação); (iv) quando há a formação do sistema nervoso central. Com isso, pretende-se demonstrar a existência do que a filosofia denomina de “desacordo

<sup>193</sup> DWORKIN, op. cit., p.115.

<sup>194</sup> FUKUYAMA, op.cit., p. 184.

<sup>195</sup> ZATZ, Mayana. **Entrevista colhida do sítio**, 13 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u11310.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

<sup>196</sup> ZATZ, Mayana. **Entrevista colhida do sítio**, 13 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u11310.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

<sup>197</sup> BARROSO, **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Cit., p. 676.

moral razoável<sup>198</sup> – que nada mais é do que a ausência de consenso entre posições racionalmente defensáveis.

Outro campo de extrema importância para que possamos avançar no estudo sobre os aspectos penais e a tutela penal dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* é sua análise pela ótica do direito civil.

O artigo 2º do Código Civil vigente prescreve que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Da análise do referido dispositivo legal, dúvidas podem surgir quando da fixação do início da vida do *conceptus*, se este é concebido em laboratório e não pelo processo natural de reprodução.

Certo que o artigo 2º do Código Civil faz referência à concepção, ao ressaltar o direito do nascituro, mas deixa em aberto se está a tratar somente do embrião que venha a lograr nascimento com vida e, portanto, que seja necessariamente implantado em útero, ou, também, do embrião *in vitro*. Dessa forma, algumas teorias procuram explicar a natureza jurídica do embrião *in vitro*.

Para os adeptos da teoria natalista, a personalidade civil somente teria início com o nascimento com vida da criança. Nesse sentido é a lição de Rafful, para quem:

[...] a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, cujo embasamento é estabelecido através do artigo 4º do Código Civil Brasileiro, entretanto, como se pode notar, esta teoria não explica por completo a situação jurídica do nascituro uma vez que não menciona o porquê do reconhecimento de direitos ao nascituro.<sup>199</sup>

Corroborando tal entendimento, Pereira afirma que:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem em estado potencial [...] se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de

---

<sup>198</sup> Id. **Nos limites da vida:** aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 248.

<sup>199</sup> RAFULL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade.** São Paulo: Themis, 2000. p. 93.

direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.<sup>200</sup>

Para a teoria natalista, o embrião *in vitro* não é pessoa. Observe-se que a negativa não se refere à vida humana, mas, sim, à personalidade. E, por não ser pessoa, não é sujeito de direitos, o que leva a afirmar a ausência do direito à vida.<sup>201</sup>

A corrente da personalidade condicional defende que, “embora o nascituro tivesse adquirido a personalidade desde a concepção, sua efetivação estaria ligada ao nascimento com vida, ou seja, pressuposto para a aquisição da personalidade”.<sup>202</sup>

Para Pontes de Miranda:

no útero, a criança não é pessoa, se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.<sup>203</sup>

De outra forma, para os defensores da corrente denominada concepcionista, diversamente do que afirmam as demais teorias, a personalidade teria início a partir da concepção e não do nascimento com vida, porquanto muitos dos direitos e *status* do *conceptus* não dependeriam do seu nascimento com vida, a teor do que se infere do aludido dispositivo civil.<sup>204</sup>

Essa corrente usa como argumento a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que dispõe, em seu artigo 4º, o seguinte: “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.”

<sup>200</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 217.

<sup>201</sup> SEMIÃO, op. cit., p. 179.

<sup>202</sup> FREDIANI, Yone. Patrimônio genético. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 2, p. 136, abr./jun. 2000.

<sup>203</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 162.

Inobstante as referidas teorias, surge um impasse ao tentar-se conceituar qual a natureza jurídica do embrião *in vitro*, o qual muitas vezes poderá nunca ser implantando no útero.

Segundo Melaré, os embriões cultivados *in vitro*, em clínicas de fertilização, são meros agrupamentos de células que, se não implantados no útero da mulher, nada mais serão do que refugo biológico destinado ao lixo. Esses embriões, menores do que a ponta de uma agulha, não se transformarão em seres humanos em auto-multiplicação extra-corpórea. Não têm eles qualquer expectativa de desenvolvimento autônomo, qualquer atividade sensorial ou cerebrina, e não possuem órgãos, coração, fígado, pâncreas. Constituem um punhado de células informes. Para a autora, embriões descartados para implantação no útero, por má-qualidade, má-formação ou qualquer outro motivo, não gerarão vida alguma. Serão irremediavelmente destruídos. Para esse simples material biológico não há qualquer proteção jurídica, constitucional ou civil.<sup>205</sup>

Para Coelho:

O fato jurídico que define a natureza do embrião *in vitro* é sua implantação, ou não, *in* útero. Se ocorrer esse fato, tenderá a ter o destino biológico do ser humano (nascer, crescer, reproduzir e morrer). Será sujeito de direito desde a fertilização, caso venha a nascer com vida. Não implantado *in* útero, terá outro destino e sua natureza jurídica será a de objeto de direito (coisa).<sup>206</sup>

Nascituro é o ser humano que já foi concebido e que irá nascer. Importante ressaltar que o embrião humano apenas será considerado nascituro se estiver implantado no útero. Assim, segundo Barboza o nascituro possui personalidade – qualidade inerente à condição de ser humano – reconhecida desde a concepção. Porém, sua capacidade jurídica está condicionada ao nascimento com vida.<sup>207</sup>

É nesse sentido que se traz a conclusão de Barroso, onde:

---

<sup>204</sup> RAFULL, op. cit., p. 94.

<sup>205</sup> MELARÉ, Márcia Regina Machado. **Direito à vida, Sim às pesquisas com células-tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33284>>. Acesso em 15 abr. 2008.

<sup>206</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

<sup>207</sup> BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Cit., p. 83.

O embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um *nascituro*, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extracorporal.<sup>208</sup>

Da análise do nosso Código Civil vigente, percebemos que o mesmo contém apenas dispositivos aplicáveis ao nascituro, entendido como ser concebido e já implantado no útero. Ressalte-se que o mesmo não traduz a realidade social, haja vista, a rápida evolução da medicina no campo da reprodução medicamente assistida. Assim, enquanto a medicina alcança avanços a passos largos, o direito não acompanha os acontecimentos com a mesma velocidade, deixando os embriões *in vitro* à sua margem.

Representando realidade nova, totalmente alheia à tradição que fundamentou a codificação civil brasileira, o embrião concebido e mantido em laboratório mostra-se estranho ao modelo clássico. Segundo Meirelles, ele não é pessoa natural, pois inexistente o nascimento com vida; não é nascituro, porquanto, evidentemente caracteriza-se como tal apenas o ser concebido e em desenvolvimento no ventre materno; tampouco é prole eventual, posto que concepção já houve, o que parece afastar a eventualidade.<sup>209</sup>

Neste sentido, importante se faz a análise das terminologias empregadas com o intuito de buscar-se enquadramento jurídico para o embrião:

Havendo fertilização *in vitro*, distingue-se, nestes termos, o *embrião* do *nascituro*, entendendo-se esse último como o ser já em gestação que, ao que se sabe até a presente data, só pode ocorrer no útero da mulher. [...] Por conseguinte, não há atualmente no Direito brasileiro (este texto é anterior à Lei nº 11.105/2005), disciplina legal quanto ao embrião humano, na medida em que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002, contém dispositivos que parecem aplicáveis apenas ao nascituro, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero de uma mulher.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> BARROSO, **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 252.

<sup>209</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 57.

<sup>210</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 249 e 257.

De outro modo, importante destacar o critério da atividade cerebral como marco para o início da vida, já analisado.<sup>211</sup> Pois tem-se que, segundo a legislação vigente em nosso país, o término da vida dá-se com a morte encefálica. Assim, o que a caracteriza é a extinção da atividade cerebral (ou seja, pela paralisação das funções cerebrais). Portanto, tem-se que, se o conceito de morte é aceito como aquele onde se verifica a ausência de atividade cerebral, da mesma forma, pode-se considerar o início da vida humana quando da formação do sistema nervoso.

Uma preocupação levantada por Barboza diz respeito à conceituação jurídica desse ser – embrião (entendido aqui no sentido amplo). Segundo ela, sendo certo que o concebido não é *coisa*, atribuir ao embrião pré-implantatório, natureza de pessoa ou personalidade, seria uma demasia, visto que poderá permanecer *indefinidamente* como uma potencialidade. Assim, em seu entendimento, parece que o mais razoável, à luz da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma ‘tutela particular’, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, senão com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado.<sup>212</sup>

## 2.5 O DIREITO À VIDA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não temos dúvida de que a Constituição Federal tem como base a proteção da vida humana. O que nos propomos a demonstrar é a divergência que existe na conceituação e delimitação do termo vida humana e de quando inicia a vida humana protegida constitucionalmente.

Alarcón sustenta que a generalidade e abrangência do conceito vida humana previsto na Constituição Federal deve ser alargado em decorrência das situações inovadoras da ordem social que requerem uma maior abrangência da

---

<sup>211</sup> Capítulo 2.3.1.4.

<sup>212</sup> BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Cit., p. 83.

cobertura jurídica da expressão.<sup>213</sup> Assim, entende o autor que, frente às inovações tecnológicas, e às técnicas de reprodução assistida, temos que readequar o conceito vida humana como forma de aplicá-lo e resguardá-lo dentro da proposta constitucional.

Inobstante a visão do autor, da análise de todas as teorias sobre o início da vida apresentadas, percebemos grandes controvérsias entre elas, não existindo consenso quanto aos limites constitucionais de sua proteção, principalmente no que refere aos embriões *in vitro*. Além disso, o conceito de pessoa, que já é problemático por si só,<sup>214</sup> reflete maior dificuldade em relação a sua aplicação ao embrião *in vitro*. “Por isso se impõe a necessidade de um diálogo interdisciplinar, o único capaz de favorecer a visão e conjunto, a partir da qual todos os elementos (filosóficos, sociais, biológicos, culturais, etc.) implicados na questão sejam examinados e apreciados.”<sup>215</sup>

Esse debate possibilitará a tomada de postura sobre o tema com maior clareza. Postura esta que certamente dependerá da adoção de alguma teoria que procura explicar quando inicia a vida humana, e que certamente refletirá na discussão sobre o estatuto jurídico do embrião e os aspectos penais que os envolvem.

O que fazer com os embriões excedentes da fertilização *in vitro*? Essa pergunta impera em diversos ramos do saber, tanto médico, como biológico, quanto

<sup>213</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1998**. São Paulo: Método, 2004. p. 187-8.

<sup>214</sup> Para X. Thévenot, é explícito que o conceito de pessoa se insere profundamente no âmbito filosófico e teológico. Não deriva das ciências exatas. Desse modo, a elucidação que se propõe definir a pessoa deve considerá-la na sua globalidade. A própria filosofia na tentativa de definir a pessoa se defronta com um paradoxo: o de afirmar que a pessoa, por ser diferente de qualquer outro objeto, não se deixa definir ou ser compreendida totalmente. Para conhecer o outro como pessoa, o empenho com ele num relacionamento de compromisso e de respeito é impreterível. E é somente através desse relacionamento ético que entendemos o valor da pessoa do outro. Disso decorrem duas conclusões preciosas para a Bioética: a) A ciência é útil para descrever um fenômeno real, por exemplo, que a união das células sexuais constitui um embrião da espécie humana, que o eletroencefalograma indica ou não a morte cerebral. Contudo, a partir destes dados a ciência não pode pretensamente afirmar se este embrião ou este enfermo em como são pessoas ou não; b) O saber filosófico também tem a sua utilidade. É útil enquanto ajuda a descrever os aspectos fundamentais da pessoa: a consciência, a liberdade, etc. No entanto, ele também é limitado. Quando, por exemplo, a pessoa se apresenta privada de certas propriedades, é o empenho ético para com ela que sobressai. SILVA, Márcio Bolda da. **Bioética e a questão da justificação moral**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 88.

<sup>215</sup> SILVA, op. cit., p. 88.

jurídico. É um problema que não se pode mais adiar a solução. Os embriões existem aos milhares, congelados nas clínicas de reprodução assistida. A Lei de Biossegurança procurou, de forma simples, tentar resolver tamanho problema, autorizando que embriões inviáveis, ou congelados há mais de três anos, fossem usados para pesquisa. A solução pareceu viável frente à falta de opção: pesquisa ou lixo?<sup>216</sup> Muitos dos Deputados e Senadores<sup>217</sup> que participaram da aprovação da referida Lei, embora ferrenhos defensores do direito à vida, optaram por salvar vidas com o uso de células-tronco dos embriões congelados, pois não vislumbravam alternativa que não o lixo para eles. Assim, foi aprovado o artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Com fundamento no posicionamento de que o embrião é detentor de vida humana, o Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510-0 contra o disposto no art. 5º da Lei de Biossegurança, alegando que a pesquisa com células-tronco embrionárias “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”.<sup>218</sup>

Este também é o posicionamento do médico de reprodução assistida Perin, da clínica de reprodução assistida Diagnóstico Sonográfico (Diason) que afirmou:

Existem dois grupos principais de embriões que são congelados: os de bom potencial reprodutivo (com 30 a 40% de chance), e que sobraram de tratamento de pacientes que conseguiram engravidar; e os de baixo potencial (menos de 10%), resultado de tratamentos em que a paciente não engravidou. Perin acredita que o primeiro grupo talvez possa ser doado a casais com dificuldades de reprodução e sem condições de arcar com os custos de um tratamento.<sup>219</sup> (grifo nosso)

---

<sup>216</sup> Neste sentido: CARDOSO, Dep. Alexandre (PSB/RJ) na votação final no Plenário da Câmara em 02/03/05: “É uma inverdade dizer que se está falando sobre a vida, porque se esse embrião não for usado em pesquisa, vai para o lixo.”

<sup>217</sup> Dentre eles: Sen. Ney Suassuna, (PMDB/PB); Sen. Arthur Virgílio, (PSDB/AM); Sen. Osmar Dias, (PDT/PR); Dep. Alexandre Cardoso, (PSB/RJ); Sen. Tião Viana, (PT/AC)

<sup>218</sup> REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 31 de maio de 2005. **Início da vida**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/35132,1>>. Acesso em: 26 set. 2008.

<sup>219</sup> ADOÇÃO DE EMBRIÕES PODE SER ALTERNATIVA AO SEU USO EM PESQUISAS. Disponível em: <[http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas\\_tronco.htm](http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas_tronco.htm)>. Acesso em: 26 set. 2008.

Na petição inicial da referida Adin, Fonteles argumentou que: a) “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “*ser humano embrionário*”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.<sup>220</sup>

Em contrapartida, baseada em peça elaborada por Abritta, foram apresentados os argumentos da constitucionalidade do referido dispositivo, justificando a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, valores amparados constitucionalmente.<sup>221</sup>

A referida ação mobilizou diversos grupos e segmentos sociais que clamavam pela preservação do direito à vida dos embriões congelados. De forma que muitas entidades sociais habilitaram-se no processo como interessadas. Além disso, pela especialidade do tema em debate foi determinada, com fulcro no Art. 9º, § 1º da Lei nº. 9.868/99,<sup>222</sup> audiência pública, que se realizou em 20/04/2007, onde várias autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas referidos na Adin. Após, a ação foi posta a julgamento.

O relator Ministro Carlos de Ayres Britto, teceu brilhante argumentação para definir-se favoravelmente à constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Ele iniciou destacando a diferença entre o direito à vida, garantido pela Constituição Federal, e qual seria o marco legislativo do início desse direito:

---

<sup>220</sup> FONTELES, Cláudio. **Constante do voto do Relator Ministro Carlos de Ayres Britto do julgamento da Adin nº. 3510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2008, p. 02.

<sup>221</sup> ABRITTA, Rafaelo. **Constante no voto do Relator Ministro Carlos de Ayres Britto do julgamento da Adin nº. 3510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2008, p. 03.

<sup>222</sup> Art. 9º, § 1º da Lei nº. 9.868/99 - “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. [...] não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. [...] se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana.** Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro**, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.<sup>223</sup> (grifo no original)

Ressaltou, também, que na utilização do embrião *in vitro* para pesquisas não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” também assim nenhum espécime feminino engravida a distância, ou por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher.<sup>224</sup>

Argumentando que o embrião só pode ser considerado nascituro a partir da nidação, refere, ainda que, não se trata sequer de interromper uma trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, “**simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva**”. Impossível um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”.<sup>225</sup>

O Ministro utilizou, como fundamento em defesa da fertilização *in vitro*, a liberdade procriativa prevista nos artigos 226, 227 e 229 da Constituição Federal. E questionou frente à legitimidade do uso da técnica se “fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados?” E ele mesmo responde negativamente a pergunta, afirmando que

não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa

---

parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>223</sup> BRITTO, Carlos de Ayres. **Voto na ADIN Nº. 3510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2008. p. 34-6.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>225</sup> *Ibid.*, *idem*.

senão em virtude de lei”, reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”.<sup>226</sup>

Além disso, destacou como motivo do não dever de aproveitamento, a falta de proximidade e vínculo de afetividade para com o embrião *in vitro* que é bem menor do que com o zigoto que se desenvolve no ventre da mulher.<sup>227</sup>

O Ministro foi além dos critérios biológicos em sua argumentação, destacou a importância da relação mãe-filho, verdadeiro sentido da maternidade, “essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria inda maior que a de sociedade)”.<sup>228</sup> Fazendo referência aos critérios que determina a morte cerebral, argumentou que para os embriões *in vitro* faltam todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. “Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação.”<sup>229</sup> Assim, destaca que “o cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio.”<sup>230</sup>

Em seu voto, Britto não deixou de destacar o nobre destino que terão os embriões excedentes nos termos da Lei de Biossegurança, defendeu que a lei “não significou um desprezo ou despreço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, **porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio**”.<sup>231</sup>

Já em vias de conclusão, fez referência ao direito à livre expressão da atividade científica constante da Constituição Federal, afirmando que a Lei, ao possibilitar o uso de embriões congelados há mais de três anos para pesquisa, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa

---

<sup>226</sup> BRITTO, op. cit., p. 49.

<sup>227</sup> Ibid., p. 51.

<sup>228</sup> Ibid., p. 56.

<sup>229</sup> Ibid., p. 61.

<sup>230</sup> Ibid., p. 63.

apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus.<sup>232</sup>

Conclui o Ministro, que as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas:

a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensa-se mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez).<sup>233</sup>

Assim, julgando improcedente a ADIN, o Ministro defendeu a pesquisa com células-tronco embrionárias em embriões congelados há mais de três anos ou inviáveis nos termos da Lei nº. 11.105/95.

A Ministra Ellen em seu voto ressaltou a importância da resposta dada pelo legislador brasileiro a “uma inquietante realidade que não mereceu maiores considerações na peça inicial da presente ação direta”. A Ministra referia-se aos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, “que são descartados ou congelados por tempo indefinido, sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados em algum órgão uterino e prossigam na formação de uma pessoa humana”. Destacou que embora a “relevantíssima questão sobre os procedimentos de reprodução assistida”, apesar da tramitação de alguns projetos de lei, nunca foi objeto de regulamentação pelo Congresso Nacional.

Ressaltando a importância da resposta dada pelo legislador, a Ministra ponderou que nesse “cenário fático e lacunoso com o qual se deparou o legislador brasileiro em 2005”, quando foi chamado a deliberar sobre a utilização dos embriões humanos, inviáveis ou já há muito tempo criopreservados, nas “promissoras

---

<sup>231</sup> BRITTO, op. cit., p. 63.

<sup>232</sup> Ibid., p. 70.

pesquisas científicas das células-tronco”, já desenvolvidas, em diversas e avançadas linhas, nos mais importantes países do mundo, “não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte”.<sup>234</sup>

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, considerando parcialmente procedente a ADIN, lembrou que falta capacitação às agências sanitárias para fiscalização das clínicas e dos embriões em poder dessas clínicas. “É necessária uma regulamentação do setor, que ainda não existe”, além disso, o ministro disse que se preocupa com o risco de que se realizem experiências genéticas e até mesmo clonagem humana, exatamente pela falta da fiscalização.<sup>235</sup>

O Ministro Cezar Peluso argumentou que as pesquisas com células-tronco embrionárias não ofendem o direito à vida. Para ele, a vida é resultado de uma sucessão contínua de mudanças e, por isso, ela não existe no ser que não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, como ocorre com os embriões congelados, que têm seu processo de desenvolvimento suspenso. Destacou também, a importância da precisão da Lei que exige o consentimento dos genitores para que os embriões congelados sejam pesquisados. Além disso, ressaltou que a Constituição Federal e a Lei de Biossegurança só autorizam pesquisas com células-tronco com caráter unicamente terapêutico e que a legislação vigente precisa ajustar-se, no ponto, aos ditames constitucionais, para que compreenda, no alcance de normas mais severas e peremptórias, todos os responsáveis pelo efetivo controle que pretende seja exercido [sobre as pesquisas], sobretudo pelo Estado.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Ibid., p. 58.

<sup>234</sup> GRACIE, Ministra Ellen. **Voto na ADIN Nº. 3510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2008. p. 01-9.

<sup>235</sup> DIREITO2.COM.BR. 28 de maio de 2008. **Direto do Plenário**: Menezes Direito conclui voto-vista. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/stf/2008/mai/28/direto-do-plenario-menezes-direito-conclui-voto-vista>>. Acesso em: 21 out. 2008.

<sup>236</sup> DIREITO2.COM.BR. 28 de maio de 2008. **Ministro Cezar Peluso é favorável a pesquisas com células-tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/stf/2008/mai/28/ministro-cezar-peluso-e-favoravel-a-pesquisas-com-celulas-tronco>>. Acesso em: 21 out. 2008.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde para atender ao texto constitucional.

Ao final, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a referida ação, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Embora a referida lei não tivesse como escopo regulamentar as técnicas de reprodução assistida, disciplinou e ofereceu um destino, nobre no entendimento da maioria dos Ministros, aos milhares de embriões congelados existentes no Brasil. Embora de discutível técnica, pois não determina o que deva ser entendido por inviável, e de teor limitado, não disciplina a doação de embriões a casais inférteis, pois não redigida para esse fim, já temos uma opção frente ao descarte dos embriões congelados.

## 2.6 A DIGNIDADE HUMANA E O EMBRIÃO *IN VITRO*

A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio de toda ordem jurídica do Brasil. Sobre o princípio Piovesan argumenta:

A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”<sup>237</sup>

Segundo Sarlet, a dignidade da pessoa humana está vinculada à idéia de que não é possível a submissão do homem à condição de mero objeto do Estado e

---

<sup>237</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54-5.

de terceiros. Elevá-la como direito significa considerar o homem como o centro do universo jurídico.<sup>238</sup>

A dignidade da pessoa é qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Atributo intrínseco da pessoa humana, não é criada, nem concedida pelo ordenamento jurídico, motivo por que não pode ser retirada, pois é inerente a cada ser humano.<sup>239</sup> Constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, não podendo ser confundida com a referida humanidade como um todo.<sup>240</sup>

Da análise do princípio referido, surgem questionamentos quando o relacionamos com os embriões excedentes da fertilização *in vitro*. Teriam os referidos embriões dignidade humana? Seriam estes embriões detentores de dignidade humana proclamada na Constituição Federal?

Novamente, temos que nos reportar às teorias sobre o início da vida. Para os que defendem que o embrião é um ser humano desde a concepção, ainda que em potencial, tem ele dignidade e merece respeito. Sendo aceitáveis somente procedimentos terapêuticos nos mesmos, visando o seu bem-estar.<sup>241</sup>

Em sentido oposto, Barroso defende que não sendo o embrião uma pessoa, não há que se falar, a rigor, em *dignidade humana*. Não se deve desprezar, todavia, o fato de tratar-se de um ser humano em potencial. E muito embora possa permanecer indefinidamente como uma mera potencialidade, não deve ser instrumentalizado. De fato, a noção de potencialidade traduz-se como a qualidade do que ainda não é, mas que pode vir a ser, dadas determinadas *condições*, que podem ser *internas* ou *externas*. No caso, as condições internas são as

---

<sup>238</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 59.

<sup>239</sup> Id. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41.

<sup>240</sup> Ibid., p. 52.

<sup>241</sup> PETRACO, op. cit., p.04.

características próprias do embrião, a sua constituição genética; as externas são as relativas à implantação em um útero preparado para recebê-lo.<sup>242</sup>

A análise da dignidade do embrião, nessa ótica, deve fundamentar-se no fim para o qual foi produzido. Sendo o embrião resultante da fertilização *in vitro*, para fins de reprodução, vindo a ser implantado no útero materno, não se questiona sua dignidade como pessoa humana que é em desenvolvimento. Também, deve ser protegida sua dignidade para evitarem-se fins utilitaristas, ou seja, sua produção para fins de pesquisa somente, por exemplo. Nesse sentido, o embrião deixaria de ser um fim, para constituir um meio para fins específicos, tendo atingida sua dignidade humana.

Uma alternativa intermediária é proposta por Barroso quando argumenta que, partindo do fato de que os embriões excedentes são uma realidade, o congelamento por prazo indeterminado ou a destruição de um embrião ferem mais sua dignidade do que se forem utilizados em pesquisas. Sendo que os embriões foram produzidos com o objetivo de serem implantados em um útero materno e de tornarem-se, no futuro, seres humanos; como a implantação não ocorreu, não há razões para que suas células não sejam utilizadas para promover a vida e a saúde de pessoas que sofrem de graves patologias.<sup>243</sup>

Outro aspecto a ser analisado em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e às técnicas de reprodução assistida, mais especificadamente, a fertilização *in vitro*, é a dignidade dos genitores do embrião excedente. Sendo que, o sucesso da técnica da fertilização *in vitro* tem aumento significativo com a produção de um número de embriões excedentes ao necessário para uma primeira tentativa de transferência para o útero,<sup>244</sup> onde são transferidos de três a quatro, resultando normalmente a produção de mais embriões para serem utilizados em caso da gravidez não ocorrer. Bem como, pressupondo o direito fundamental à reprodução e à procriação assistida,<sup>245</sup> caso fosse considerado que estes embriões têm direito à

---

<sup>242</sup> BARROSO, **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 254-5.

<sup>243</sup> Ibid., p. 256-7.

<sup>244</sup> Ver capítulo 1.2.

<sup>245</sup> Ver capítulo 2.2.

vida e, portanto, não podem ser destruídos, ou talvez nem produzidos em excesso (inviabilizando a técnica) restaria estabelecido um conflito entre o direito à dignidade dos genitores, por terem restringido seu direito à reprodução e o direito à vida dos embriões.

Neste caso, surge a dúvida de qual dos direitos deva prevalecer, a dignidade dos genitores em ter preservado seu direito à reprodução através da ciência, e ao planejamento familiar, ou a vida do embrião excedente, que com maior probabilidade não irá ser implantado no útero seja por ausência de vontade dos genitores, que já realizaram o sonho de ter um filho, ou pelo decurso do tempo, quando após muito tempo crioconservado tornar-se-á inviável, ou ainda, que poderá ser destruído.

Note-se, a dignidade nasce com o ser humano, e o direito é criado pelo homem e para homem, isto é, o homem é o ponto central de todo ordenamento jurídico. Portanto, não basta a existência de uma vida humana, é preciso que esta seja digna, daí a supremacia da garantia da dignidade em relação à garantia da vida.<sup>246</sup>

Moraes lembra que a Constituição Federal proclama o direito à vida cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da república federativa do Brasil, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.<sup>247</sup>

Portanto, não basta ter vida, é necessário que esta seja digna. Antes de ter questionado se um embrião excedente tem direito à vida, não seria mais importante

---

<sup>246</sup> RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 52.

questionarmos se um embrião excedente, abandonado pelos genitores, teria uma vida digna? Em caso negativo, será que estaria inviabilizado o seu direito de nascer, oposto ao desejo dos genitores?

Neste sentido, transcreve-se a lição de Sarlet:

onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>248</sup>

Neste contexto, a defesa da vida por si só não basta. O filho resultante da fertilização *in vitro* é sempre muito desejado, e a técnica ainda não é possível sem a produção de embriões excedentes. A implantação de todos os embriões excedentários é, geralmente, inviável. Mesmo que eles sejam considerados vida humana plena, ou em potencial, os genitores não podem ser obrigados a implantá-los, sob pena de terem sua dignidade ferida. Assim, alternativas devem ser estudadas, como a doação para outros casais inférteis, ou sua utilização para pesquisas, que pretendemos abordar mais adiante.

---

<sup>247</sup> MORAES, **Direito Constitucional**. Cit., p. 61.

<sup>248</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

### 3 ASPECTOS JURIDICO-PENAIIS DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

Após a análise, nos dois primeiros capítulos, dos aspectos científicos e filosóficos dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, bem como, dos direitos fundamentais que os envolvem, propomo-nos agora a analisar os aspectos jurídico-penais dos mesmos.

#### 3.1 O BEM JURIDICO-PENAL

Pensamos que a questão da criminalização ou não de condutas como a produção para pesquisas, a comercialização, a destruição e a doação de embriões devam ter como fundamento o bem jurídico envolvido.

Ressalta Minahim que o Direito, e especialmente o Direito Penal, não deve ser dado para coagir as pessoas em razão de sua posição moral, mas, por outro lado, não se pode refutar a estreita ligação entre direito e moral, “relação que pode ser constatada quando se considera que as máximas morais geram os costumes, os quais, por sua vez, servem como fonte material do legislador”.<sup>249</sup>

Dessa forma, a análise das questões morais sobre a natureza do embrião *in vitro* e o valor moral que outorgamos a ele, bem como sua qualificação como pessoa, terá reflexos na valorização do mesmo como merecedor ou não de tutela jurídica e, principalmente, a penal. Assim, devemos questionar se as condutas que envolvam o embrião *in vitro*, como a sua produção, para fins de reprodução, bem como para fins de pesquisa, a sua comercialização e até mesmo a sua destruição ou descarte, atingem algum bem jurídico penalmente tutelável.

Dessa feita, a importância do bem jurídico é captada sob dois enfoques: o político-criminal, que serve para determinar os rumos do Direito Penal, e o

---

<sup>249</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45.

dogmático, para apreender e identificar os objetos concretos de tutela penal, o que se conhece por conteúdo material do crime, isto é, o valor que se busca proteger por meio do Direito Penal.<sup>250</sup>

### 3.1.1 Teorias sobre o bem jurídico

A teorização acerca do conceito de bem jurídico sofreu um incremento a partir da primeira metade do século XIX, momento em que se iniciaram as refutações da concepção clássica (de matriz iluminista), que vigorava anteriormente, do crime como sendo uma ofensa a um direito subjetivo, passando a ser concebido como uma ofensa a bens.<sup>251</sup>

Birnbaum é considerado o responsável pela elaboração do conceito de bem jurídico-penal que rompe com essa visão iluminista, alicerçada na idéia de Feuerbach. Segundo este, o delito seria uma lesão a direito subjetivo, subordinado assim a um princípio material – a preservação da liberdade individual. Feuerbach esboçava um avanço, pois era uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal, uma vez que o delito deixa de ser visto como uma lesão de um dever para com o Estado. Diferentemente, Birnbaum passa a considerar o delito como sendo uma lesão a bens jurídicos.<sup>252</sup>

Binding considera o bem jurídico um pressuposto formal da norma incriminadora, consistindo o delito na lesão a um direito subjetivo do Estado. Estabelece uma relação entre as normas e os bens jurídicos, uma vez que as agressões aos direitos subjetivos somente se produziriam mediante a agressão aos bens jurídicos e seria inconcebível sem estes.<sup>253</sup> Para o autor, o bem jurídico é uma criação do direito, que elege os bens merecedores de tutela penal.<sup>254</sup>

---

<sup>250</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 287.

<sup>251</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 94.

<sup>252</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>254</sup> LOPES, op. cit., p. 296.

Liszt, por sua vez, confronta o Direito Penal com a complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que nela se movimentam, desenvolvendo uma dimensão material do injusto penal. Liszt confiava “na plasticidade reflexiva do direito para responder às exigências duma realidade múltipla e diferente”,<sup>255</sup> de forma que, define bem jurídico como sendo o interesse juridicamente protegido. Para o autor é a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. Segundo Sporleder de Souza, para Liszt esta noção de bem jurídico se “traduz num *conceito limite* da abstrata lógica jurídica. O conteúdo material anti-social do ilícito é independente da definição considerada pelo legislador. A norma jurídica ao invés de criar o bem jurídico, o encontra.”<sup>256</sup>

Com o surgimento da visão neokantiana, foi revalorizada a filosofia dos iluministas, como reação ao pensamento positivista, há a aplicação teleológica do bem jurídico, onde o bem jurídico deve ter como referência o mundo valorativo com o abandono do aspecto social. Há a equiparação de valor e fim, em detrimento da função garantista liberal do bem jurídico, com atenção para um critério de valoração, de interpretação do bem jurídico.<sup>257</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, a noção de bem jurídico foi reavaliada, e mais uma vez o poder punitivo estatal foi limitado. Duas correntes merecem importância: as sociológicas e as constitucionais. Da corrente sociológica merecem destaque: Amelung e Hassemer. Para Amelung, o Direito Penal é fundado num conceito de dano social, e o direito tem que garantir condições para a convivência humana.<sup>258</sup> Nesta perspectiva, os bens jurídicos são as funções necessárias para a conservação do sistema social.<sup>259</sup>

---

<sup>255</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal** – contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 69.

<sup>256</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 59-60.

<sup>257</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho** (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona: PPU, 1991. p. 60 e ss.

<sup>258</sup> ANDRADE, op.cit., p. 99.

<sup>259</sup> LUISI, Luiz. Bens Constitucionais e Criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal**, ano II, n. 4, p. 104, jan/abr. 1998.

Já para Hassemer é necessário o dano social para a legitimação punitiva, isto é, os bens jurídicos são considerados para a efetivação de uma política criminal. Assim, ele

eleva e vincula o objeto de tutela penal a um *status* de “categoria material” da *praxis* (política criminal legislativo-dogmática) no intuito de limitar o *ius puniendi* e estabelecer critérios racionais de seleção e legitimação de bens jurídicos a proteger legalmente.<sup>260</sup>

Segundo Prado, as teorias socialistas não conseguiram delimitar com precisão o conceito de bem jurídico, nem definir o que seria uma conduta lesiva, nem explicar o motivo pelo qual determinada sociedade criminaliza certas condutas, e outras não.<sup>261</sup>

De outra parte, as chamadas teorias constitucionais do direito penal buscam seu fundamento nos princípios basilares da Constituição, cuja premissa reside

na idéia de que o Estado de Direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, do que se deduz que a pena estatal não pode ser legitimamente infligida para impor o mero respeito a determinadas concepções morais.<sup>262</sup>

Partindo dessa teoria, Roxin<sup>263</sup> sugere a formulação de um “conceito constitucionalmente orientado de bem jurídico”. De acordo com o penalista, considerando que “cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos”, não cabe ao Estado a função de realizar “fins divinos ou transcendentais”, com o objetivo de “corrigir moralmente, mediante autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas.” Disso decorrem duas importantes conseqüências relacionadas com a legitimação do poder punitivo:

sendo o Estado democrático de direito, laico, fundado na soberania popular, não pode pretender moralizar o cidadão adulto, de modo que o legislador não está legitimado a criminalizar comportamentos simplesmente imorais.

<sup>260</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 77.

<sup>261</sup> PRADO, **Bem jurídico-penal e a Constituição**. Cit. p. 35.

<sup>262</sup> PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p.130.

<sup>263</sup> ROXIN apud PELARIN, op. cit., p.131.

Da mesma forma, como segunda conseqüência tem-se que a intervenção penal possui caráter subsidiário, devendo estar 'restrita à tutela dos bens jurídicos essenciais'.<sup>264</sup>

Especificamente, ao afirmar que não é todo bem jurídico que requer proteção penal, Prado destaca que, para ser elevado à categoria de um bem jurídico-penal, indispensável é a existência do interesse social relevante para o indivíduo. Para uma "política criminal restritiva da intervenção penal impõe subordinar esta última a valorações tipicamente jurídico-penais, que permitem selecionar com critérios próprios os objetos dignos de amparo penal e não só *in genere*." Desse modo, "para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescer ainda o juízo de suficiente importância social."<sup>265</sup>

Este pensamento se baseia em que a única limitação para a eleição de bens jurídicos é a Constituição, levando-se em conta a liberdade do indivíduo e delimitando o *ius puniendi* do Estado. Nesse sentido, o bem jurídico-penal é tido como valor social e reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem na sociedade, e deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico indicado na Constituição e com os princípios do Estado Democrático e Social de Direito.<sup>266</sup>

Para Lopes:

é dever registrar que os mais consagrados autores de Direito Penal da atualidade [...] vão buscar na Constituição os fundamentos de validade e limites de intervenção do Direito penal, na medida em que é esta que exprime o tipo de Estado e seus fins e, conseqüentemente, limita também os fins da tutela penal. Não fazem derivar de um conceito abstrato de bem jurídico o âmbito através da indagação sobre os fins da pena, de acordo com o tipo de Estado constitucional consagrado em seus princípios fundamentais.<sup>267</sup>

<sup>264</sup> ROXIN apud PELARIN, op. cit., p.132. Dentre os autores adeptos a teoria constitucional do Direito Penal, destacam-se Jorge de Figueiredo Dias; Alberto Silva Franco, Maurício Ribeiro Lopes; Luiz Régis Prado; Luiz Luisi e Nilo Batista.

<sup>265</sup> PRADO, **Bem jurídico-penal e Constituição**. Cit., p. 89.

<sup>266</sup> Ibid., p. 50.

<sup>267</sup> LOPES, op. cit., p. 349.

Por fim, cumpre ressaltar o que refere Luisi como “constitucionalização dos bens jurídico-penais”, como sendo a Constituição o local onde o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger. E, segundo o autor, essa constitucionalização do bem jurídico pode ter duas interpretações. A primeira entende que há uma vinculação entre a criação dos tipos penais aos princípios fundamentais presentes na Constituição. A segunda, mais restrita, refere que o legislador penal encontra na Constituição prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos que merecem tutela penal.<sup>268</sup>

### 3.1.2 Conceito de bem jurídico-penal

Para a análise do bem jurídico envolvido no tema em estudo, devemos discutir se os embriões são considerados vida humana em si mesmo ou somente uma vida em potencial,<sup>269</sup> que depende de outro ser humano para se realizar, e se os mesmos são detentores de dignidade humana ou de outro direito fundamental que requeira proteção penal. Os capítulos precedentes buscaram obter respostas para estas questões, e agora, iremos analisá-las no âmbito do direito penal.

O conceito do bem jurídico permite definir a existência de delitos nos quais inexistente um bem jurídico relevante a ponto de dispensar-lhe proteção penal, sendo suficiente aquela prevista por outros ramos do ordenamento jurídico.<sup>270</sup>

Conforme leciona Polaino Navarrete, sem a realização de um comportamento antijurídico que por sua gravidade requer cominação penal, e sem a presença de um objeto de proteção possuidor de significação social que exija garantia punitiva, o direito penal careceria de sentido como ordem jurídica de valor e

---

<sup>268</sup> LUISI, **Bens Constitucionais e Criminalização**. Cit., p. 105.

<sup>269</sup> Nomenclatura utilizada pelo Comitê ético francês o qual designa que “o embrião humano desde a fecundação pertence à ordem do ser e do ter, da pessoa e não da coisa ou animal. Deve ser considerado eticamente como um sujeito em potência, como uma alteridade da qual não se pode dispor sem limites e cuja dignidade assinala os limites ao poder ou domínio por parte dos outros”. (SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit. p. 253).

<sup>270</sup> LOPES, op. cit., p. 326.

como meio de controle político-criminal.<sup>271</sup> Nesse sentido, o conceito de bem jurídico tem extrema relevância para a justificação normativa do sistema penal, como se observa no caso em exame.

Portanto, a missão do Direito Penal deve estar sempre em conformidade com as idéias de Estado de Direito e limites constitucionais. Além disso, o Direito Penal ocupa-se da proteção dos bens jurídicos mais caros à humanidade, através do controle social formalizado e baseado em princípios valorativos, na medida em que prevê sanções para a infração dos mesmos, deixando a cargo de outras instituições o controle de infrações menos graves e que possam por estas ser resolvidas.<sup>272</sup>

A base para se delimitar a conceituação de bem jurídico está na definição de bem. Por bem se entende tudo que é suscetível de reportar utilidade à pessoa individual ou à coexistência coletiva. O bem, em sua concepção social, está em oposição ao mal. Esta concepção é idônea para servir de base a uma valoração jurídica, sendo pressuposto lógico e necessário de bem jurídico, enquanto categoria normativa que porta valor.<sup>273</sup>

#### Tavares define bem jurídico

como elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes.<sup>274</sup>

Por outro lado, o conceito de bem jurídico-penal deve estar pautado na Constituição, de modo a legitimar o poder punitivo do Estado. A razão dessa exigência encontra-se no fato de que a intervenção do Estado na esfera penal culmina na privação e/ou restrição da liberdade individual, que também é contemplada pela Carta Magna.

---

<sup>271</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El injusto típico en la teoría del delito**. Argentina: Mario A. Vieira Editor, 2000. p. 319.

<sup>272</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE. Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1989. p 110-5.

<sup>273</sup> POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 320.

<sup>274</sup> TAVARES, Juarez. **Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 198.

Segundo Bianchini, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. Defende a autora, ser inconcebível que o Direito Penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores que a sociedade produz.<sup>275</sup> Assim, cabe-nos identificar se há nas condutas que envolvem os embriões excedentes da fertilização *in vitro* algum bem jurídico tutelável, de acordo ainda, com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, analisados no capítulo 2.

### **3.1.3 O(s) bem(ns) jurídico(s) relacionado(s) aos embriões excedentes da fertilização *in vitro***

Passamos agora a analisar se as condutas relacionadas aos embriões *in vitro*, e principalmente, os embriões excedentes da fertilização *in vitro*, envolvem algum bem jurídico tutelável. Bem como, analisaremos os bens jurídicos tutelados na legislação vigente a respeito dos mesmos.

Atualmente, a única norma que possuímos acerca da reprodução humana assistida, vem do pioneirismo e celeridade do Conselho Federal de Medicina que, em 1992, através da Resolução 1.358, resolveu adotar normas éticas no que diz respeito à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com a reprodução humana assistida.

No Brasil, enquanto impera a inércia do legislador ordinário, o Conselho Federal de Medicina, “considerando a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica”, aprovou, em novembro de 1992, a Resolução n 1.358, que reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas. Essa Resolução não tem força de lei, mas é hoje uma das diretrizes responsáveis pelo controle social da utilização das técnicas.<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

<sup>276</sup> BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?** São Paulo: Gaia, 2000. p. 18.

Observamos que várias teorias tentam explicar o exato momento em que se inicia a vida humana, e a partir das mesmas, corresponderá ou não a tutela jurídica do embrião *in vitro* através da proteção do bem jurídico “vida”, amparado constitucionalmente. Ou seja, para as teorias que defendem que existe vida desde a fecundação, há o bem jurídico vida humana a ser tutelado. Em contrapartida, para os que defendem que o início da vida dá-se somente após algum evento biológico determinado, como a nidação ou o nascimento com vida,<sup>277</sup> o embrião *in vitro* não é merecedor de proteção penal, haja vista, a relativização do bem jurídico “vida humana”, que alegam ainda não estar presente de forma concreta no mesmo. Porém, frente à dignidade humana, por ser o embrião inegavelmente da espécie humana, não haverá um bem jurídico tutelável, mesmo em caso de adotarmos a teoria relacional<sup>278</sup> do início da vida, em casos de seu uso para fins ilícitos? Entendemos que sim, mesmo se considerarmos que a vida se inicia somente após o nascimento com vida, ou posteriormente ainda, como na visão da teoria relacional, o que desabrigaria de proteção os embriões excedentes da fertilização *in vitro*; mesmo assim, entendemos estar presente um bem jurídico tutelável: a vida humana e a dignidade que a mesma comporta.

Referindo-se aos embriões *in vitro*, defende Bitencourt:

O bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica.<sup>279</sup>

Nesse sentido, Sporleder de Souza argumenta que o embrião, o qual denomina *nascituro em fase inicial* (óvulo fecundado), produzido e mantido *ex utero*, embora possa ser qualificado como detentor de vida humana não é suficientemente protegido pela maioria dos ordenamentos jurídicos pelo fato de não poder originar-se sem ser implantado dentro do organismo materno.<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> Ver capítulo 2.3.1.

<sup>278</sup> Ver capítulo 2.3.1.5.

<sup>279</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: Parte Especial**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 157.

<sup>280</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. Cit., p. 203-4.

Prado, a propósito do bem jurídico vida humana, esclarece que este não pode ser compreendido a partir de uma perspectiva estritamente físico-biológica ou puramente valorativa, já que, embora o Direito Penal deva determinar o conteúdo do bem jurídico vida humana, este deve guardar alguma consonância com a realidade naturalística que “constitui, inequivocamente, um limite para a valoração”.<sup>281</sup> Ou, de outra forma, o Direito deve se mostrar apto a receber “todas as luzes possíveis que venham dos outros campos e ciências para os quais se deve-se abrir; e na medida do possível, todos devem estar preparados para trabalhar com abertura, de modo a que se opere interdisciplinarmente e, se for o caso, transdisciplinarmente”.<sup>282</sup>

Fragoso afirma que, para os efeitos legais, a gravidez apenas tem início com a implantação do ovo no endométrio, o que ocorre entre três a seis dias depois da fecundação.<sup>283</sup> Esse entendimento é partilhado por Prado, que distingue entre gravidez sob o prisma biológico e sob o prisma normativo, entendendo que esta só ocorre com a implantação do óvulo no útero materno, ou seja, com a nidação, enquanto aquela tem início com a fecundação.<sup>284</sup>

Em sentido contrário, Silveira afirma que não há distinção no Código Penal Brasileiro entre óvulo fecundado, embrião ou feto, razão porque a proteção da lei tem início desde o momento da fusão das células germinais, pouco importando que o produto da concepção seja viável ou não: a proteção prestada pelo direito penal é exatamente vida, a vida endo-uterina.<sup>285</sup>

Patrão Neves, afirma que “é a vida humana no seu caráter irrepetível e absoluto, que é inviolável; é a vida humana, independentemente do momento em

---

<sup>281</sup> PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. v.2. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

<sup>282</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001b. p. 196.

<sup>283</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Especial 1. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978. p. 129.

<sup>284</sup> PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**. Cit., p. 97.

<sup>285</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito Penal – crimes contra a pessoa**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 108.

que se determine o início do ser humano ou da identificação deste com a noção de pessoa que merece o respeito e a proteção legal devidos a esta”<sup>286</sup>.

De acordo com Singer e Kushe, citados por Minahim, se não considerarmos o embrião vida humana, mas somente uma vida em potencial, o mesmo não deve ser passível de proteção penal, pois, “ao se considerar a potência como motivo para uma tutela jurídica do jovem embrião, também os gametas mereceriam a mesma proteção, porque têm essa mesma potencialidade.”<sup>287</sup>

Assim, a teoria que não compreende o embrião *in vitro* como vida humana, entende que a vida humana somente deve ser objeto de proteção se ela contiver, ao menos, ‘potencialidade para as relações humanas’, ou seja, a partir do momento em que “o embrião tiver capacidade de intercambiar comunicações com sua própria mãe e ser por ela aceito como filho, o que, efetivamente, tem condições de ocorrer até doze semanas (três meses) desde a fecundação.”<sup>288</sup>

Destarte, nesse momento, *in vitro*, não há o enfrentamento entre uma vida humana na etapa inicial e uma mulher que pode destruí-la ou albergá-la, e sim, o encontro de vidas que se revelam em potencialidades parciais: de uma forma embriogenética incipiente, de uma mulher que decide ser mãe e que somente efetiva esse desejo ao implantar o embrião em seu útero. “O plenamente potencial deste momento é a possibilidade de estabelecer a relação mãe/filho.” Entretanto, apesar de ser uma potencialidade possível, deve ser confirmada, atualizada. É esse o momento em que se estabelece o vínculo, que solicita à mãe, assumir o projeto existencial da vida humana em fase embrionária. “Dito de outro modo, incorpora a vida humana dependente ao próprio projeto de vida. Esta assunção se traduz no que os interesses da vida dependente adquiram idêntico valor aos interesses próprios da mãe.”<sup>289</sup>

---

<sup>286</sup> NEVES, op. cit., p.183.

<sup>287</sup> SINGER, op. cit., p.86.

<sup>288</sup> FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. **Revista ICP – Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v.1. p.15-86. 2006, p.43.

<sup>289</sup> KOTTOW, op. cit., p.33-4.

No mesmo sentido, Ferrajoli<sup>290</sup> advoga que a procriação não é só um fato biológico, mas também, um ato moral de vontade. Para este autor, “é precisamente este ato de vontade, em virtude do qual a mãe encara o feto como pessoa, que segundo esta tese, lhe confere o valor de pessoa: que cria a pessoa.” Para tanto, o nascimento da pessoa é antecipado para antes do parto, desde que esteja claro que essa pessoa “está de certa forma ligada ao ato com o qual a mulher se encara e se deseja como mãe e encara e deseja o feto como ‘nascido’.”

Acrescenta que, de acordo com este ponto de vista moral, a procriação é realmente um ato criativo, fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e vontade. Com a gravidez, a mãe não dá só o corpo, mas também a forma de pessoa ao nascituro, pensando-o como filho. Dessa forma, “se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa. A sua qualidade de ‘pessoa’ é, em suma, decidida pela mãe, ou seja, pelo sujeito que é capaz de o fazer nascer como tal.”<sup>291</sup>

#### Segundo Ferrajoli:

O Direito não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objetivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral. O Direito tem o dever, diferente e mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que umas pessoas podem causar às outras – *ne cives ad arma veniant* – sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis.<sup>292</sup>

O autor refere, que o direito e a moral devam formar sistemas distintos. Argumenta que todos estamos submetidos ao mesmo direito: é uma condição da igualdade e, antes ainda, da certeza e do próprio papel normativo do direito. Ao contrário, nem todos temos, e nem sequer devemos ter, numa sociedade liberal, as mesmas opiniões, ou crenças, ou valores morais ou culturais.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n.94, p.09-30, abr-jun/2003, p.16.

<sup>291</sup> Ibid., idem.

<sup>292</sup> Ibid., p. 22.

Nesse sentido,

o Estado não tem, portanto, de se meter na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos morais de vida, crenças ideológicas ou religiosas, opções ou atitudes culturais. O seu dever é apenas o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais. E pode fazê-lo através do estabelecimento e da garantia, no pacto constitucional, dos direitos fundamentais de todos os cidadãos: a começar pelos direitos de liberdade, que equivalem a outros tantos direitos à própria identidade cultural, quer seja ela homogênea ou diferente, majoritária ou minoritária e até liberal ou antiliberal. É precisamente nesta sua neutralidade moral, ideológica e cultural, e, portanto, na sua não-invasão da vida privada das pessoas a não ser para proibir condutas que prejudiquem terceiros, que reside a laicidade do direito e do Estado liberal.<sup>294</sup>

Discutir em qual momento do desenvolvimento da vida uterina deve recair a tutela penal, é matéria extremamente controvertida. Há divergências significativas sobre o início da vida humana (o momento da concepção, o momento da nidação, o momento da formação da crista neural ou ainda o momento em que a mãe, por ato de vontade, encara o feto como pessoa e, então, lhe confere essa qualidade).<sup>295</sup>

A proteção penal do embrião excedente também pode ser defendida sob outro aspecto, não só da proteção da vida, mas também, pelo fato de ficar exposto em laboratório, correndo o risco de ser usado indevidamente para pesquisas e manipulações genéticas.<sup>296</sup> Sujeita-se, através de diversos tipos de manipulações, a ter ofendida sua dignidade, pois não se tem noção das conseqüências que alguns experimentos possam causar. É nesse âmbito que destacamos, também, a vida como bem jurídico-penal a ser tutelado, na dimensão de sua dignidade, como forma de evitar-se a instrumentalização do ser humano.

Atualmente a dignidade da pessoa humana vincula-se fortemente à idéia de sobrevivência da espécie. De fato, as inovações genéticas e os anseios de um setor de profissionais da ciência por ultrapassar os limites do ainda ignorado, acarretam, em contrapartida, a elevação da dignidade da pessoa humana como valor fundamental a ser preservado, diante dos avanços da medicina e da biologia.

---

<sup>293</sup> FERRAJOLI, **A questão do embrião entre direito e moral**. Cit., p. 11.

<sup>294</sup> Ibid., p. 11-2.

<sup>295</sup> Ibid., p. 16.

<sup>296</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 204-5.

“Decerto, ao abrir-se caminho para alterações no patrimônio genético, coloca-se em risco a própria vida humana, já que não existiria base ôntica onde a dignidade pudesse assentar-se.”<sup>297</sup>

Sporleder de Souza destaca a preocupação referida:

[...] o progresso biomédico, e em especial da genetechnologias, traz avanços e contribuições científicas que se distanciam cada vez mais da “natural humanidade” do homem marcando a ameaça de um profundo desrespeito à sua dignidade. No que tange à engenharia genética, a possibilidade da criação de seres híbridos transgênicos ou aberrações humanas são receios que dão azo a preocupações envolvendo em último termo a própria sobrevivência da espécie humana.<sup>298</sup>

O embrião *in vitro* também é merecedor de dignidade humana no entender de Sporleder de Souza, pois embora não seja pessoa na precisa acepção da palavra (indivíduo nascido com vida), o nascituro (concebido natural ou *in vitro*), possui *status* moral diferenciado, mas igualmente credor de dignidade, pois, entende o autor, tratar-se de entidade humana, e sendo a vida um processo contínuo, é por esse simples motivo que o embrião é merecedor de um respeito especial.<sup>299</sup>

E ainda, para reforçar tal entendimento, destacamos a lição de Sarlet no tocante ao direito de igualdade de todo ser humano:

constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.<sup>300</sup>

Passemos agora à análise específica da legislação sobre o tema no Brasil, no intuito de destacarmos o bem, ou bens, jurídico-penais que envolvem os embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

<sup>297</sup> ALARCÓN, op. cit., p. 257.

<sup>298</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit. p. 235.

<sup>299</sup> Ibid., p. 252-3.

<sup>300</sup> SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Cit., p. 92.

A Lei nº. 11.105/2005, chamada Lei de Biossegurança, trata dos organismos geneticamente modificados (OGM), e embora não trate especificamente de reprodução assistida e dos embriões, refere, no 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.

Referida Lei sofreu diversas críticas, sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada improcedente, conforme já examinamos no capítulo 2. Neste sentido, destacamos os argumentos de Vasconcelos:

Referida legislação representa um autêntico contra-senso jurídico no que tange ao tratamento dispensado à vida humana nascente, mais precisamente, aos embriões excedentes. O normativo, além de possibilitar a utilização de células tronco embrionárias em pesquisas e terapias - sabendo-se que referidas técnicas implicam no sacrifício dos embriões utilizados- em zigotos tidos como inviáveis, prescreve, ainda, prazo de validade para os demais embriões: três (3) anos contados da data do congelamento, período a partir do qual, em inexistindo transferência *in utero*, poderão ser eles destinados àquela mesma finalidade (art. 5º, I e II).<sup>301</sup>

Em resumo, o sistema introduzido pela Lei de Biossegurança permite a realização de pesquisas com células extraídas de embriões, mas exige que: a) os embriões tenham resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (art. 5º, caput); b) os embriões sejam inviáveis (art. 5º, I) ou que não tenham sido implantados nos respectivos procedimentos de fertilização, estando congelados há mais de três anos (art. 5º, II); c) os genitores dêem seu consentimento (art. 5º, § 1º); d) a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição (art. 5º, § 2º).<sup>302</sup>

O decreto nº. 5.591/2005 que regulamenta a Lei nº. 11.105/2005 de Biossegurança Nacional em seu art. 3º, XIII determina que se considere:

<sup>301</sup> VASCONCELOS, op. cit., p. 127.

XIII - embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião;

Observa-se que a Lei refere-se a embriões inviáveis. Porém, não designa quais os procedimentos que deverão ser realizados para definir critérios que determinem à inviabilidade dos embriões congelados, e quando tais procedimentos deverão ser realizados. Pela análise do segundo requisito, congelados há três anos, podemos concluir que um critério objetivo de inviabilidade é determinado pelo transcurso do tempo de congelamento. Além disso, seu uso para pesquisa deve ser precedido de autorização dos genitores.<sup>303</sup>

Assim, da análise de todos estes requisitos podemos concluir que o embrião inviável, segundo a referida lei, possui natureza jurídica de objeto e quando preenchidos todos os requisitos para declarar sua inviabilidade pode ser usado para pesquisa, após o consentimento dos “genitores”.

Com relação ao embrião excedentário viável, entendemos que o mesmo não pode ser tido como coisa, tampouco pode ser equiparado a nascituro,<sup>304</sup> porém é ser humano. Não é nascituro (embrião nidado no útero materno) nem pessoa (ser humano nascido), merecendo tutela jurídica diferenciada, pois tem apenas potencialidade de vida.<sup>305</sup> No que tange à proteção do embrião excedentário viável, analisaremos os artigos 24 e 25 da Lei de Biossegurança.

Dentre os crimes previstos pela Lei de Biossegurança destaca-se sobre o tema:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:  
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

<sup>302</sup> BARROSO, **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Cit., p. 242-3.

<sup>303</sup> Esse requisito será analisado no item 3.5, referente à doação dos embriões excedentes para pesquisa.

<sup>304</sup> BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Cit., p. 83.

<sup>305</sup> Neste sentido: SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. Cit., p. 253.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Da análise do artigo 24, parece-nos que o bem jurídico tutelado é a vida. Nesse sentido, se posiciona Minahim referindo que ultrapassado o prazo de três anos, apontado no inciso II do art. 5º da Lei, os embriões seriam "normativamente" inviáveis. Nesse aspecto, a autora aponta a antinomia entre a permissão levada a efeito no art. 5º da Lei e a manutenção do crime de aborto, inclusive ressaltando que não seria o ventre ou o tubo de ensaio determinantes para a ilicitude da conduta nos casos do aborto ou manipulação de embriões, respectivamente. A autora, porém, indica a possibilidade de o bem jurídico tutelado ser a "dignidade da pessoa humana", o que, entretanto, não deveria prevalecer, ante a vaguidade do conceito da própria dignidade do ser humano.<sup>306</sup>

Prado refere que, o bem jurídico tutelado pelo artigo 24 da Lei de Biossegurança é o ser humano em formação (embrião humano). Destaca o autor, que a lei não utiliza o termo pré-embrião, e sim embrião, em decorrência da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria concepcionista, que reconhece apenas duas etapas da gestação do desenvolvimento do ser humano: a embrionária, até o terceiro mês de gravidez, e a fetal, do terceiro mês até o nascimento. Assim, entende Prado, que a lei engloba proteção também ao embrião *in vitro*.<sup>307</sup> Sporleder de Souza identifica a existência de dois bens jurídicos presentes no artigo 24: a vida humana embrionária e a dignidade reprodutiva humana. Este último é justificado pelo fato de poder "vir a ser totalmente degradado pelo desrespeito em relação à destinação do seu produto, representado pelo embrião."<sup>308</sup>

A conduta típica consiste em utilizar o embrião, que também pode ser o excedentário, em desacordo com o que dispõe o artigo 5º da mesma lei. Para Prado,

<sup>306</sup> MINAHIM, op. cit., p. 163.

<sup>307</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 576-7.

<sup>308</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito penal genético e a lei de biossegurança**: lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21.

o termo “em desacordo” constitui elemento normativo do tipo penal, “concernente à ausência de uma causa de justificação que, presente, torna a conduta atípica e lícita. É uma norma penal em branco.”<sup>309</sup>

Assim, retomadas as teorias sobre o início da vida podemos concluir que, para aquelas que defendem que a vida começa na concepção, o bem jurídico a ser protegido é a vida humana em desenvolvimento. Entretanto, para aquelas teorias que entendem que a vida humana começa somente com a nidação, ou posteriormente a esta, mesmo assim, podemos identificar a vida humana como bem jurídico a ser protegido frente a uma possível instrumentalização do embrião *in vitro*, destacando como tutelável o bem jurídico vida no que tange à sua dignidade.

### 3.1.4 Titularidade do bem jurídico-penal

Considerando sua titularidade, os bens jurídico-penais classificam-se em individuais ou supra-individuais (metaindividuais). O indivíduo é titular dos bens jurídicos individuais, de modo que, em razão do seu caráter estritamente pessoal, o particular detém o controle e poder de disposição do referido bem, conforme sua vontade.<sup>310</sup>

Por outro lado, a titularidade dos bens jurídicos supra-individuais está para além do indivíduo, haja vista, afetar um grupo de pessoas ou toda a coletividade. Nesse sentido, Prado classifica os bens jurídicos metaindividuais em institucionais (públicos ou estatais); coletivos e difusos. Com relação aos bens jurídicos institucionais, a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de Direito Público, por exemplo, como se verifica nos delitos contra a administração pública ou administração da justiça. Por sua vez, os bens jurídicos coletivos são aqueles que abrangem um número mais ou menos determinável de pessoas (*v.g.* saúde pública, relação de consumo). E, finalmente, os bens jurídicos difusos são

---

<sup>309</sup> PRADO, **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). Cit., p. 578.

<sup>310</sup> PRADO, **Elementos de Direito Penal**. Cit., p. 66.

aqueles cujo caráter plural e indeterminado, dizem respeito à coletividade como um todo (v.g. meio ambiente).<sup>311</sup>

Muñoz Conde e García Arán demonstram a existência de *bens jurídicos individuais*, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e *bens jurídicos coletivos*, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc.<sup>312</sup>

Figueiredo Dias defende a importância da proteção dos interesses metaindividuais para o presente e, principalmente, para o futuro do Direito Penal:

Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância “antropocêntrica” da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos.<sup>313</sup>

Mir Puig reconhece expressamente a existência e a importância da proteção penal dos interesses difusos na atualidade:

Las modificaciones que entretanto ha sido experimentando el capitalismo e el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho Penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos.<sup>314</sup>

<sup>311</sup> PRADO, **Elementos de Direito Penal**. Cit., p. 67.

<sup>312</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte General. 3.ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 65.

<sup>313</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 74.

<sup>314</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 135.

Portanto, podemos classificar os bens jurídicos quanto à sua titularidade em individuais e supra-individuais (institucionais, coletivos e difusos).<sup>315</sup> Devemos trazer à análise, a titularidade do bem jurídico a ser protegido no que tange às condutas que envolvam os embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

Assim, para os que defendem que o bem jurídico protegido é a vida humana do embrião, que tem direito a nascer, entendemos que o próprio embrião é titular do bem jurídico vida. Já quando o bem jurídico vida é tutelável em sua dignidade, frente às condutas que tratam o embrião como mero objeto, ou como instrumento para outros fins, entendemos que o titular do bem jurídico pode ser tanto o embrião quanto seus genitores, caracterizando, em qualquer caso, um bem jurídico de natureza individual. Além disso, também, entendemos neste último exemplo, que até mesmo a coletividade pode ser titular do bem jurídico vida, caracterizando, neste caso, um bem jurídico de natureza supra-individual.

Otero defende a titularidade do direito à vida do embrião:

A inviolabilidade da vida humana, principal expressão do respeito pela dignidade do ser humano, é independente do reconhecimento da noção jurídico-civilista de personalidade jurídica, significando isto, por outras palavras, que não depende do nascimento. Não dependendo o princípio da inviolabilidade da vida humana do nascimento, a garantia de proibição de violação a vida humana retrocede, necessariamente, a um momento anterior ao nascimento: a) desde o momento em que cientificamente se possa determinar que existe vida, o direito tem, imperativamente, de a garantir e proteger proibindo quaisquer forma de violação atentatórias da dignidade dessa vida humano- embrião humano e, em consequência, titular de direitos fundamentais; b) verificar-se existir, desde modo, um divórcio entre a definição do momento do início da personalidade jurídica no Código Civil e a tutela que a Constituição confere à vida humana antes do nascimento.<sup>316</sup>

Porém, para os que entendem não ser o embrião detentor do direito de vir a nascer, nem mesmo detentor de dignidade, podendo ser tratado somente como objeto de direito, mesmo assim, podemos destacar um bem jurídico a ser protegido, porém, tendo neste caso a coletividade e até a humanidade<sup>317</sup> como titular do

<sup>315</sup> Classificação adotada por: SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 299.

<sup>316</sup> OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano:** um perfil constitucional da Bioética. Coimbra: Almedina, 1999. p. 36-7.

<sup>317</sup> Humanidade deve ser entendido como entidade complexa que deve ser entendida como espécie *homo sapiens* (gênero humano) e gerações futuras (humanidade futura).

mesmo. Esse entendimento pode ser defendido frente às dúvidas e aos riscos que a humanidade como um todo poderá enfrentar, caso abusos, como a clonagem e a produção de seres híbridos e quimeras, vierem a se concretizar. A coletividade é identificada como titular do bem jurídico previsto no artigo 25 da Lei de Biossegurança.<sup>318</sup>

Neste sentido Lorenzo Copello destaca que “o Direito penal não estaria completo se prescindisse do risco que para o próprio equilíbrio biológico da espécie humana encerram os avanços da engenharia genética no caso de serem mal utilizados”.<sup>319</sup> Aqui se compreende a proteção quanto ao uso de embriões excedentes para fins ilícitos.

Com visão contrária, Sporleder de Souza destaca o embrião como objeto material do crime:

por ainda não existir como pessoa, não pode o nascituro ser considerado sujeito passivo do delito como acontece com o indivíduo já nascido, [...], muito menos será o indivíduo o sujeito passivo dos crimes cometidos contra o nascituro, ainda que se tenha em mente a idéia romana de que o mesmo é parte integrante da mãe (*portio mulieris vel viscerum*), pois o sujeito passivo nestas hipóteses, na verdade, é a coletividade, embora em algumas situações a própria humanidade possa a vir a se configurar como tal. Dessa forma, percebe-se que o nascituro, em vez de sujeito passivo, melhor se qualifica como objeto material do crime.<sup>320</sup>

Esse posicionamento parece ser o adotado pela lei de Biossegurança, quando em seu artigo art. 5º, § 1º prevê que os genitores dêem seu consentimento para o uso dos embriões excedentes em pesquisa, tratando o embrião como objeto, de maneira que possa ser tratado como objeto material do crime, não possa ser titular do bem jurídico vida. Prevendo a lei, em seu artigo 24, que ao ser utilizado de forma diversa da prevista em seu artigo 5º, possa o embrião ser objeto material do delito, o titular do bem jurídico vida é a coletividade e, talvez, até mesmo seus genitores, pois são seus reais proprietários, mas não o embrião.

---

<sup>318</sup> PRADO, **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). Cit., p. 580.

<sup>319</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo. **Revista Penal**, Madrid, v.13, p.125-137, 2004. p.129.

### 3.2 A PRODUÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES PARA FINS DE PESQUISA

Vimos no capítulo 1.2 que a produção de um número de embriões excedentes aos que serão implantados no útero da mulher, na primeira tentativa, no desenvolvimento da técnica de fertilização *in vitro* é uma realidade, que ainda se faz necessária devido ao fato de que muitas vezes os embriões implantados não evoluem para uma gravidez, sendo preciso nova tentativa. Assim, são produzidos embriões excedentes para que a mulher não tenha que se submeter à nova estimulação ovariana em caso de insucesso na primeira tentativa, ou ainda para possibilitar uma segunda gravidez no futuro.

Como já referido, atualmente, a única norma que possuímos acerca da reprodução humana assistida é a Resolução 1.358/92 do CFM, que resolveu adotar normas éticas no que refere aos procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que executam as técnicas de reprodução humana assistida.

A Resolução, para limitar os riscos de gravidez múltipla, no item I-6, orienta a transferência de, no máximo, quatro embriões,<sup>321</sup> e em caso de gravidez múltipla é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária,<sup>322</sup> e prevê a crioconservação dos embriões excedentes.<sup>323</sup>

Dessa forma, atualmente, os embriões excedentes são uma realidade para qual se busca uma solução que não fira os direitos fundamentais e nem bens jurídicos dignos de proteção. Nesse sentido, não vislumbramos nenhuma ilegalidade na produção de embriões excedentes no limite recomendável para que a técnica tenha sucesso, e para o fim específico da reprodução assistida. Tal limitação

---

<sup>320</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 288-9.

<sup>321</sup> In verbis: "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".

<sup>322</sup> Inciso I, item 7.

<sup>323</sup> In verbis: "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

poderia ferir o direito à liberdade procriativa do casal que não pode gerar seus próprios embriões.

Porém, algumas ponderações podem ser feitas frente à legislação comparada no que tange à crioconservação dos embriões, tendo em vista a busca por uma limitação do número de embriões a serem congelados, bem como ao prazo máximo previsto. Na Argentina, a criopreservação é ato violador do direito à vida e dos direitos humanos, sendo, portanto, proibida.<sup>324</sup> Na Áustria, a legislação procura proibir ou limitar a criação de embriões excedentes, uma vez que veta a fecundação de ovócitos além da quantidade que será implantada na mulher. A legislação da Áustria também estabelece o prazo máximo de um ano de armazenamento de células viáveis. Assim, também, ocorre na Dinamarca.<sup>325</sup> A Alemanha, por seu turno, permite o congelamento apenas nos casos em que não foi possível a imediata transferência do embrião ou se a transferência em um ciclo posterior tiver maior chance de nidação.<sup>326</sup> Na França, é admitida a criopreservação por um período de cinco anos, o que também ocorre com a Espanha. A legislação da Noruega, por sua vez, permite o congelamento por um prazo máximo de três anos.<sup>327</sup> Assim, percebemos uma preocupação desses países em regulamentar e limitar a produção de embriões excedentes, bem como o seu congelamento. No Brasil, ainda não temos uma legislação específica sobre a reprodução assistida e a Resolução 1.358/92 do CFM prevê a crioconservação sem disciplinar seu uso ou prazo. Pela interpretação da Lei de Biossegurança, um embrião congelado há mais de três anos é tido como inviável, podendo ser usado para pesquisas, mediante outros requisitos.

Os embriões excedentes podem advir das técnicas do diagnóstico pré-implantatório e da seleção de sexo, pois no momento só é possível detectarem-se doenças e não o seu tratamento, e, conseqüentemente, o embrião com algum problema poderá ser desprezado em detrimento de outro saudável, da mesma forma

---

pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.”

<sup>324</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003. p. 278.

<sup>325</sup> NYS, Herman. Experimentações com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p.179.

<sup>326</sup> LEITE, op. cit., p. 278.

<sup>327</sup> Ibid., p.279-80.

que poderá ser desprezado o embrião do sexo oposto ao desejado pelos genitores. Quanto a este aspecto, a Resolução 1.358/92 do CFM, prevê em seu inciso I-4 que: “As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer”, e no inciso I-5 que: “É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.”

Sobre o tema do diagnóstico pré-implantatório, a Resolução determina que toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. Além disso, toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro*, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.<sup>328</sup>

Assim, a produção de embriões excedentes decorre naturalmente da técnica de fertilização *in vitro*, que ainda não é possível mediante a produção somente do número de embriões que serão implantados, sobrando alguns. De outra forma, deve ser entendida a produção de embriões excedentes para fins específicos de pesquisa.

Para Barroso, não permitir que sejam utilizadas células-tronco extraídas de embriões produzidos exclusivamente para pesquisas tem uma consequência ético-jurídica, que é afastar a objeção antiutilitarista segundo a qual "o uso de embriões em pesquisas significaria tratá-los como meios para a realização das finalidades de outrem".<sup>329</sup>

Ressalte-se, a título de informação, que a revogada Lei nº. 8.974/95, determinava em seu artigo 13, III, que era proibida “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico

---

<sup>328</sup> Inciso VI-1 e 2.

<sup>329</sup> BARROSO, **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Cit., p. 694.

disponível”. A lei também proibia as manipulações genéticas com intuito de modificar a estrutura genética do ser humano com fins não-terapêuticos mediante intervenção nos gametas, embriões, fetos e sujeitos já nascidos.<sup>330</sup>

A produção de embriões não pode ter outra finalidade que não a reprodutiva. A Lei nº. 11.105/2005 proíbe que sejam produzidos embriões exclusivamente para fins de pesquisa,<sup>331</sup> pois devem ser utilizados aqueles sobrantes da fertilização *in vitro*, conforme seu artigo 5º.

No mesmo sentido, a Resolução 1.358/92 do CFM, no item I. 5, proíbe a criação de embriões *in vitro* para fins diversos da reprodução, *in verbis*: “É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.”

O posicionamento contrário à produção de embriões somente para fins de pesquisas se coaduna com a proteção da dignidade da pessoa humana, valor máximo presente na Constituição Federal. Pois, segundo Sarlet, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa para experiências científicas.<sup>332</sup>

Ressalte-se lição de Habermas também neste aspecto:

Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção? Uma questão semelhante se faz quanto ao aspecto do “consumo” de embriões (inclusive a partir das próprias células somáticas) para suprir a vaga

<sup>330</sup> MARINHO, op. cit., p. 223.

<sup>331</sup> Não obstante alguns países já apresentarem critérios normativos relativamente a produção, manipulação ou armazenamento de embriões humanos para servirem como material biológico disponível, seja para fins industriais ou comerciais, seja para fins terapêuticos ou de diagnóstico. Cfr. art.5º, da Lei de Biossegurança, Directiva da Comunidade Européia 98/44/CE, artigo 6º, “c”, Lei espanhola nº 35/1988, de 22 de novembro, que trata das técnicas de reprodução assistida; Lei alemã, de 13 de dezembro de 1990, sobre proteção dos embriões; Lei francesa nº 94-653, de 29 de julho de 1994, relativa ao respeito ao corpo humano; Lei norueguesa nº 56, de 5 de agosto de 1994, sobre aplicações biotecnológicas em medicina; Lei sueca nº 115, de 14 de março de 1991, relativa as medidas com fins de investigação ou de tratamento em relação aos embriões; Lei inglesa de 1 de novembro de de 1990, relativa a fertilização humana e embriologia, dentre outras.

<sup>332</sup> SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Cit., p. 92.

esperança de um dia poder-se produzir e enxertar tecidos transplantáveis, sem ter de enfrentar o problema de transpor as barreiras da rejeição a células estranhas. [...] Com o diagnóstico genético de pré-implantação, hoje já é difícil respeitar a fronteira entre a seleção de fatores hereditários indesejáveis e a otimização de fatores desejáveis.<sup>333</sup>

Sporleder de Souza distingue duas modalidades de experimentação a que estariam expostos os embriões excedentes, tendo sido ou não doados para pesquisa, são elas: a experimentação terapêutica e a não terapêutica. Por terapêutica entende-se a experimentação que visa primordialmente à cura do paciente em concreto, mas por meio de novos métodos, técnicas e medicamentos não consolidados cientificamente.

A experimentação terapêutica é considerada “risco permitido” pelo direito penal, desde que feita com consentimento do paciente. Já a experimentação não terapêutica é realizada num paciente individual, mas não pretende seu tratamento, tendo um fim “terapêutico-geral”. Visa somente obter conhecimentos científicos para o avanço da ciência biomédica para melhor prevenir, diagnosticar ou curar doenças de pacientes que futuramente delas poderão padecer. Além disso, pode realizar-se com fins puramente científicos não relacionados com a cura ou tratamento de doenças.<sup>334</sup>

O outro tipo de pesquisa que pode envolver embriões excedentes é a não terapêutica ilícita ou com fins reprováveis.<sup>335</sup> Se quanto à terapêutica existem justificativas nobres para sua liberação, as não terapêuticas ilícitas devem ser vistas de forma bem diferente. Assim, as pesquisas não terapêuticas ilícitas devem ser limitadas com vista a não permitir abusos e nem pôr em risco à dignidade humana. A produção de seres híbridos e quimeras refletem os abusos que devem ser evitados. Eles podem ocorrer da seguinte forma:

a) a partir da fusão de embriões (ou pela fusão de uma célula embrionária na produção com outro embrião) – humanos ou não-humanos-, o que resultaria na produção de “quimeras”; ou b) pela fecundação de gametas

<sup>333</sup> HABERMAS, op. cit., p. 29.

<sup>334</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 363-3 e 367.

<sup>335</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Intervenções genéticas em seres humanos: aspectos jurídico-penais. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Orgs.). **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 157.

provenientes de distintos organismos-humanos e não-humanos-, o que resultaria na produção de seres “híbridos”. Por sua vez, a hibridação ainda pode ser interespecífica (envolvendo diferentes espécies) ou intra-específica (envolvendo a mesma espécie). Aliás, a chamada hibridação intra-específica (humana) é resultado da utilização dos denominados “coquetéis de gametas”, procedimentos nos quais serão mesclados semens provenientes de vários doadores e/ou óvulos provenientes de diversas doadoras.<sup>336</sup>

Um tipo de experiência com embriões que pode atingir a dignidade humana é a ectogênese, que é o procedimento pelo qual a totalidade das etapas do desenvolvimento humano, desde a fecundação até o nascimento, se realizaria em laboratório, sem recurso do ventre materno. Podendo, também, ser entendida como a possibilidade de gestação em animais e no homem.<sup>337</sup>

Além disso, surge também a possibilidade de clonagem humana, ou seja, a possibilidade de duplicar seres humanos, como já ocorreu com animais. Quando o alvo de experimentação é o homem surgem grandes impasses no campo da Bioética e no do Direito Constitucional, uma vez que a experimentação sem seres humanos modifica a estrutura do sujeito moral e jurídico, visto que o homem passa a ser objeto dos outros, subvertendo o ditado natural que ordena o respeito à espécie. Tal prática é inconstitucional, visto que a proteção integral da vida humana funda-se em um pressuposto biológico de respeito às características que identificam o indivíduo, seu genótipo, que o individualiza e o distingue.<sup>338</sup>

A Lei de Biossegurança proíbe a clonagem humana expressamente em seu artigo 26. Prado destaca que o bem jurídico-penal protegido, neste caso, é a identidade e a irrepetibilidade do ser humano e de cada indivíduo, bem como a inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade.<sup>339</sup>

No entender de Casado, as investigações com embriões não podem ser rechaçadas de princípio. A autora defende que sejam cumpridos dois requisitos para que a mesma seja legítima. Primeiro, deve haver consentimento dos doadores dos gametas ou dos embriões, e segundo, que a investigação seja idônea e proporcional

---

<sup>336</sup> SOUZA, **Sistema penal e violência**. Cit., p. 131.

<sup>337</sup> Ibid., p. 117.

<sup>338</sup> ALARCÓN, op. cit., p. 298-9.

<sup>339</sup> PRADO, **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança** (com análise da Lei 11.105/2005). Cit., p. 584.

ao fim que se propõe. O primeiro requisito faz referência à autonomia das pessoas implicadas e o segundo às exigências científicas e à valoração social da pesquisa. A idoneidade das pesquisas deve ser avaliada por comitês de ética que ponderarão sobre o método científico proposto, os objetivos e a proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins almejados.<sup>340</sup>

Ressaltemos, ainda, a reflexão proposta por Habermas sobre o tema:

Na medida em que a produção e a utilização de embriões para fins de pesquisa na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício. Hoje, ainda, notamos a obscenidade de tal prática reificante e nos perguntamos se gostaríamos de viver numa sociedade que adquire consideração narcísica pelas próprias preferências ao preço da insensibilidade em relação aos fundamentos normativos e naturais da vida.<sup>341</sup>

A utilização de embriões excedentes da fertilização *in vitro* para pesquisa, mediante a doação dos genitores, surge como uma alternativa para o grande número de embriões congelados existentes, que podem nunca ser implantados, correndo o risco de serem simplesmente descartados. “Contudo, como a implantação pode não ocorrer, não há razões para que suas células não sejam utilizadas para promover a vida e a saúde de pessoas que sofrem de graves patologias”.<sup>342</sup>

Do ponto de vista ético, o embrião não pode, em nenhum estágio de sua existência, ser tratado como coisa; logo, sua utilização industrial ou comercial está totalmente proibida. Todavia, a pesquisa em embriões pode ser aceita nos seguintes casos: se for capaz de provocar progressos do diagnóstico ou da terapêutica e desde que não provoque modificações artificiais no genoma humano transmissíveis à descendência. Visa-se proteger ao indivíduo e à espécie humana<sup>343</sup>

<sup>340</sup> CASADO, Maria. Sobre la investigación con embriones y la obtención de células madre embrionarias. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Orgs.). **Ciclo de Conferências em Bioética I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 08.

<sup>341</sup> HABERMAS, op. cit., p. 29.

<sup>342</sup> BARROSO, **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 257.

<sup>343</sup> FERNANDES, Sílvia Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104

Refere Sporleder de Souza, quanto à produção de embriões com a finalidade específica de investigação científica, que há um grande debate no mundo jurídico sobre este assunto, porém, que existe na Europa uma posição amplamente majoritária que condena a produção de embriões com tal finalidade, no sentido de proteger os embriões para não transformá-los em “mero material biológico de pesquisa”, tutelando a vida humana embrionária.<sup>344</sup> Ressaltando, também, nesse sentido, a proteção à dignidade humana ante o uso utilitarista do ser humano.

A aceitação ou não de práticas biotecnológicas, aqui em especial, a possibilidade de produzir-se embriões para fins de pesquisas lícitas, é fundamentada do seguinte modo, de acordo com Habermas:

Do ponto de vista sociológico, a aceitação social não deverá diminuir no futuro, enquanto a tecnicização da natureza humana puder ser fundamentada pela medicina com a expectativa de uma vida mais saudável e mais longa. O desejo por uma conduta de vida autônoma une-se sempre aos objetivos coletivos de saúde e de prolongamento da vida.<sup>345</sup>

A produção de embriões excedentes para fins específicos de pesquisas lícitas, sejam elas terapêuticas ou não terapêuticas, em nosso entendimento, não deve ser permitida, haja vista, instrumentalizar um ser humano em detrimento do interesse de outros seres humanos. O bem jurídico tutelável nesse caso é a vida humana e sua dignidade.

Nesse sentido, o artigo 25 da Lei nº. 11.105/2005 refere: “Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Destacamos o delito no que comporta embrião *in vitro* como sujeito passivo, ou, mais especificamente, o embrião excedente da fertilização *in vitro*. O bem jurídico protegido nesse crime representa duas perspectivas, uma individual: a integridade genética do embrião, e outra coletiva: referente à inalterabilidade do patrimônio genético da espécie humana. A conduta típica *praticar engenharia genética* significa realizar intervenção direta em genes humanos. E o elemento

---

<sup>344</sup> SOUZA, **Sistema penal e violência**. Cit. p. 130.

<sup>345</sup> HABERMAS, op. cit., p. 35.

normativo do tipo “célula germinal humana” representa as células-mãe responsáveis pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia (art. 3º, VII, da Lei nº. 11.105/2005).<sup>346</sup>

Quanto à produção de embriões para fins de pesquisa, a lei espanhola estabelece que não podem ser fecundados óvulos humanos para fim diverso da reprodução e que, após dois anos de congelamento, os embriões que não forem reclamados pelos doadores poderão ser utilizados em pesquisas. Em sentido contrário, destacamos a legislação da Dinamarca, que permite a criação de embriões com o fim de utilizá-los em atividades de pesquisa legalmente aceitas. A permissão é dada com o escopo de aperfeiçoar as técnicas de reprodução assistida e está baseada no fato de a pesquisa ser inerente ao tratamento, e sua proibição deixaria de fornecer o melhor tratamento possível aos beneficiários da técnica. No entanto, após a utilização do embrião em pesquisas, estes não poderão ser introduzidos no útero de uma mulher, a não ser que não haja risco de transmissão de doenças hereditárias, de deformidades, entre outros.<sup>347</sup>

Em Portugal, é proibida a produção de embriões para fins exclusivos de pesquisa em decorrência da adoção, desde 2001, da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Dignidade do Ser Humano no que respeita à Aplicação da Biologia e Medicina (igualmente denominada Convenção de Oviedo), que em seu Artigo 18 proíbe expressamente a "criação de embriões humanos para fins de investigação".<sup>348</sup>

Já na Grã-Bretanha, a produção de embriões para fins de pesquisa é legal se existir consentimento. Assim, se o doador der o seu consentimento, os óvulos e os espermatozoides podem ser utilizados para produzir novos embriões que serão utilizados apenas para fins de investigação médica antes de serem eliminados.<sup>349</sup>

---

<sup>346</sup> PRADO, **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). Cit., p. 580-1.

<sup>347</sup> NYS, op. cit., p.178-82.

<sup>348</sup> CÉLULAS ESTAMINAIS O QUE É LEGAL? **BIONET**. Disponível em: <[http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc\\_leg2.htm](http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc_leg2.htm)>. Acesso em: 15 nov.2008.

<sup>349</sup> CÉLULAS ESTAMINAIS O QUE É LEGAL? **BIONET**. Disponível em: <[http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc\\_leg2.htm](http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc_leg2.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2008.

### 3.3 A COMERCIALIZAÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

Frente ao grande número de embriões sobranes existentes crioconservados em todo o mundo, e considerando que muitos casais não podem gerar seus próprios embriões, bem como, o interesse no desenvolvimento de pesquisas em embriões, surge o questionamento se os mesmos poderiam ser objeto de comércio pelos genitores, ou em caso de abandono pelo próprio laboratório.

Como já é sabido, sangue, órgãos e tecidos, etc. são materiais biológicos interessantes para finalidades de tratamento e experimentação científica. Todavia, o corpo humano e seus produtos constituem-se numa rica fonte de matéria-prima podendo inclusive tornarem-se lucrativo para o mercado. Portanto, a possibilidade de utilização do material genético humano, como genes, gametas, embriões, para fins puramente comerciais levanta sérias questões no âmbito jurídico-penal já que isso pode afrontar seriamente a dignidade humana.<sup>350</sup>

A Resolução 1.358/92 do CFM proíbe o comércio de embriões, determinando em seu inciso IV- 1: “A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.”

As instituições médicas e científicas que tiverem embriões em seu poder na qualidade de depositárias não poderão deles dispor onerosamente, sendo possível apenas usá-los ou entregá-los para doação, a fim de serem utilizados em fertilização assistida, desde que haja anuência dos doadores dos gametas ou do casal que os encomendou e do órgão controlador. Não caberá à clínica nem ao médico a tomada de decisão sobre o destino do embrião alheio ou o controle dele.<sup>351</sup>

Preceitua o art. 199, § 4º, da Constituição Federal:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa

---

<sup>350</sup> SOUZA, **Sistema penal e violência**. Cit., 124.

<sup>351</sup> FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p.57.

e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, **sendo vedado todo tipo de comercialização**. (grifo nosso).

A proibição do comércio de órgãos é constitucionalmente expressa. Com esta norma, a Constituição procura preservar o direito à integridade física e à dignidade humana. No mesmo sentido, temos a Lei nº. 9.434/97 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes, desde que seja gratuito. Porém a lei exclui, em seu artigo 1º, § único, da proibição a comercialização de gametas e embriões, acarretando que constitui fato atípico em nossa legislação.<sup>352</sup>

Porém, a Lei de Biossegurança disciplina em seu § 3º do art. 5º: “É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo (embriões) e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei 9434/97.” Reza o artigo referido: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.”

Percebe-se, assim, que já há proibição expressa da lei quanto à vedação de comercialização dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*. Esse ditame legal se coaduna com a proteção do bem jurídico vida humana e sua dignidade, no sentido de evitar-se sua instrumentalização, conforme analisamos no item 3.1.3.

Com interpretação divergente, Cuixart defende, como forma de estimular a doação de gametas e embriões, que haja uma compensação econômica. O autor argumenta que não se trata de comercialização, e sim de compensação justa a um processo complexo e não carente de sofrimento.<sup>353</sup>

Se a comercialização de embriões excedentes corresponde à sua coisificação, a utilização dessa prática fere irremediavelmente o direito à vida, cuja

---

<sup>352</sup> SOUZA, **Sistema penal e violência**. Cit., p. 126.

<sup>353</sup> CUIXART, Josep Egozcue. Bioética y reproducción asistida. In: CASADO, Maria (Ed.) **Materiales de Bioética Y Derecho**. Barcelona: Cedecs Editorial S.L., 1996. p. 264.

inviolabilidade é entabulada no Título II da Constituição Federal, que versa sobre direitos e garantias fundamentais, e entendemos deva a comercialização ser penalmente proibida.

### 3.4 A DESTRUIÇÃO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

A legislação brasileira incrimina a destruição do embrião *in utero* tipificada pelo crime de aborto nos artigos 124 a 128 do Código Penal.

Enquanto a destruição dolosa do embrião localizado dentro do útero materno, provocada por médico, configura a hipótese de aborto provocado por terceiro (art. 125 e 126 do CP), a eventual lesão ao mesmo fora do útero constitui fato atípico em nossa legislação.<sup>354</sup>

O natalista Semião alega que em nosso ordenamento jurídico atual não há qualquer proibição à destruição do embrião congelado, pois considera que o art. 5º da Constituição Federal concebe direito à vida apenas aos já nascidos, ou seja, àqueles que já tenham nacionalidade, pois refere-se a brasileiros e estrangeiros, cujos conceitos, segundo ele, está diretamente ligado à nacionalidade e conseqüentemente ao nascimento.<sup>355</sup>

Além disso,

Para se extrair a licitude da destruição ou descarte do pré-embrião, considera-se o já exaustivamente abordado princípio da legalidade. Não havendo proibição expressa, o expediente é lícito. De outra parte, deve-se considerar o princípio da anterioridade, não havendo como se falar em crime, pois não há crime sem lei anterior que o defina, o que determina a impossibilidade de punição, pois também não há pena sem prévia cominação legal. Não há como alegar aborto ou qualquer figura penal. Ressalta-se a opinião de notáveis criminalistas, aborto é interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. O Direito Penal protege com a tipificação do aborto a vida intra-uterina, havendo, para a configuração do crime, necessidade do estado de gravidez.<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> SOUZA, **Sistema penal e violência**. Cit., p.136.

<sup>355</sup> SEMIÃO, op. cit., p. 175.

<sup>356</sup> BORGES JÚNIOR, op. cit. p. 71.

Já em relação aos embriões excedentes, os concepcionistas não aceitam a eliminação destes, por considerarem tal eliminação um extermínio de vidas humanas, visto que cada embrião já é a síntese incipiente da individualidade genética de um ser humano, logo, sua destruição seria um aborto.<sup>357</sup> Dessa forma, observa-se que de acordo com essa teoria, os embriões excedentes não podem ser eliminados, uma vez que se trata de uma vida e que na hipótese de eliminá-los, a destruição deles seria encarada juridicamente como um aborto.

Pela análise do tipo legal do aborto, observa-se que o mesmo refere-se ao feto localizado dentro do ventre materno, sendo assim, o mesmo não atinge o embrião *ex utero*, pois não se pode fazer analogia *in malam partem*.<sup>358</sup>

Além disso, não se cogita a hipótese de a destruição de um embrião vir a configurar crime de homicídio, dadas às diferenças entre um ser humano desenvolvido e um embrião, portanto, alguns autores defendem a criação de um crime que tipifique esta conduta, o chamado crime de “embrionicídio”, defendido por Otero, para o qual o embrião é portador de um direito fundamental ao nascimento decorrente da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade humana, argumentando ainda que os mesmos são portadores de um “direito à implantação uterina” e “direito à gestação”.<sup>359</sup>

Neste mesmo sentido, também leciona Marinho:

Havendo o descarte, questiona-se a existência de aborto ou até mesmo homicídio. Tecnicamente, o descarte não poderia ser considerado aborto uma vez que este pressupõe a interrupção de uma gravidez. Homicídio também não se configuraria por faltarem elementos do tipo. Conforme princípios do direito penal, é necessário que haja conduta tipificada como crime para que o autor seja incriminado. A analogia não pode ser aplicada. Entretanto, esse posicionamento não é unânime, havendo muitos doutrinadores que acreditam tratar-se de aborto.<sup>360</sup>

Sem a violação ao princípio da tipicidade, levando-se em conta o fato de a lei penal não definir o que seja aborto, não se poderia negar proteção jurídica a um embrião fecundado *in vitro*, pelo simples fato de se formar fora do útero materno. O

---

<sup>357</sup> RAFULL, op. cit., p. 94-6.

<sup>358</sup> SOUZA, **Sistema penal e violência**. Cit., p. 210.

<sup>359</sup> OTERO, op. cit. p. 249 e ss.

aspecto circunstancial não pode prevalecer sobre a razão da norma. A lei tutela a vida desde a sua formação, e o fato de o desenvolvimento embrionário ocorrer em laboratório não é justificativa para negar aplicação da lei penal. Afinal, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito.<sup>361</sup>

É porquanto a vida é o bem jurídico mais importante, que pensar em vida do nascituro remete à preocupante falta de tipificação da destruição dos embriões criopreservados, para os que entendem que há vida desde a fecundação.

Levando-se em consideração que a formação embrionária não pode ser interrompida, o que fazer com eles? Não seria sensato interromper a sua (chance de) formação só porque a nidação não se processou ainda. O congelamento não retira ou suspende a vida do embrião, ao contrário, é pela técnica de criopreservação que pode ser realizada a biopsia para verificar se o embrião está ou não vivo. Com efeito, essa vida tem de ser tutelada, porque *não* se trata de bem jurídico menos importante do que a vida do embrião implantado em útero materno. Todavia, enquanto o Direito não fizer existir um tipo penal, não haverá delito.<sup>362</sup>

Com entendimento de que o embrião *in vitro* possui mera expectativa de vida, Ceneviva defende posição mais radical:

Na minha convicção religiosa e científica digo ao leitor que o embrião não é um ser humano. A condição humana decorre do ventre da mulher, quando se torna- como diz o Código Civil- nascituro. [...] fora do ventre, no meu entender, o embrião é peça de laboratório, expectativa de vida, mas não vida. Destruí-lo não é crime, nem deve ser considerado.<sup>363</sup>

Muito comum na técnica de fertilização *in vitro* é a redução embrionária em caso de gravidez múltipla, ou seja, quando são implantados mais de três embriões e todos sobrevivem. Neste caso, pode ser necessária a redução embrionária, para segurança da gestante e dos demais fetos, ocorrendo a destruição de um ou mais deles. Entendemos que, quando não se tratar de aborto necessário, (que não é punido, "se não houver outro meio de salvar a vida da gestante" (art. 128, I, CP) a

---

<sup>360</sup> MARINHO, op. cit., p. 226.

<sup>361</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil: Parte Geral**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 160.

<sup>362</sup> FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1850>>. Acesso em: 13 set. 2008.

<sup>363</sup> CENEVIVA, op. cit., p. C2.

situação equipara-se ao aborto eugênico.<sup>364</sup> Além disso, esta técnica difere do aborto porque:

[...] na redução seletiva o embrião destruído pode ser absorvido pelo corpo da gestante e não expelido e, além disso, a gestação não é interrompida. Na Inglaterra, a redução embrionária é considerada legal em duas situações: quando o embrião apresenta qualquer anormalidade que se considere grave; ou, ainda que não haja anormalidade alguma, mas a gestação plúrima em si represente sérios riscos para a gestante; neste último caso, o médico pode escolher qualquer um dos embriões a 'reduzir'.<sup>365</sup>

Outra técnica que importa na destruição de embriões é a seleção de sexo, já que, ao se escolher o sexo do embrião obtido *in vitro* pode acontecer que o mesmo seja descartado por não corresponder ao sexo desejado pelos futuros pais. A seleção de sexo pode ser terapêutica e não terapêutica. A terapêutica refere-se àqueles casos em que o sexo deve ser selecionado a fim de evitar-se que doenças genéticas sejam transmitidas ao embrião. Referida técnica é tida como lícita, pois visa ao bem-estar do embrião.<sup>366</sup> Quanto à seleção de sexo não terapêutica poderia em tese configurar crime de aborto, porém, conforme já vimos, nossa legislação não prevê referida figura típica não se admitindo analogia *in malam partem*.<sup>367</sup>

Barboza refere que, a vida é um fenômeno único, que não admite graduações: existe ou não. Segundo a autora, é um absurdo garantir-se o direito à vida apenas em determinadas fases. “Ainda que não possa se vislumbrar na hipótese aborto, parece-nos não se possa negar implique a técnica da fertilização *in vitro*, no momento, em destruição da vida humana, a exigir sanção adequada”.<sup>368</sup>

<sup>364</sup> O Código Penal brasileiro não abriga entre as hipóteses impuníveis e permissivas do aborto a indicação denominada *eugênica*, decorrente de grave enfermidade física ou psíquica, idônea a retirar do embrião ou do feto a qualidade mínima de vida humana. Muito embora os meios tecnológicos utilizados para o diagnóstico pré-natal apresentem, cada vez mais, um nível maior de sofisticação, propiciando, precocemente, a detecção dessas enfermidades, e apesar da matéria já ter sido versada por alguns autores, o legislador penal mantém-se, a esse respeito, numa postura de absoluta indiferença. Dentre eles: FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. In: **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pp. 80/108 e TORRES, José Henrique Rodrigues. Abortamento nos casos de malformação fetal. São Paulo: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, vol. 2, n.3, p. 101/111, jan/fev.

<sup>365</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 68.

<sup>366</sup> SOUZA, **Ciclo de Conferências em Bioética I**. Cit., p. 38.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>368</sup> BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Cit., p. 78.

A Resolução 1.358/92 do CFM proíbe o descarte de embriões: “V.2 – O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decidam quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.”

Embora exista essa orientação fornecida pela Resolução do CFM, entendemos que o descarte é o fim mais provável da grande maioria dos embriões excedentes que estão congelados em todo o mundo. Seja por falta de interesse dos genitores em implantá-los, pelos mais variados motivos, ou pela sua inviabilidade pelo decurso do tempo, ou ainda por falta de doação para casais inférteis ou pesquisas.

Por fim, poderíamos ainda cogitar a prática do crime previsto no artigo 24 da Lei de Biossegurança, que até poderá ser aplicado caso o descarte seja feito sem justa causa. O que se questiona é se o excesso de prazo de congelamento previsto na mesma lei, de 3 anos, poderá ser considerado justa causa. Se sim, a conduta torna-se atípica. E é nesse sentido que entendemos deva ser interpretada a destruição ou descarte dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*. Podemos citar como argumento, tanto a previsão da lei para o uso dos referidos embriões para pesquisa se inviáveis ou congelados há mais de três anos, quanto pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, na ADIn 3510. Além disso, por não serem os genitores obrigados a implantarem todos os embriões, pelo fato do congelamento ser inviabilizado eternamente, e em caso de não os doarem para casais inférteis ou dos mesmos não serem utilizados para pesquisas, o problema persistirá, sendo o descarte o destino natural dos embriões excedentes.

A título de ilustração, destacamos que, na Áustria, após o período de um ano permitido para criopreservar um embrião, há a previsão de que ele deve ser destruído, o que também ocorre na Dinamarca. Na Suécia, os embriões que forem submetidos a qualquer tipo de experimentação deverão ser destruídos.<sup>369</sup> Na França, os progenitores poderão decidir doá-los a outro casal ou mandá-los destruir,

---

<sup>369</sup> NYS, op. cit., p.179-83.

sendo que após o período de cinco anos de congelamento, terão de ser destruídos.<sup>370</sup>

### 3.5 A DOAÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTES COMO ALTERNATIVA

A doação dos embriões excedentes para casais que não possam produzir seus próprios embriões surge como alternativa para os defensores de que a vida se inicia na concepção, sendo os embriões *in vitro* detentores de dignidade e do direito à vida.

A doação para outros casais inférteis, para que o embrião tenha possibilidade real de nascer, em um primeiro momento, pode parecer uma solução que não feriria o ordenamento jurídico. Entretanto, se o embrião for considerado pessoa, este não poderá constituir-se como objeto nesse ato unilateral.<sup>371</sup> Porém, muitas vezes a doação reflete um ato de amor e respeito para com o ser que terá assim a chance de vir a nascer.

Conforme a resolução 1.358/92 do CFM, a doação dos embriões para casais inférteis não pode ocorrer sem o consentimento do casal que os originou e sempre deverá ser gratuita.

Quanto à doação, solução ética e legal, é ato bilateral em que há necessidade de consentimento expresso dos dois responsáveis pelo material genético e dos beneficiários do tratamento. Tal como a de gametas, gerará todo o conflito legal de determinação da filiação [...]. É importante ressaltar que, em se tratando de doação de pré-embriões, não haverá vínculo biológico algum, pois o material genético será totalmente estranho ao casal receptor, fato que poderá gerar maior dificuldade na determinação da prova da filiação. Havendo discussão e não sendo possível a prova biológica, grande valor terão os termos de consentimento, cuja cautela na obtenção deve ser redobrada.<sup>372</sup>

---

<sup>370</sup> CÉLULAS ESTAMINAIS O QUE É LEGAL? **BIONET**. Disponível em: <[http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc\\_leg2.htm](http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc_leg2.htm)>. Acesso em: 15 nov.2008.

<sup>371</sup> MARINHO, op. cit., p. 222.

<sup>372</sup> BORGES JÚNIOR, op. cit., p. 70.

É estabelecido o anonimato dos doadores e receptores de gametas e embriões, evitando, desta forma, complexas situações emocionais e legais entre doadores e receptores, com repercussões no desenvolvimento psicológico da criança nascida através deste procedimento. Salienta-se a exigência pelo CFM de um cadastro de informações biológicas, genéticas e fenotípicas do doador, resguardando-lhe sua identidade civil, prevendo responsabilidade da unidade de reprodução assistida na escolha de doadores.

Barboza refere que mesmo não tendo o embrião capacidade jurídica, até ser transferido para o útero materno, não pode ser objeto de direito, sendo ilícitos quaisquer atos que impliquem na sua disponibilidade. Porém, a autora reconhece que é forçoso concluir-se que não possam os que geraram o embrião autorizar sua destruição ou seu emprego em pesquisa e experimentações.<sup>373</sup>

De todas as possibilidades existentes, a que mais se conforma com a dignidade da vida humana é a de que os embriões sobranes sejam doados a mulheres necessitadas, ao invés de serem destruídos ou utilizados para fins de pesquisa.<sup>374</sup>

Muitos casais inférteis somente realizam o sonho de ter filhos através da adoção. A técnica da fertilização *in vitro* pode resolver o problema destes casais, na medida em que os embriões remanescentes puderem lhes ser doados para adoção, numa forma de resolver a problemática da doação que os caracteriza como objetos de direito.

#### Segundo Lema Añón:

As veces al lado de la donación de embriones se habla de la adopción prenatal, quizá como forma de que suene más aceptable y de establecer un paralelismo con la adopción más que con la utilización de gametos ajenos. La adopción prenatal sería el caso especial de la donación de embriones en que tales embriones son utilizados para la reproducción, para distinguir-se

---

<sup>373</sup> BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Cit., p. 83.

<sup>374</sup> MORÁN, Luis González. Aspectos jurídicos de la procreación asistida. In: GAFO, J. (Ed.) **Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales**. Madrid: Comillas, 1998. p. 54.

de los casos en que su destino es ser utilizados como objetos de experimentación.<sup>375</sup>

Quanto à adoção, dentre outras coisas, dispõe o novo Código Civil brasileiro:

Art. 1621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de 12 (doze) anos.

§1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

Art. 1625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotado.

Art. 1626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Art. 1635. Extingue-se o poder familiar:

...

V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

...

II – deixar o filho em abandono;

...

No mesmo sentido, se manifesta o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90, nos seguintes artigos:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotado.

§1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

Art. 48. A adoção é irrevogável.

Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

Dispõe, ainda, o art. 227, §6º, da Constituição Federal “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discricionárias relativas à filiação”.

<sup>375</sup> LEMA AÑÓN, op. cit., p. 135.

Dessa forma, nosso ordenamento jurídico, embora não preveja expressamente a adoção de embriões, não a proíbe. Entendemos que o desejo dos pais deve ser respeitado, bem como devem os mesmos fornecer seu consentimento por escrito. Entretanto, nosso ordenamento jurídico deixa brechas para que, mesmo sem o consentimento dos genitores, possa-se adotar uma criança, e por analogia, um embrião. O §1º do art. 1621 do Código Civil bem como o §1º do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, determinam ser possível a adoção de uma criança sem o consentimento dos pais se estes forem destituídos do poder familiar. O inciso II do artigo 1638 do Código Civil, preceitua que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar o filho em situação de abandono. Podemos, numa interpretação extensiva, entender que muitos embriões congelados em laboratórios pelo mundo estariam em situação de abandono, e outros tantos teriam até mesmo autorização dos pais para que fossem destruídos, enquanto isto muitos casais sonham em ter um filho, viabilizando que o juiz autorize a adoção de um embrião nesses casos.<sup>376</sup>

Pela leitura dos artigos 1626 do Código Civil, bem como dos artigos 41 “*caput*”, 48 e 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebemos que não há dúvida quanto à legitimidade dos pais adotivos poderem exercer o poder familiar sobre o embrião adotado, pois a adoção acaba com todos os vínculos entre o adotado e sua família biológica, independentemente do adotado conhecer seus pais biológicos ou não. Em tese, os problemas de filiação de um embrião doado pelos genitores ou adotado por autorização judicial resolver-se-iam pela regras da adoção já existentes em nosso ordenamento jurídico.<sup>377</sup>

Porém, algumas ponderações devem ser feitas:

Outra solução apontada seria a adoção dos embriões que ultrapassaram o número necessário à implantação uterina. No entanto, ainda que a possibilidade de adotar embriões possa ter a mesma conotação protetiva do instituto da adoção de nascidos, é de se indagar a sua aceitabilidade ética,

---

<sup>376</sup> A possibilidade de adoção de embriões excedentes foi defendida em 1989 pelo Comitê Nacional de Ética francês. No mesmo sentido: BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Cit., p. 83.

<sup>377</sup> Referimos que em tese estariam resolvidos os problemas, pois somente com um estudo aprofundado do tema poderíamos falar com maior precisão sobre todos os detalhes do instituto da adoção, porém este tema não é o foco do nosso trabalho.

eis que poderia fazer sujeitar os adotandos aos riscos do congelamento e do descongelamento a fim de atender a futuros adotantes. Ademais, poderia implicar instrumentalização de seres humanos, porquanto a fecundação poderia estar direcionada a “fabricar” uma criança para destiná-la à adoção, ainda em estágio embrional.<sup>378</sup>

A tendência dos países europeus é de não permitir a doação. Na Áustria e na Dinamarca, a doação é totalmente proibida.<sup>379</sup> Em sentido contrário, tem-se a Alemanha e a França, que admitem a doação de embriões, na medida em que intentam proteger a vida do próprio embrião, sob a condição de que, na Alemanha, possa ser doado somente para casal legalmente casado.<sup>380</sup>

A Lei nº. 11.105/2005 prevê em seu artigo 5º a utilização de embriões congelados ou inviáveis para uso em pesquisas. Assim, a doação para pesquisa apresenta também um caráter, a princípio, nobre, uma vez que aqueles embriões não chegariam a nascer e poderiam, dessa forma, ser úteis no desenvolvimento de terapias que visassem ao tratamento de enfermidades; no desenvolvimento de tecidos; no auxílio das pesquisas em células-tronco, entre outros.

Alguns comentários são pertinentes ao uso de embriões para pesquisa nos termos da Lei de Biossegurança.

Primeira questão relevante que a lei deixou em aberto diz respeito à garantia da privacidade das pessoas que demandam técnicas de reprodução assistida. O Código Civil garante, no art. 21, a proteção da vida privada, considerada “inviolável” e direito integrante da personalidade humana. A lei em exame teria o importante papel de aditar, nesse campo específico, a proteção geral da privacidade posta em termos gerais no art. 21 do Código Civil. Porém, essa questão não foi contemplada na lei, de modo a restarem em aberto várias indagações: como os pesquisadores interessados em utilizar embriões terão acesso aos dados de suposta inviabilidade?

---

<sup>378</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 221.

<sup>379</sup> NYS, op. cit., p. 179.

<sup>380</sup> LEITE, op. cit., p. 279.

Poderão invadir a privacidade dos "genitores" para conferir o estado ou o tempo de congelamento, de 3 (três) anos, exigido por Lei?<sup>381</sup>

Outra questão a ser debatida refere-se ao consentimento dos genitores. Quem será o responsável pela obtenção do consentimento informado - o próprio pesquisador ou o médico assistente responsável pelos procedimentos de reprodução assistida?<sup>382</sup>

A necessidade do consentimento expresso dos envolvidos nas técnicas de reprodução assistida é exigida pela Resolução 1.358/92, *in verbis*:

#### I- PRINCÍPIOS GERAIS

[...]

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

A determinação da Lei de Biossegurança, quanto ao consentimento dos genitores, representa um contra-senso jurídico. Isto porque, somente podem ser designados genitores, os ascendentes de alguém, ou melhor, de outro ser humano. Mas, ao passo que a lei qualifica os reprodutores dos embriões de genitores, prevê o seu consentimento para o uso dos embriões excedentes para pesquisa e doação para outros casais inférteis, tratando-os como meros objetos.

A Lei de Biossegurança, pela exigência do consentimento demonstra a coisificação dos seres embrionários. "Nesse compasso, eles pertencem aos genitores, que têm sobre eles total poder de disposição, de vida e de morte."<sup>383</sup>

<sup>381</sup> MARTINS COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Lei de Biossegurança Medusa legislativa?** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>>. Acesso em 11 out. 2008.

<sup>381</sup> BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Cit., p. 83.

<sup>382</sup> MARTINS COSTA, op. cit., disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>>.

<sup>382</sup> BARBOZA, **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Cit., p. 83.

<sup>383</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Orgs). **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 127.

Outro aspecto a ser ressaltado, refere-se ao fato de o consentimento constituir causa central de legitimação de todas as intervenções biomédicas, e para ser válido, legítimo e eficaz, deve ser livre e esclarecido, isto é, depende da autonomia pessoal,<sup>384</sup> expressa no mesmo. Assim, o consentimento é considerado eficaz quando o bem jurídico seja disponível à pessoa e quando esta seja considerada capaz de dispor daquele. Por outro lado, podemos afirmar que a vida humana é bem jurídico indisponível. Nesse sentido, é pertinente o questionamento se é válido e legítimo o consentimento outorgado pelos genitores dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, autorizando seu uso para pesquisas e, conseqüentemente sua destruição, para os que defendem que os mesmos são detentores do direito à vida. Ou, colocando-se de outra forma, considerando os embriões *in vitro* nascituros, teriam os genitores legitimidade para autorizar seu uso nos termos da Lei de Biossegurança? É possível concluirmos que a Lei de Biossegurança trata os embriões *in vitro* como objetos de direito, qualificando os genitores seus proprietários ao autorizar seu uso mediante seu consentimento. Se os embriões fossem considerados nascituros, referido consentimento não teria validade, haja vista, tratar-se da disponibilização da vida.

Além disso, nos termos do artigo 24 da Lei nº. 11.105/2005, o uso indevido de embriões, em desconformidade ao seu artigo 5º, prevê a vida humana e sua dignidade como bem jurídico tutelado, e como seu titular a coletividade, caracterizando-se como bem jurídico supra-individual. Assim, nesse sentido, um possível consentimento dos genitores para o uso dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* de forma diversa da prevista no artigo 5º se afiguraria totalmente ineficaz, mesmo que manifestado por pessoa juridicamente capaz.<sup>385</sup>

Por outro lado, há quem entenda que a Lei de Biossegurança não deixou desprotegido o embrião *in vitro*, justamente por suas características peculiares: não

---

<sup>384</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 369-70.

<sup>385</sup> Ibid., p. 372.

é pessoa, mas também não é um amontoado de células. Assim, proibiu que ele fosse utilizado de forma alheia ao disposto no artigo 5º.<sup>386</sup>

Deve ser mencionada outra situação que poderá ocorrer que a Lei de Biossegurança não prevê. Nos casos de doação, todos os embriões congelados de um mesmo casal, ainda em idade reprodutiva, poderão ser destinados à pesquisa e à produção de material biológico? Existirá a possibilidade de ressarcir os gastos já realizados por este casal no tratamento de reprodução assistida, conforme previsto na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde?<sup>387</sup> São questões abertas que deverão ser solucionadas quando casos práticos começarem a surgir, onde muitos talvez somente se resolvam nos tribunais.

Além disso, os favoráveis à experimentação ressaltam que ficariam impossibilitados de desenvolver técnicas terapêuticas se não puderem utilizar embriões em pesquisa.<sup>388</sup> A permissão de se fazerem pesquisas terapêuticas faz com que o Estado tenha condições de promover não apenas o direito fundamental à saúde, mas também o direito a se ter uma vida digna, uma vez que milhares de seres humanos possuem algum problema cuja ciência ainda não conseguiu solucionar.<sup>389</sup>

Porém, em sentido contrário às pesquisas, Vasconcelos entende que, a manipulação de embriões vivos excedentes em experiências que visam trazer benefícios futuros, seja no aperfeiçoamento da fecundação, seja da gestação, como a manipulação de qualquer pessoa a serviço de interesses científicos, não se justifica porque implica a redução do ser humano a meio, negando-lhe, portanto, a dignidade.<sup>390</sup>

Como já expomos, existem duas modalidades de pesquisa, a terapêutica e a não terapêutica. A terapêutica, por ser benéfica ao embrião e à humanidade na

---

<sup>386</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. Busca de Uma Solução Ético-Jurídica para a Destinação dos Embriões Excedentários. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 14, Edição Especial, dez. 2006, p. 293.

<sup>387</sup> MARTINS COSTA, op.cit., disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>>.

<sup>388</sup> MARINHO, op. cit., p. 223.

<sup>389</sup> SILVA, op. cit., p. 293.

<sup>390</sup> VASCONCELOS, op. cit., p. 113.

busca de cura para diversas doenças é defendida por muitos, como no uso das células-tronco embrionárias. As células-tronco apresentam características específicas, em relação às demais células, dada a sua capacidade de se diferenciarem em distintos tipos de tecidos no organismo, bem como, a propriedade de auto-replicação, isto é, capacidade que elas têm de produzirem cópias de si mesmas. Porém, estas características somente podem ser encontradas nas células totipotentes e pluripotentes, que são encontradas somente nos embriões. Tais células podem ser extraídas até três semanas após a fecundação, por volta de quatorze dias. É a capacidade de diferenciarem-se em todas as células do organismo humano que faz com que as células-tronco embrionárias se tornem necessárias para a pesquisa médica.<sup>391392</sup>

Referente ao uso de embriões excedentes da fertilização *in vitro* para pesquisa não há um consenso na legislação internacional. O Relatório de Warnock, documento de 1984, trata das questões suscitadas pelas técnicas de reprodução assistida, estabelecendo que os embriões podem ser congelados por dez anos, havendo a possibilidade de serem usados em pesquisas, doados ou mesmo descartados. Para a utilização em pesquisa, o artigo 14 dispõe que não deve ser feita sem autorização daqueles que o geraram. Proibindo, no artigo 45, que seja implantado um embrião que tenha sido objeto de pesquisa.

A Áustria traz uma proibição indireta ao estabelecer que as células viáveis não possam ser utilizadas para fins diversos da reprodução assistida, podendo ser submetidas a exames com o intuito de se alcançar uma gravidez.<sup>393</sup> A França proíbe

---

<sup>391</sup> BARROSO, **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 245.

<sup>392</sup> Apesar da ênfase dada à pesquisa em células-tronco embrionárias no presente trabalho devido ao tema proposto ser os embriões excedentes, ressaltamos a evolução nos estudos das pesquisas com células-tronco adultas. No final de 2007, Dr. James Thomson, americano pioneiro no estudo das células tronco embrionárias, abandonou este estudo e passou a estudar as células-tronco adultas, porque a embrionárias provocam rejeição no paciente e geram câncer. As equipes científicas do japonês Shinya Yamanaka, da Universidade de Kioto, e do americano James Thomson, da Universidade de Wisconsin, publicaram nas revistas *Cell* e *Science*, respectivamente, a obtenção de células-tronco mãe (adultas) a partir de células somáticas da pele. Os trabalhos foram publicados on-line nos periódicos "Cell" ([www.cell.com](http://www.cell.com)) e "Science" ([www.sciencexpress.org](http://www.sciencexpress.org)). **TÉCNICA GERA CÉLULA-TRONCO SEM EMBRIÃO. INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS**. Disponível em: [http://www.unisininos.br/ihu/index.php?option=com\\_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=10848](http://www.unisininos.br/ihu/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=10848) Acesso em 20.mar.2009.

<sup>393</sup> NYS, op. cit., p.179-80.

a concepção *in vitro* de embriões humanos para fins de estudo ou experimentação, excepcionando os casos que possuem objetivos médicos, desde que cada membro do casal autorize e que o estudo não seja prejudicial ao embrião. Admite-se, excepcionalmente, o diagnóstico pré-implantatório para detectar presença ou ausência de doenças genéticas no embrião, devendo ser feita uma análise da possibilidade de o casal gerar um filho que sofra de uma enfermidade genética grave e sem cura.<sup>394</sup>

Na Dinamarca, a experimentação biomédica com ovócitos fecundados só é permitida se tiver o objetivo de melhorar a técnica da fertilização *in vitro*. A Suécia permite experimentação com fins de pesquisa ou tratamento, não podendo ser objeto de experimento o desenvolvimento de métodos que produzam efeitos genéticos herdáveis, sendo que o embrião não poderá ser posteriormente implantado e deverá ser destruído. A Espanha, por sua vez, diferencia embrião viável de embrião não viável, sendo que, neste, podem-se realizar pesquisas de qualquer gênero, enquanto, naquele, apenas as que possuam caráter de diagnóstico ou por razões terapêuticas ou preventivas. Não pode haver alteração no patrimônio genético normal ou patológico do embrião.<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> NYS, op. cit., p.180-1.

## 4 DA (DES) LEGITIMIDADE DE INCRIMINAÇÃO

### 4.1 PRINCÍPIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

O direito, e especialmente o Direito Penal, não deve ter a função de coagir as pessoas em razão de sua posição moral, mas, por outro lado, não se pode refutar a estreita ligação entre direito e moral, “relação que pode ser constatada quando se considera que as máximas morais geram os costumes, os quais, por sua vez, servem como fonte material do legislador”.<sup>396</sup>

O Direito Penal é convocado para emprestar sua adesão e coercitividade na tutela de bens e interesses que se deseja preservar das lesões e ameaças produzidas pela biotecnologia, em razão da importância destes bens e da gravidade dos ataques. O ineditismo das situações e a velocidade com que as inovações ocorrem e se diversificam, têm surpreendido o Direito Penal, provocando desestabilização no seu arsenal teórico tradicional. O Direito Penal é confrontado não apenas com as questões postas pela Bioética, mas, de forma geral, com o problema relativo ao oferecimento ou não de tutela a outras situações postas pela sociedade pós-moderna, de forma que o Direito Penal acaba por ver-se no dilema de manter-se fiel ao paradigma do Iluminismo ou expandir-se e reformular-se para fazer face às ameaças da sociedade pós-industrial.<sup>397</sup>

Vivemos atualmente a era do risco, a evolução da tecnologia e a globalização potencializaram a sensação de insegurança que permeiam a vida em sociedade. Aliado, ainda, ao fato de que essa evolução tecnológica está cada vez mais acessível, tornando-se presente no dia-a-dia de todos.

---

<sup>395</sup> Ibid., p.178-82.

<sup>396</sup> MINAHIM, op. cit., p. 45.

<sup>397</sup> Ibid., p. 49.

Ost traçou a evolução do risco, que segundo ele está no princípio da sociedade moderna.<sup>398</sup> Num primeiro momento tem-se, conforme o autor, o risco em forma de acidente, imprevisível, mas que pode ser compreendido e prevenido pela indenização. Num segundo momento, temos o risco numa perspectiva coletiva e futura, como a prevenção de doenças.<sup>399</sup>

No período pós-industrial, pós Guerra Fria mais especificamente, a sociedade se deparou com o surgimento de conseqüências, advindas das conquistas da sociedade industrial, decorrentes de seu sucesso.<sup>400</sup> Seria a terceira e atual fase do risco, descrita por Ost. Esse processo de destruição do que foi conquistado pela sociedade industrial e pela sociedade pós-industrial é denominado modernização reflexiva que representa a possibilidade de uma autodestruição criativa dos avanços da era industrial.<sup>401</sup> Esta destruição não surge da revolução, como ocorreu com a revolução industrial, nem da crise ou da luta de classes, mas da vitória da modernização ocidental, radicalmente transformada pela modernização reflexiva. Passa-se para um estágio do progresso, o qual se tornou tão dinâmico e veloz, que o mesmo chega a se autodestruir em decorrência dos riscos que produz.<sup>402</sup> Como exemplo, citam-se as bombas nucleares e o efeito estufa.

O mundo pós-industrial surge com novos e imensos riscos o qual Beck classifica como “sociedade do risco”.<sup>403</sup> Nas palavras de Ost, a sociedade do risco é uma sociedade em que ela própria se põe em perigo: basta pensar no risco sanitário (sangue contaminado) no risco alimentar, no risco atômico, nos aquecimentos climáticos e degelo das camadas polares, etc.<sup>404</sup> Riscos estes advindos de “técnicas

---

<sup>398</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de: Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Jacob, 1999. p. 336.

<sup>399</sup> Ibid., p. 343-4.

<sup>400</sup> BECK, Ulrich. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. BECK, Ulrich, **Modernização reflexiva: Política, Tradição e Estética na ordem Social Moderna**. Cit., p. 11-2.

<sup>401</sup> GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 43-5.

<sup>402</sup> BECK, **Modernização reflexiva: Política, Tradição e Estética na ordem Social Moderna**. Cit., p. 12-3.

<sup>403</sup> Id. **La Sociedad Del Riesgo**. Tradução de: Jorge Navarro. Buenos Aires: Paidós, 1998.

<sup>404</sup> OST, op. cit., p. 345.

aplicadas nas indústrias, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc”<sup>405</sup>.

O surgimento de novos riscos e delitos reclama a urgência de uma resposta eficaz por parte do Direito Penal, deixando a seu cargo uma tarefa que deveria ser primeiramente social, política e de prevenção. Diante desta sociedade insegura e da ineficácia da proteção de meios não jurídico-penais, o Estado através do Direito Penal tenta aplacar os medos e a insegurança, respondendo aos anseios sociais com o Direito Penal de Emergência, de caráter nitidamente simbólico. A função do Direito Penal do risco é, bem definida nas palavras de Prittwitz, “impedir o comportamento de risco através da criminalização”,<sup>406</sup> pois há muito se adicionou a segurança simbólica da sociedade de risco, e suas inseguranças, à prevenção de riscos por meio do direcionamento do comportamento de risco pelo Direito Penal.<sup>407</sup>

A tendência do Direito Penal, como referido, é a emergência, na ânsia de aplacar os riscos da sociedade moderna, como o avanço da tecnologia, e os riscos e conseqüências que a mesma traz. Em contrapartida, o excesso de normas de criminalização pode acarretar um Direito Penal de cunho meramente simbólico e ineficaz.

Dias relata outra tendência da expansão do Direito Penal que é a transferência da tutela jurídico-penal para o âmbito do direito administrativo.<sup>408</sup> Tem-se esta mudança, pois o Direito Penal na sociedade do risco prescinde de uma efetiva lesão a um bem jurídico, passando a ter um caráter de prevenção e gestão dos riscos. Como exemplo, citam-se os crimes ambientais, nos quais uma atitude isolada não causa um dano em potencial, causado somente pela cumulação e repetição da conduta ilícita. O Direito Penal pós-moderno cumpre um papel que

---

<sup>405</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

<sup>406</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel, p. 40, Mar/abr. 2004.

<sup>407</sup> Ibid., p. 40.

<sup>408</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, p. 50, Jan/Mar/2001.

antes seria do Direito Administrativo; este sim deve regular condutas de mero perigo presumido, abstrato, que somente praticadas em conjunto terão relevância para o direito penal. A este processo, Silva-Sanchez refere como “administrativização do Direito Penal”.<sup>409</sup> Sobre este aspecto importante transcrever a conclusão de Hassemer:

O Direito Penal tende muito menos a reação às lesões mais graves ao interesse de liberdade dos cidadãos e tende a se tornar muito mais um instrumento de defesa da política interna. Desse modo, ele desocupa, inclusive, a sua posição no elenco dos âmbitos do Direito e aproxima-se das funções do Direito Civil ou do Direito Administrativo.<sup>410</sup>

Neste sentido, “O Direito penal aparece como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores”.<sup>411</sup> Este aspecto do Direito Penal é reflexo da saturação e da ineficiência do mesmo, pois os acordos descaracterizam o processo e afrontam uma gama de princípios constitucionais.<sup>412</sup>

A respeito do papel do Direito Penal frente aos problemas suscitados pela sociedade pós-industrial, e ao avanço da biotecnologia, Minahim<sup>413</sup> aponta que os autores agrupam-se, basicamente, em três diferentes posições: alguns defendem a expansão e o realinhamento da dogmática, conservando-se certos princípios garantísticos; outros entendem pela preservação das garantias clássicas e, portanto, pelo fechamento do Direito Penal em um núcleo básico; outros, ainda, pela flexibilização e renúncia dos princípios da idade moderna que não podem subsistir na pós-modernidade, dotando-se, desta forma, o Direito Penal de instrumentos para proteção das futuras gerações.

Devemos questionar qual o papel que outorgamos ao Direito Penal quando designamos a ele a missão de tutelar os embriões excedentes da fertilização *in vitro*. O que se propõe é a tutela de novos bens jurídicos, ou os bens são os antigos que hoje estão expostos a novas formas de lesão, advindos da evolução da ciência? E

---

<sup>409</sup> SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 116-120.

<sup>410</sup> HASSEMER; MUÑOZ CONDE, op. cit. p. 61.

<sup>411</sup> SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 69- 70.

<sup>412</sup> HASSEMER; MUÑOZ CONDE. op.cit., p. 49.

<sup>413</sup> MINAHIM, op. cit., p. 52.

ainda, devemos questionar, em caso da tutela de novos bens jurídicos, advindos da evolução da biotecnologia, se optamos pela posição dos que entendem o papel do Direito Penal como de cunho estritamente garantista e minimalista ou pelos que defendem que ao Direito Penal cabe o papel de tutelar esses novos bens, pois estará conseqüentemente tutelando o homem.

Especificamente, ao afirmar que não é todo bem jurídico que requer proteção penal, Prado destaca que, para ser elevado à categoria de um bem jurídico-penal é indispensável a existência do interesse social relevante para o indivíduo. Para uma política criminal restritiva da intervenção penal impõe subordinar esta última a valorações tipicamente jurídico-penais, que permitam selecionar com critérios próprios os objetos dignos de amparo penal e não só *in genere*. Desse modo, para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político-criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescer ainda o juízo de suficiente importância social.<sup>414</sup> Dessa forma, a danosidade social de determinada conduta refletirá diretamente na tomada de posição do legislador, na eleição dos bens jurídicos a serem penalmente protegidos. Porém, essa eleição não pode ser arbitrária, mas sim de acordo com os princípios de política criminal que regem determinado modelo de Estado.

Assim, após a análise do bem jurídico-penal referente ao tema proposto, entendemos que a questão da tipificação de condutas que envolvem os embriões excedentes, como a sua comercialização, doação e destruição, devam ser estudadas frente aos princípios de política criminal, como da dignidade penal, da *ultima ratio* e da necessidade da pena, o que passaremos a verificar nos sub-capítulos seguintes.

---

<sup>414</sup> PRADO, **Bem jurídico-penal e Constituição**. Cit., p. 89.

#### 4.1.1 Princípio da Dignidade penal

O Princípio da Dignidade penal refere que todo bem protegido penalmente dever ser digno da tutela penal. O legislador ao selecionar os bens merecedores da referida tutela deve estar atento aos direitos fundamentais e principalmente aos ditames constitucionais de cada país. Além disso, o critério da danosidade social vem complementar o princípio da dignidade penal, pois não basta que o bem requiera proteção penal, mas, também, que o comportamento ofensor ao bem seja merecedor de reprimenda pelo repúdio social que causa.<sup>415</sup>

A dignidade penal refere-se a considerações de justiça em que se busca decidir favoravelmente a determinados valores sociais como merecedores de pena, onde o guia maior do legislador é a Constituição. Porém, o critério constitucional do bem jurídico não é o único para determinar-se o princípio da dignidade penal, relaciona-se ainda com a gravidade intrínseca dos ataques e ameaças ao mesmo. “Assim, no âmbito político-criminal legislativo-dogmático, o juízo de dignidade penal faz referência e subdivide-se em dois aspectos materiais: o próprio bem jurídico e a danosidade social da conduta, como dano ou perigo de dano perante o objeto de tutela.”<sup>416</sup>

Assim, para uma conduta ser merecedora de pena deve pôr em risco um ou mais bens jurídicos e deve representar grave perigo a eles, como forma de causar perturbação social. “Condutas que se mostrem inofensivas a bens estritamente jurídico-penais não possuem danosidade social e por conseqüência na há dignidade penal para que sejam criminalizadas.”<sup>417</sup>

Conforme afirma Costa Andrade, a dignidade penal pode ser observada em vários prismas:

No plano transistemático, dignidade penal significa que só bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal. No plano axiológico-teleológico o juízo de dignidade penal privilegia a dignidade da

<sup>415</sup> SOUZA, **Sistema penal e violência**. Cit., p. 140-2.

<sup>416</sup> Id. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 144-5.

<sup>417</sup> Ibid., p. 146.

tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo de lesão para os bens jurídicos. Por último, e no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e se singulariza face às demais manifestações de ilícitos conhecidas da experiência jurídica. E isto posta entre parêntese à questão de saber se a distinção revela do qualitativo ou apenas do meramente quantitativo.<sup>418</sup>

Sporleder de Souza destaca que o princípio da dignidade penal contém dois subprincípios: o princípio da fragmentariedade e o princípio da proporcionalidade. O carácter fragmentário do direito penal visa proteger os bens jurídicos mais fundamentais para a convivência em sociedade diante dos ataques mais intoleráveis que possam vir a sofrer. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, visa equilibrar a dignidade do bem com a dignidade da conduta considerada ofensiva para que haja uma compatibilidade entre a dignidade do bem jurídico a ser protegido e a forma e intensidade da conduta a reprimir. Além do que, o princípio da proporcionalidade exige uma justa medida entre a conduta a ser criminalizada e a pena correspondente a ela.<sup>419</sup>

#### 4.1.2 Princípio da Necessidade penal

Dentre todos os referidos princípios em matéria penal, está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, a garantia à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança [...] dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Garantias estas que representam à máxima do Estado Democrático de Direito, qual seja, o direito a uma vida digna.

Neste contexto, Luisi sustenta a existência de um princípio implícito na Constituição Federal: o Princípio da Necessidade. Pois, como afirma o autor,

é evidente que as privações ou restrições desses direitos invioláveis só se justificam quando estritamente necessários. Sendo as penas, em suas

<sup>418</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciências Criminal** (2), Lisboa. P 173-191. 1992. p. 184 e ss.

<sup>419</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit. p. 149.

várias espécies formas de privação e /ou restrição desses direitos invioláveis, só se justificam quando a resposta penal é meio indispensável para a proteção de um determinado bem jurídico.<sup>420</sup>

Para Bianchini, de acordo com o Princípio da Necessidade, o Estado somente está autorizado a se utilizar do arsenal punitivo quando, para a obtenção de determinados fins, inexistente qualquer outro meio menos oneroso para o cidadão.<sup>421</sup>

Assim, para que a tutela penal seja legítima não basta que o bem jurídico penal seja digno da mesma, é também imperioso que tutela penal seja necessária. “O princípio da dignidade penal não deve ser absoluto. É indispensável ainda perscrutar sobre a necessidade de o direito penal intervir ou não na tutela destes bens jurídicos e na repressão de condutas consideradas dignas.”<sup>422</sup>

Ao contrário do princípio da dignidade penal, em que há um juízo negativo de criminalização, o Princípio da Necessidade pressupõe um juízo positivo por parte do legislador ao aferir se a criminalização de determinada conduta é indispensável à proteção de determinado bem jurídico.<sup>423</sup>

Costa Andrade, citado por Bianchini, ao definir a necessidade de tutela penal inclui, além da verificação sobre a adequação e a necessidade de tutela, para prevenir a danosidade social, a preocupação com o não desenvolvimento de efeitos secundários, no caso concreto, desprovidos de qualquer grau de proporcionalidade em relação à lesividade provocada pela conduta.<sup>424</sup>

Para auferir a necessidade de tutela penal, o autor utiliza:

em primeiro lugar, um juízo de *necessidade*, por ausência de uma alternativa idônea e eficaz de tutela não-penal; em segundo lugar, um juízo de *idoneidade* do direito penal para assegurar a tutela, e para fazê-lo à margem de custos desmesurados que sacrifiquem outros bens jurídicos, *maxime* a liberdade.<sup>425</sup>

<sup>420</sup> LUISI, **Os princípios constitucionais penais**. Cit., p. 183-4.

<sup>421</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 83.

<sup>422</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 153-4.

<sup>423</sup> Ibid., p. 155.

<sup>424</sup> ANDRADE, Costa Manuel da. Apud BIANCHINI, op. cit., p. 76.

Luisi destaca a distorção que apresentam os Estados Democráticos de Direito, que ao invés de procurarem o caminho das soluções, partindo da necessidade de preservar a autonomia do cidadão e uma esfera de sua liberdade, vêm adotando caminho inverso. Uma série de leis e projetos em tramitação desvirtuam esse tipo de Estado.<sup>426</sup> Nesse sentido, em termos de política criminal, há um esquecimento do princípio da necessidade penal, em detrimento da pressão exercida pela mídia, na criminalização de condutas, como resposta aos riscos da sociedade tecnocrática,<sup>427</sup> e aumento de penas, chegando nas palavras de Luisi, “a violentar a pessoa humana, invadindo as esferas íntimas de sua autonomia, caracterizando-se por serem cada vez mais detalhistas, chegando o mesmo a conotações ridículas”.<sup>428</sup>

O Princípio da Necessidade Penal reflete um caráter de subsidiariedade, ou de *ultima ratio*, “sugerindo ao legislador o uso limitado e somente como último remédio do poder público para proteger penalmente determinados bem jurídicos”.<sup>429</sup>

Além disso, o Direito Penal somente se justifica quando

não haja dúvida quanto à sua efetividade, isto é, quanto à sua capacidade para contramotivar (dissuadir) os comportamentos sob sua disciplina, pois, do contrário, não haverá relação lógica entre meio e fim, além de que, se sua função é prevenir, não terá sentido algum socorrer-se da pena, se se mostrar inidônea como instrumento de prevenção.<sup>430</sup>

Em nosso regime político, toda infração penal, para que assim possa ser tratada, há de ser *definida* somente nos casos em que se possa considerá-la *útil* à preservação da justiça social, devendo tutelar *valores* inculpidos em nosso ordenamento constitucional e, que, como tais, justificam e preservam os direitos fundamentais nele previstos.<sup>431</sup>

---

<sup>425</sup> ANDRADE, Costa Manuel da. Apud BIANCHINI, op. cit., p. 76

<sup>426</sup> LUISI, **Os princípios constitucionais penais**. Cit., p. 325.

<sup>427</sup> Ibid., p. 326.

<sup>428</sup> Ibid., Idem.

<sup>429</sup> SOUZA, **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. Cit., p. 159.

<sup>430</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 132.

Nesse sentido, é relevante transcrever a lição de Lopes: “Penas insuscetíveis de cumpriras finalidades legais ou filosóficas de sua justificação não devem ser impostas por demarcarem momento de retorno à valorização do arbítrio em detrimento das posturas mais lúcidas e esclarecidas do Estado diante do crime.”<sup>432</sup>

Dissertando sobre o tema, Hassemer ressalta que todas essas tendências colocam ao Direito Penal uma necessidade de legitimação. Agora, mais do que nunca, tem-se que se demonstrar que o sistema, desde o ponto de vista sociotecnológico, funciona realmente, que de modo relevante produz conseqüências favoráveis e impede as desfavoráveis. “A orientação das conseqüências tem como efeito que o sistema jurídico-penal permanente e publicamente deva firmar-se como instrumento político tecnicamente eficaz.”<sup>433</sup>

O referido se coaduna com o que defende Bianchini quanto à necessidade de haver um juízo de proporcionalidade entre a dignidade do bem jurídico e a necessidade de tutela penal, ressaltando que deva ser utilizado um critério de idoneidade da proteção penal “quanto à existência de outros meio de proteção suficientemente eficazes, ou de custos inferiores aos benefícios da proteção penal”.<sup>434</sup> “A legitimidade da tutela penal somente se completa quando se conclui pela sua eficácia, pois caso se verifique que ela não se realiza, deixa de existir justificativa par a intervenção penal.”<sup>435</sup>

Assim, na busca por um Direito Penal mais eficaz, deveriam ser reservados à tutela do Direito Penal somente os bens indispensáveis à vida dos cidadãos, onde condutas que refletem a gestão de riscos fossem tuteladas por outros âmbitos do Direito, como o Civil e o Administrativo ou ainda normas éticas. Porém, para aqueles casos em que a proteção de outros ramos do Direito “falhar ou revelar-se

---

<sup>431</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 279-80.

<sup>432</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 254.

<sup>433</sup> HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Traducción de: Francisco Muñoz Conde y Maria de Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 35.

<sup>434</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 91.

<sup>435</sup> Ibid., p. 110.

insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, deve estender-se o manto da proteção penal”,<sup>436</sup> pois só ele poderá proteger com eficácia o bem posto em risco.

Hassemer defende que, mesmo frente aos novos problemas tão complexos e difusos que o ameaçam, o Direito Penal deve continuar mantendo ou configurando sua tarefa formalizadora de controle social. Ou seja, só devem proteger-se os bens jurídicos que possam ser descritos concretamente e assegurados com seus instrumentos; que se mantenha o princípio da imputação individual também nos casos mais complexos; que siga preservando o caráter da proteção jurídico-penal como *ultima ratio*; que se defendam os princípios valorativos como a legalidade e o *in dubio pro reo* frente aos interesses políticos em prol da efetividade e, por fim, se considere que estes princípios são irrenunciáveis e permanentes, como símbolos de nossa cultura.<sup>437</sup>

#### 4.1.3 Princípio da *ultima ratio*

Embora não expresso na Constituição, mas de extrema importância, temos o Princípio da Intervenção Mínima,<sup>438</sup> também conhecido como Princípio da Subsidiariedade, corolário inafastável da legalidade estrita, como forma de tentar restringir ou, até mesmo, eliminar o arbítrio do legislador, no momento da confecção das normas penais incriminadoras. Somente fracassando as sanções do ordenamento jurídico positivo é que deve o Direito Penal mostrar-se. A pena, portanto, deve ser sempre utilizada como *ultima ratio*, e não como *prima* ou *sola ratio*.

Luisi defende a subsidiariedade do Direito Penal, afirmando que, “destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se

---

<sup>436</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

<sup>437</sup> HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Cit., p. 37.

deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito”.<sup>439</sup> Segundo o mesmo autor, o princípio da intervenção mínima torna-se “orientador e limitador do poder criativo do crime”,<sup>440</sup> funcionando como alicerce de delimitação qualitativa abstrata para o processo de seleção e tipificação de condutas.

De enunciado um tanto quanto simples, o Princípio da Intervenção Mínima encerra em si um dos mais importantes capítulos da Ciência Penal, escondido atrás da obviedade de reservar-se o Direito Penal apenas e tão somente para aqueles casos de extrema necessidade, visto que, se existir alguma outra forma de intervenção estatal, e esta revelar-se suficiente para efetivar sua tutela sobre aquele bem jurídico, não se deve operar a ingerência do Direito Penal.<sup>441</sup>

A presença e a existência do Direito Penal apenas e tão somente se justificam e, mais que isso, se legitimam, quando os diversos ramos do direito se mostram incapazes de proporcionar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência humana e social.<sup>442</sup> Isto porque, como assevera Batista, “se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal e qual ofensa”.<sup>443</sup>

Além desses dois corolários, possui ainda o Princípio da Intervenção Mínima algumas importantes funções que merecem destaque: o estabelecimento das hipóteses de incidência das leis penais, a indicação dos limites de restrição da liberdade de ação para que esta possa ser alcançada pela norma penal e o estabelecimento da necessidade de incidência da consequência jurídica do delito.<sup>444</sup>

---

<sup>438</sup> Terminologia usada por Munõz Conde. In: MUNÕZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

<sup>439</sup> LUISI, **Os princípios constitucionais penais**. Cit., p. 40.

<sup>440</sup> Ibid., p. 39.

<sup>441</sup> Ibid., Idem.

<sup>442</sup> BATISTA. Op. cit., p. 87.

<sup>443</sup> Ibid., p.86.

<sup>444</sup> ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 73.

O Princípio da Intervenção Mínima ou da Subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*.<sup>445</sup>

Para Lopes:

A intervenção penal deve ser mínima sob seus três fundamentos: somente as infrações mais graves da ordem social devem ser eleitas pelo Direito Penal como objeto de incidência; a pena deve representar concretamente a menor limitação possível na esfera da liberdade do agente; e as condições materiais de modificação da personalidade ou das condições propiciadoras da sanção criminal devem ser prontamente avaliadas para interrupção da pena criminal assim que possível.<sup>446</sup>

Assim, o Direito Penal passa a ser entendido como necessário somente para tutelar os bens mais importantes, inserido num contexto de Estado Liberal, onde a liberdade e a dignidade do ser humano passam a ser bens invioláveis. Por isso, “a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se extremamente necessária à sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.”<sup>447</sup>

Além desses princípios, como bem assevera Yacobucci, os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Estado de Direito buscam avaliar a justificação das medidas de intromissão da política criminal nos âmbitos de privacidade e de intimidade dos cidadãos,<sup>448</sup> no sentido do uso proporcional dos meios à disposição para eficácia do fim almejado,<sup>449</sup> de forma que somente como última alternativa o Direito Penal deve ser usado como instrumento de controle social dado o seu caráter punitivo. Argumenta o autor, que o Direito Penal atualmente é usado como mecanismo de controle social, com o fim de garantir a paz social e a segurança; resta portanto explicado o porquê de seu aumento alarmante. Insurge-se

<sup>445</sup> PRADO, **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Cit., p. 84.

<sup>446</sup> LOPES, **Princípios Políticos do Direito Penal**. Cit., p. 254.

<sup>447</sup> LUISI, **Os princípios constitucionais penais**. Cit., p. 40.

<sup>448</sup> YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales: Su naturaleza y funciones en la argumentación penal**. Buenos Aires:Editorail Ábaco de Rodolfo Depalma.[s.d]. p. 219.

contra esta inflação legislativa e, em contraponto à mesma, a necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana inserida nesta sociedade. Questiona-se neste ponto, os fundamentos e os limites do *ius puniendi*, observando-se os princípios penais. Assim, o Direito Penal não tem a função de resolver todos os problemas de segurança devendo ter preservado seu critério de *ultima ratio*, além do que, o Direito Penal é somente parte da política criminal, que pode ser exercida, também, por meios não punitivos.

Defende Schmidt que,

a afirmação, contudo, de que a norma penal, para restar legitimada, deve ser *necessária*, é insuficiente para a fundamentação de um Direito Penal humanitário. Assim como uma bela moldura pode comportar qualquer tela, a mera prescrição de necessidade pode embasar os mais diversos sistemas penais. É imperioso, portanto, que ao *nullum crimen, nulla poena sine lege necessariae* seja dado um conteúdo que, em linhas gerais, reveste-se de três parâmetros operativos: a *culpabilidade*, a *lesividade* e a *intervenção mínima*.<sup>450</sup>

Para o autor, nem todos os bens jurídicos necessitam de proteção penal, portanto as cominações penais não têm por que abranger todas as infrações. Assim, a subsidiariedade do Direito Penal atua como forma de complementação da fragmentariedade, sendo uma das mais significativas conseqüências, o repúdio à sua utilização quando a finalidade da proibição seja perseguível de forma mais eficaz por outros ramos do Direito.<sup>451</sup>

Portanto, a missão do Direito Penal deve estar sempre em conformidade com as idéias de Estado de Direito e os limites materiais previstos na Constituição. Com base em seu caráter subsidiário, o Direito Penal ocupa-se da proteção dos bens jurídicos mais caros à humanidade, através do controle social formalizado e baseado em princípios valorativos, na medida em que prevê sanções para a infração dos mesmos, deixando a cargo de outras instituições o controle de infrações menos graves e que possam por estas serem resolvidas,<sup>452</sup> e “somente deve ter lugar

---

<sup>449</sup> YACOBUCCI, op. cit., p. 339.

<sup>450</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 282.

<sup>451</sup> Ibid., p. 329-30.

<sup>452</sup> HASSEMER; MUÑOZ CONDE. op. cit., p 110-5.

quando fracassem as instancias primárias, formais e informais, de prevenção e controle sociais”.<sup>453</sup>

## 4.2 PROJETOS DE LEI

Há no Brasil, atualmente, em andamento, Projetos de Lei que têm por finalidade a regulamentação do uso das tecnologias reprodutivas conceptivas. Tais projetos visam ao controle da prática da reprodução assistida, mas não alcançam, ainda, a proteção do embrião *in vitro* como titular do bem jurídico vida humana.

### 4.2.1 Projeto nº. 1.184/2003

O Projeto de Lei nº. 1.184/2003 “define normas para realização de inseminação artificial e fertilização ‘in vitro’; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical”.<sup>454</sup> Passemos a analisar os artigos que têm relação com a presente pesquisa.

No que tange a doações de embriões, para casais que não possam produzir os seus próprios, a lei regula tal instituto no artigo 7º “Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título”. Além, disso percebe-se que o Projeto de Lei proíbe claramente a comercialização dos embriões, bem como em seu § 1º refere que não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais. Além do que conforme § 3º “Poderá ser estabelecida idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados, quando da regulamentação desta Lei.”

---

<sup>453</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 120.

<sup>454</sup> **EXPLICAÇÃO DA EMENTA.** Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 17 out.2008.

Em sentido contrário, o referido Projeto de Lei não proíbe o descarte de embriões, pois em seu § 4º, do artigo 7º, remete que os gametas doados e não-utilizados deverão ser mantidos congelados até que se dê o êxito da gestação, após o quê proceder-se-á ao descarte dos mesmos, de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora. Além disso, da leitura do artigo 14, § 1º percebemos que a lei refere que os gametas depositados apenas para armazenamento serão entregues somente à pessoa depositante, *não podendo ser destruídos sem sua autorização*. Assim, podemos concluir que se for autorizado poderão ser destruídos, o que se confirma da leitura do § 2º do mesmo artigo:

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – quando solicitado pelo depositante;

II – quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

Com o intuito de limitar a produção de embriões excedentes na execução de técnica de reprodução assistida, o referido projeto inova ao limitar, em seu artigo 13, a produção e a transferência dos mesmos para somente 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo. Além disso, nos parágrafos do artigo citado disciplina:

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido ao critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor.

§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

§ 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

Uma observação a ser feita refere-se à disciplina da natureza jurídica dos embriões *in vitro*, que segundo o Projeto de Lei, somente serão dotados de personalidade jurídica após o advento da implantação no útero materno. Assim, podemos concluir que, diante disso, o embrião *in vitro* não pode ser considerado nascituro.

No tocante à seleção de sexo, disciplina a referida lei em seu artigo 15 que “A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.” Este artigo se coaduna com os ditames éticos que autorizam a seleção de sexo com fins terapêuticos nos casos de doenças genéticas transmitidas pelo gênero masculino ou feminino.

Diversos crimes são previstos no Projeto 1.184/2003, no artigo 19. Dentre eles destacamos os que mais se relacionam com o objeto do nosso trabalho.

**VII – implantar mais de 2 (dois) embriões na mulher receptora:**

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**VIII – realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:**

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**IX – produzir embriões além da quantidade permitida:**

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**X – armazenar ou ceder embriões, ressalvados os casos em que a implantação seja contra-indicada:**

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**XI – deixar o médico de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:**

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

**XII – descartar embrião antes da implantação no organismo receptor:**

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

[...]

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

Parágrafo único. Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, o juiz considerará a natureza e a gravidade do delito e a periculosidade do agente. (grifo nosso)

Assim, percebemos que, tanto a produção de embriões excedentes, limitados a dois, quanto a sua não implantação, pois os dois devem ser implantados, e ainda, o seu armazenamento, constituem crime, salvo situações que ponham em risco a vida da receptora, casos em que é contra-indicada a implantação. No mais, percebemos que o descarte de embriões só constitui crime antes da implantação do mesmo, embora possamos destacar algumas incompatibilidades do dispositivo com o artigo 14, que prevê a obrigatoriedade do descarte dos embriões em outros casos, deixando em aberto a resolução de tais conflitos, que certamente caberão ao juiz no caso concreto.

No artigo 20, estão disciplinados outros delitos como a proibição de pesquisas não autorizadas. “I – intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com

finalidade diferente das permitidas nesta Lei: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”. Além da proibição de se praticar a redução embrionária:

IV – praticar o médico redução embrionária, com consentimento, após a implantação no organismo da receptora, **salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher**: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos;  
V – praticar o médico redução embrionária, sem consentimento, após a implantação no organismo da receptora, **salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher**:

Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único. As penas cominadas nos incisos IV e V deste artigo são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, pela mesma causa, lhe sobrevém a morte. (grifo nosso)

Da prévia análise do Projeto 1.184/2003, entendemos que embora a lei pretenda diminuir a produção de embriões excedentes e congelados após sua vigência, permite que os embriões que já estejam nessa situação sejam destruídos, bastando o consentimento dos responsáveis, tratando de forma desigual os embriões já congelados dos que venham a ser produzidos.

Outrossim, entendemos plausível o intuito de dificultar-se a produção de embriões além do estritamente necessário para a técnica e que todos venham a ser implantados, pois se resolve os vários problemas aqui levantados na sua essência, proibindo a banalização dos mesmos. Embora a lei discipline uma série de crimes, em contrapartida, não inova ao não prever natureza jurídica de nascituro ao embrião *in vitro*, suscitando dúvidas quanto a qual bem jurídico tenta proteger nos referidos crimes.

#### **4.2.2 Projeto nº. 1.135/2003**

O Projeto de Lei nº. 1.135/2003, que se encontra apensado ao Projeto de Lei anterior nº. 2.855 de 1997, também dispõe da mesma matéria, com a finalidade de criar normas que regulamentem a “realização de inseminação artificial, fertilização ‘in

vitro', barriga de aluguel (gestação de substituição ou doação temporária do útero), e criopreservação de gametas e pré-embriões.”<sup>455</sup>

Com um espírito menos punitivista que o anterior, o Projeto em análise, nas palavras de seu autor Deputado Dr. Pinotti, não inova quanto à natureza jurídica dada ao embrião *in vitro*, é o que se depreende da justificativa do mesmo:

O projeto também pretende colocar uma pá de cal nas discussões em torno dos direitos dos pré-embriões antes da implantação no organismo da receptora, ao excluir-lhes expressamente a personalidade civil. E mais, para os proteger, determina quem fica responsável juridicamente por eles.<sup>456</sup>

É o que disciplina o artigo 12 “Os pré-embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.” No artigo 15 § 3º reza que o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de quatorze dias.

O Projeto proíbe a produção de embriões para fins diversos dos reprodutivos, artigo 5º, bem como técnicas auxiliares como a seleção de sexo, exceto para fins terapêuticos, artigo 6º. No artigo 15, o Projeto disciplina que as técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas na prevenção e no tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapia, sempre exigindo o consentimento informado do casal.

Quanto ao número de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora, o Projeto em seu artigo 7º limitou a 3 (três), sendo que deve ser respeitada a vontade da mulher receptora a cada ciclo reprodutivo. Sobre a redução embrionária, o artigo 8º disciplina “Em caso de gravidezes múltiplas, decorrentes do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária, salvo os casos de risco de vida para a gestante.”

---

<sup>455</sup> **EXPLICAÇÃO DA EMENTA.** Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 18 out.2008.

<sup>456</sup> DR. PINOTTI, Deputado. **Justificativa do Projeto de Lei n. 1135 de 2003.** Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 18.out.2008, p. 14.

O Projeto, ao contrário do Projeto 1.184/2003, não proíbe a produção de embriões excedentes, prevendo a doação dos mesmos em seu artigo 11, que reza:

Art. 11. A doação de gametas ou pré-embriões obedecerá às seguintes condições:

I - **nunca terá caráter lucrativo ou comercial;**

II - os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

§ 1º Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores.

§ 2º Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

§ 3º As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

§ 4º Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

§ 5º A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade que, dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

§ 6º Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar, que nelas prestam serviços, participar como doadores nos programas de reprodução assistida, extensiva a proibição aos seus parentes até o quarto grau. (grifo nosso)

Seguindo a orientação do Conselho Federal de Medicina, o Projeto 1.135/2003 pretende a proibição do descarte ou destruição de embriões quando da produção, impondo a princípio o congelamento. O prazo máximo de 3 (três) anos segue aquele estipulado na Lei de Biossegurança, não causando conflitos de leis. Além disso, segue a regra do consentimento informado, impondo que os beneficiários das técnicas sejam responsáveis pela tutela do pré-embrião desde o princípio, devendo prever tudo a respeito do destino dos pré-embriões congelados, especialmente em casos de separação, divórcio, doenças e morte.<sup>457</sup>

Sobre o congelamento de gametas e pré-embriões disciplina o artigo 14:

Art. 14. As clínicas, centros ou serviços **podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.**

§ 1º O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos **pacientes, para que se decida quantos pré-embriões**

<sup>457</sup> DR. PINOTTI, op. cit., disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 18 out.2008, p. 16.

**serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.**

§ 2º Os beneficiários das técnicas de reprodução assistida, assim como os doadores e depositantes, devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos gametas e pré-embriões criopreservados, em caso de separação, divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

§ 3º **Após três anos de criopreservação, os gametas ou pré-embriões ficarão à disposição dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida, doadores ou depositantes, que poderão descartá-los ou doá-los, mantendo as finalidades desta lei.**

§ 4º Os pré-embriões em que sejam detectadas alterações genéticas que comprovadamente venham comprometer a vida saudável da descendência, serão descartados, após o consentimento do casal.

No tocante aos crimes previstos no Projeto 1.135/2003, disciplina o artigo 22 apenas quatro delitos:

Art. 22. **Constitui crime fecundar oócito humano, com finalidade distinta da procriação humana.**

Pena - reclusão de 3 (três) a 6(seis) anos, e multa.

Art. 23. **Comercializar ou industrializar pré-embriões ou gametas humanos.**

Pena - reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 24. **Praticar a reprodução humana assistida sem a obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários, dos doadores, dos depositantes e de seus cônjuges ou companheiros, se houver, na forma determinada nesta lei.**

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 25. **Revelar a identidade civil dos doadores aos beneficiários das técnicas de reprodução assistida e ou revelar a identidade civil dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida aos doadores.**

Pena - reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa. (grifo nosso)

Da análise dos delitos previstos, podemos perceber que não constitui crime o descarte de embriões excedentes, mantendo o Projeto a coerência quanto à natureza jurídica dada ao embrião *in vitro*, e a responsabilidade outorgada aos detentores do direito à tutela e ao destino dos embriões excedentes.

Quanto ao descarte dos embriões, o Deputado Dr. Pinotti justifica que o mesmo não constitui crime, primeiramente porque não há ainda uma pessoa, não se enquadrando a hipótese no crime de homicídio, segundo porque não há gestação, não se podendo falar em aborto. Defende o mesmo, que o descarte de pré-embriões pela vontade expressa e única dos beneficiários não pode sequer ser considerado contrário à ética, pois atende aos requisitos da autonomia, beneficência e justiça. Refere ainda que o pré-embrião antes da implantação no organismo da receptora não tem autonomia. A autonomia e a responsabilidade são dos beneficiários que

devem lhe determinar o destino. “Se o casal ou mulher não quer mais filhos e não deseja doá-los a um casal infértil, deve-se obrigá-los a manter os pré-embriões congelados pelo resto da vida, arcando com as despesas do banco? Com que justificativa?”<sup>458</sup>

O Projeto segue o espírito democrático visando à liberdade procriativa e de escolha do casal usuário da técnica de fertilização *in vitro*, bem como, por não considerar os embriões *in vitro* nascituros, segue a lógica de que os genitores são os únicos responsáveis pelos mesmos, dando-lhes total autonomia para decidir sobre o seu destino: congelamento (pelo prazo de três anos), doação ou descarte.

A previsão de poucos delitos segue a linha de um Direito Penal mínimo, que deixa a cargo de outros ramos do Direito, a disciplina de condutas que podem ser regradas por outros meios que não o penal, e que tenham a mesma eficácia. Tudo em conformidade com o entendimento de que o embrião *in vitro* não representa vida humana, de acordo ainda com o que entende o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao declarar constitucional o uso de embriões congelados para fins de pesquisas.

#### 4.3 CONDUTAS QUE ENVOLVEM OS EMBRIÕES EXCEDENTES E A TUTELA PENAL

Zaffaroni explica que o Direito Penal mínimo, “a exemplo do abolicionismo, nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que considera como mal menor necessário”.<sup>459</sup> Assim, o minimalismo penal propugna pela redução ao máximo da esfera de atuação do controle penal institucionalizado.

O autor esclarece que

---

<sup>458</sup> DR. PINOTTI, op. cit., disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 18 out.2008, p. 16.

<sup>459</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas** – a perda da legitimidade do sistema penal. 5.ed. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 2001. p. 89.

el derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que ineludiblemente, implica una aspiración ético- social. Cabe consignar que en este sentido usamos " ético" para denotar lo que hace al comportamiento social, expresión que nada tiene que ver con la moral, que la entendemos como cuestión que incumbe a la conciencia individual y que, por ende, es autónoma. En este sentido, la "aspiración ética" del derecho, es la aspiración que éste tiene de que no se cometan acciones prohibidas por afectar bienes jurídicos ajenos. La coerción penal busca materializar esta aspiración ética, pero la misma no es un fin sí misma, sino que su razón, su " por qué" ( y también su " para qué") es la prevención especial de futuras afectaciones intolerables de bienes jurídicos.<sup>460</sup>

Mas a teoria do bem jurídico, apesar de ser ponto de referência para o sistema penal, nem sempre consegue garantir o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal. Como garantia individual e, conseqüentemente, como limite do *ius puniendi*, não estabelece de forma segura os limites de criminalização de certas condutas e, que, infelizmente, ficam ao arbítrio do legislador que, muitas vezes, legitima o bem jurídico como *prima ratio*, ignorando a subsidiariedade do Direito Penal.

Infelizmente, delitos tomam corpo no ordenamento jurídico, independentemente de o bem jurídico tutelado resultar afetado, e em muitos casos sem ofensa a um bem jurídico. Ferrajoli, criticando a crescente multiplicidade de proibições, diz: "justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, que o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo."<sup>461</sup>

Nas vertentes de Barata e Zaffaroni, por exemplo, o minimalismo penal apresenta-se como:

[...] tendência político-criminal apta a responder à deslegitimação do sistema penal, através de um amplo processo de descriminalização, despenalização e desjudicização, baseado no rigoroso respeito aos Direitos Humanos e às garantias jurídicas do Estado de Direito, com o objetivo final de substituir o atual sistema penal por formas mais democráticas e efetivas de resolução de conflitos.<sup>462</sup>

<sup>460</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General I.** Cit., p. 50.

<sup>461</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 372.

<sup>462</sup> Ibid., p.6.

Atualmente, os movimentos de redução e abandono do sistema penal (abolicionismo e minimalismo) convivem com o de sua expansão (Movimento de Lei e Ordem, Teoria das “janelas quebradas” e Doutrina de Tolerância Zero). Mesmo assim, Zaffaroni acredita “existirem motivos pra supor que o homem é capaz de reagir de modo racional diante do espetáculo da destruição inútil de milhões de vidas humana e que, em última instância, a espécie humana não é suicida, como não o é nenhuma outra”.<sup>463</sup>

Assim, para determinarmos se o Direito Penal é legítimo para tutelar as condutas que envolvem os embriões excedentes da fertilização *in vitro* devemos, inicialmente, identificar se há um bem jurídico digno de tutela penal. Dessa feita, como estudamos no capítulo 3, as condutas como a comercialização e a destruição dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* ofendem o bem jurídico vida humana, para os que advogam que os mesmos são detentores de tal direito. Havendo nestes casos dignidade do bem jurídico tutelado, primeiro requisito da criminalização de tais condutas. Porém, ponderações devem ser feitas em caso de colisão do direito à vida do embrião com outros direitos fundamentais dos genitores, como a dignidade e ao planejamento familiar, visto que não há hierarquia constitucional entre direitos fundamentais.<sup>464</sup>

Porém, para os que estão no extremo oposto, e entendem que o embrião *in vitro* é somente um amontoado de células, a criminalização de tal conduta não se justifica. Estando ausente um bem jurídico digno de tutela penal, a criminalização afronta o princípio de política criminal da dignidade penal, “pois nem todo bem jurídico requer proteção penal, mas somente aqueles que possuem dignidade penal.”<sup>465</sup>

Entretanto, de acordo com Bianchini, não basta que o bem jurídico seja digno de tutela penal, a tutela também deve ser “necessária, não sendo suficientes outros meio de defesa menos hostis.”<sup>466</sup> Devemos prosseguir na análise da legitimidade de incriminação penal somente em caso de entendermos haver um bem

---

<sup>463</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General I.** Cit., p.160.

<sup>464</sup> FRANCO, op. cit., p. 25.

<sup>465</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 82.

jurídico penal digno de tutela, passando, somente aí para a análise do segundo requisito de criminalização, que é o exame da necessidade de incriminação, verificando se outros meios menos gravosos que o Direito Penal não tutelam referido bem de maneira efetiva.

Assim, pelos argumentos já aqui analisados, do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, condutas como a comercialização e a destruição dos embriões excedentes já teriam uma proteção efetiva, a comercialização já é prevista como crime, conforme disciplina a Lei de Biossegurança em seu § 3º do art. 5º, com pena de reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. A efetividade também pode decorrer da regulamentação por outros ramos do direito, tal como acontece em relação à Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 1.358/92, que proíbe tanto a comercialização quanto a destruição dos embriões, prevendo seu congelamento, ou ainda por normas de direito administrativo e civil. Não havendo, nesse sentido, necessidade penal para a criminalização de tais condutas, pois, “o merecimento de tutela penal seria condição necessária, mas não suficiente, para legitimar a intervenção criminalizadora. Constatado o merecimento, parte-se para a verificação da necessidade de intervenção penal”,<sup>467</sup> que se justificará somente em caso de inexistência de outra forma de proteção menos afluiva.

Como último grau no exame da legitimidade de incriminação de condutas, temos que a tutela penal “há que ser adequada e eficiente”,<sup>468</sup> sob pena de se mostrar ilegítima. Nesse sentido, cabe-nos questionar a efetividade que teriam normas penais que criminalizassem a comercialização e a destruição dos embriões excedentários. Destacamos que referidas condutas se dariam em ambientes típicos, como hospitais, clínicas, laboratórios, onde poucas pessoas têm conhecimento técnico para identificar, primeiro a existência dos embriões, segundo se houve comercialização e/ou destruição de algum embrião. Além do que, essas condutas podem não deixar vestígios, dificultando sua prova e conseqüentemente sua punição, tornando-as normas meramente simbólicas e ineficazes.

---

<sup>466</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 82.

<sup>467</sup> Ibid., p. 88.

<sup>468</sup> Ibid., p. 82.

Além disso, são condutas de difícil fiscalização e controle por parte de órgãos encarregados de aplicar o Direito Penal, como a polícia, por exemplo, que ao proceder a um inquérito, necessitaria de pessoal com técnica suficiente para poder apurar os crimes por ventura praticados. Além de serem condutas que poderiam ser evitadas através de normas de outros âmbitos, como o Conselho Federal de Medicina, que já editou a Resolução 1.358/92, mediante uma fiscalização efetiva de algum órgão administrativo, no intuito de serem mais eficazes, pois estão mais presentes nos meios onde são desenvolvidos os procedimentos, além de possuírem conhecimento compatível com a natureza das técnicas.

Assim, como destaca Bianchini, podem existir bens que embora sejam merecedores de tutela penal e de não poderem ser protegidos por outros meios de controle social, necessitando de tutela penal, não encontram nela possibilidade de proteção, inexistindo eficácia, de forma que a tutela penal resta injustificável.<sup>469</sup>

Zaffaroni, em sua obra, define o que vem a ser um Direito Penal efetivo:

A efetividade do Direito penal é sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio de nossa cultura. Esta função é a de garantia externa de um âmbito de auto-realização humana, isto é, a garantia de disponibilidade daquilo que se considera que pode ser necessário para realizar-se em coexistência (para escolher ser o que quer ser). Logo, é efetivo o Direito penal capaz de servir de garantia externa da existência.<sup>470</sup>

Nesse sentido, como um aspecto da deslegitimação do Direito Penal para tutelar a criminalização de condutas que envolvam os embriões excedentes, podemos citar a ineficácia entre o fim almejado e os meios utilizados para tanto, de forma que a legislação que as prevê como delitos, passe a ser meramente simbólica, resultante de um Direito Penal de emergência.

Este Direito Penal de emergência manifesta-se pelo aumento de tipos penais e aumento das penas imputadas aos delitos, dando a idéia de que o Direito Penal, e principalmente o legislador estão atentos às mudanças sociais e preocupados com o combate à criminalidade. Muitas vezes são criminalizadas condutas não violentas,

---

<sup>469</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 109-10.

<sup>470</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Cit., p. 65.

mas somente socialmente desvaloradas.<sup>471</sup> Percebe-se o aumento dos crimes de perigo abstrato, numa antecipação do dano efetivo a simples ameaça de perigo.<sup>472</sup> Assim, o Direito Penal cede espaço ao princípio da ultima *ratio* suportando um fardo que não cabe a ele.<sup>473</sup> Hassemer argumenta que este afastamento ocorre devido à crescente orientação pelas conseqüências do Direito Penal, onde “desloca-se a igualdade e a retribuição do injusto para a margem da política criminal.”<sup>474</sup>

Baratta destaca que, a função simbólica do Direito Penal atende a “política como espetáculo” por parte do legislador, onde as decisões são tomadas não visando modificar a realidade, mas sim a fim de modificar a imagem da realidade nos cidadãos.<sup>475</sup> Além disso, adverte o mesmo autor,

o déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais de realização impossível: pense-se somente na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle da toxicomania e no índice de mortalidade no trânsito.<sup>476</sup>

Estamos frente ao Direito Penal do Risco, que é um direito extremamente expansivo, de caráter simbólico e de prevenção, uma vez que se adapta à emergência da sociedade, passando a ser usado como instrumento de prevenção e minimização dos riscos e proteção dos bens jurídicos, orientados também pelos riscos, um direito nitidamente funcional.<sup>477</sup> É claro que o Direito Penal não pode ficar alheio às mudanças sociais, devendo intervir e modernizar-se a fim de atender a evolução social, criminalizando condutas ilícitas que certamente irão surgir. Porém, não se deve esperar que somente o Direito Penal possa trazer segurança ou

<sup>471</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências criminais**, Cit., p.83-4.

<sup>472</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O Direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco**. Cit. p. 61.

<sup>473</sup> SILVA SANCHEZ, op. Cit., p. 61.

<sup>474</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 58.

<sup>475</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.5, p. 22, jan./mar. 1994.

<sup>476</sup> Ibid., p. 22.

<sup>477</sup> SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 80-2.

minimizar os novos perigos, mesmo porque não é com novos tipos penais que se diminuirá a ocorrência de condutas criminosas, ou deixar que novas surjam.

Para Fragoso:

[...] uma política criminal moderna se orienta no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que possam ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.<sup>478</sup>

Destacamos ainda, nesse sentido, as penas previstas nos crimes que envolvam os embriões *in vitro* na Lei de Biossegurança.

O artigo 24 reza que: “Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” Por sua vez, o artigo 25 diz: “Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Assim, vemos que as penas nos dois crimes são baixas, atingindo no máximo quatro anos, no crime do artigo 25, possibilitando nos dois casos a suspensão condicional do processo tendo em vista que a pena mínima abstratamente cominada é de um ano, conforme artigo 89 da Lei nº. 9.099/1995.<sup>479</sup>

Quanto ao delito de clonagem humana, previsto no artigo 26 da Lei de Biossegurança, a pena cominada é de reclusão de dois a cinco anos e multa. Nesse sentido, é cabível uma questão: “a pena de reclusão de dois a cinco anos para aquele que conseguir a proeza de clonar um ser humano superará a fama do seu criador? É claro que não.”<sup>480</sup> De onde podemos concluir que o Direito Penal não deva ter exclusividade na regulamentação de condutas que envolvam os embriões

---

<sup>478</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 35.

<sup>479</sup> Nesse sentido: PRADO, **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 579 e 583.

<sup>480</sup> SÁ; RIBEIRO, op. cit., p. 129.

excedentes da fertilização *in vitro*, sob pena de tornar-se uma lei meramente simbólica.

Outrossim, numa prévia comparação com o aborto, a crítica cabível refere-se à criminalização de condutas de cunho imoral, que por si só não justificam uma criminalização. Ao direito cabe tutelar o que é crime e não o que é pecado. “As condutas meramente imorais não se constituem em objeto de tutela penal.”<sup>481</sup> Aqui não nos cabe discutir a descriminalização do aborto, porém, algumas ponderações que se fazem nesse sentido nos são úteis comparativamente aos embriões excedentes, haja vista tratar-se de embriões e/ou fetos, e sendo que, alguns advogam a descriminalização do aborto, mais justificável ainda permitir a destruição dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*. Se o embrião nidado no útero, agora feto, para algumas teorias pode ser destruído, pelas mesmas teorias podemos justificar que o embrião *ex utero* também possa ser.

Ressaltem-se, brevemente, alguns argumentos utilizados para a descriminalização do aborto que cabem perfeitamente na defesa da não criminalização da destruição dos embriões excedentes: a exclusiva imoralidade de tal comportamento, e a ineficácia prática de tal norma. Sobre o aborto, merece destaque a lição de Figueiredo Dias e Costa Andrade:

Parece irrecusável que o aborto corresponde inteiramente à categoria dos crimes sem vítima: pelo elevado teor específico da interação dos diferentes intervenientes; pelo teor elevadíssimo as cifras negras [...] pela comprovada ineficácia preventiva da lei incriminatória; [...] bem, podendo, em síntese, concluir-se, que a lei incriminatória, para além de funcionar como guarda noturno da boa consciência de alguns, acaba por redundar num indesejável desserviço aos valores fundamentais da própria vida humana.<sup>482</sup>

A adesão interna do indivíduo é outro fator de eficácia e legitimidade de incriminação de uma conduta, “o grau de disponibilidade do sujeito a respeito do bem jurídico protegido implica diretamente no processo de adesão social da norma”.<sup>483</sup> Novamente, o exemplo recai no aborto, a necessidade de descriminalização se dá uma vez que sua criminalização não elidiu a prática deste

---

<sup>481</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 35.

<sup>482</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manoel da. **Criminologia** - A sociedade criminógena e o homem delinqüente. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 430-1.

<sup>483</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 131.

ato. Pelo contrário, com a proibição lançou-se o assunto às relações de mercado negro, com todas as suas conseqüências. Normas penais como esta causam mais efeitos simbólicos, de representação de superioridade de uma moral específica, elevada ao nível da consagração estatal, do que um efeito preventivo real.<sup>484</sup>

Além disso, não é todo bem jurídico que requer proteção penal, conforme destaca Prado,<sup>485</sup> devendo ser indispensável à existência do interesse social relevante para o indivíduo na sua defesa. Questionamos se as condutas como a comercialização, que já é proibida legalmente, e a destruição dos embriões excedentes da fertilização *in vitro* representam importante papel social que demande sua criminalização em nossa sociedade. Se a previsão da outorga de consentimento dos genitores para a doação dos embriões *in vitro* para pesquisa e para casais inférteis tem eficácia, ou seja, é realizada de fato pelos mesmos, sem maiores problemas, como emocionais ou morais, entendemos que falta aos genitores o sentimento que poderia possibilitar uma alternativa para os embriões que não sua doação, seja para pesquisa ou seja para adoção, ou seu descarte, num gesto que demonstra um juízo de desvalorização de uma suposta vida. Em contrapartida, frente ao argumento de que a vida é um bem indisponível, somente uma total proibição da produção de embriões excedentes resolveria o problema, pois qualquer alternativa atinge de alguma forma essa vida potencial, quando não lhe permite viver.

Por fim, cabe-nos referir a um posicionamento intermediário: os que entendem não ser o embrião detentor do direito à vida, pois a “proteção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento,”<sup>486</sup> mas como ser da espécie humana, é detentor de dignidade, o que requer que o mesmo tenha alguma proteção. Nesse sentido, os instrumentos penais de garantia desse direito “podem mostrar-se

---

<sup>484</sup> BIANCHINI, op. cit., p. 133.

<sup>485</sup> PRADO, **Bem jurídico-penal e Constituição**. Cit., p. 89.

<sup>486</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 146.

inadequados ou excessivos quando se trate de proteção da vida intra-uterina”,<sup>487</sup> ou *in vitro*, faltando o requisito da necessidade da pena e da adequação.

Além disso, a Lei de Biossegurança, em seu artigo 24, proíbe a utilização de embrião humano em desacordo com o seu artigo 5º, ou seja, permite somente para fins de pesquisa, desde que sejam inviáveis ou estejam congelados há mais de três anos. Uma interpretação possível de ser feita é que, permitindo somente a pesquisa com os embriões, seguindo esses critérios, a lei está protegendo a dignidade dos mesmos, evitando sua instrumentalização.<sup>488</sup> Não haveria, nesse sentido, necessidade de nova incriminação com vistas a proteger a dignidade dos embriões *in vitro*.

Sem termos a pretensão de dar uma única resposta à questão da legitimidade ou não da tutela penal dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, devido às várias teorias sobre o início da vida, da ponderação que deva ser feita entre o bem, ou bens jurídicos penais protegidos, e os princípios de política criminal, e ainda frente aos riscos da sociedade moderna e à necessidade ou não de fazermos uso do princípio da precaução, e clamando por um Direito Penal subsidiário e garantista, entendemos que o debate está em aberto e devemos questionar: “é indispensável que se crie a norma incriminadora? É fundamental que, para se defender determinado valor, se crie uma norma penal?”<sup>489</sup> Esta norma será eficaz na proteção do referido bem? Se as respostas forem afirmativas, teremos uma norma legítima. Porém, se pudermos proteger eficazmente esse bem, que talvez no caso em tela nem possa ser considerado bem jurídico merecedor de tutela penal, ou pudermos através de outros ramos do direito, menos graves e mais ágeis que o penal, a resposta é negativa, resultando numa norma penal ilegítima e desnecessária.

---

<sup>487</sup> SARMENTO, op. cit., p. 146.

<sup>488</sup> BARROSO, **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Cit., p. 263.

<sup>489</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 129.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema proposto surgiu da necessidade de uma pesquisa transdisciplinar, mas principalmente jurídica, numa área pouco explorada. A ciência evolui imensamente mais rápido do que o direito. Ao passo que há trinta anos atrás o homem somente podia reproduzir-se naturalmente, hoje a evolução da ciência põe a sua disposição mecanismos eficazes, e acessíveis a grande parte da população, possibilitando que a grande maioria dos problemas de infertilidade sejam resolvidos mediante as técnicas de reprodução assistida.

Como referido, a ciência avança a passos largos, porém traz consigo novas situações que demandam uma intervenção do direito, mas este requer estudo e análise para se desenvolver, e este é o caminho correto que o mesmo deve seguir. Ao surgirem novos conflitos sociais cabe ao direito a sua regulamentação. Porém, o mesmo não pode ser mudado a toda hora, sob pena de perder em eficácia, deixando alguns fatos alheios ao seu abrigo. É nesse contexto que insere-se os embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

A fertilização *in vitro* e o excesso de produção de embriões, para o fim específico de reprodução, ainda necessário para o sucesso da técnica, trouxeram à tona a dúvida, até então sem consenso, de quando se inicia a vida humana. Muitas são as teorias que procuram explicar o momento exato do início da vida, todas com argumentos favoráveis e contrários, porém todas contestáveis. Algumas de cunho biológico, outras de cunho filosófico, algumas radicais, outras menos. Mesmo a ciência tendo avançado tanto na análise da evolução do embrião, podendo identificar com precisão o momento exato da fecundação, os centímetros do mesmo em diversas etapas de seu crescimento, as doenças que ele pode ter desde muito cedo, não pode determinar com a mesma precisão quando essa vida se inicia. Alguns defendem que é no momento da fecundação, outros que é no momento da nidação, ou da formação do sistema nervoso central, outros, ainda, que é somente no momento em que a mãe aceita o feto como seu, numa troca de sentimentos entre mãe e filho.

Embora existam as várias teorias examinadas, o que aqui interessa é qual é adota pelo direito pátrio. Eis aí outro problema, pois, também, não há um consenso entre os doutrinadores. Novamente fala-se em teorias, natalista, concepcionista, da personalidade condicional, não havendo uma única a ser adotada.

Tratou-se, no segundo capítulo, sobre os direitos fundamentais envolvidos com a fertilização *in vitro*. Foram analisados os direitos fundamentais ao desenvolvimento científico e à reprodução (art. 226 § 7º, da Constituição Federal) que embora não sejam absolutos não podem ser postos em um patamar inferior aos outros direitos fundamentais. Outros direitos foram analisados nesse capítulo, como o direito à vida e sua interpretação constitucional através do julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do uso de embriões para pesquisa mediante a extração de células-tronco. No entendimento do STF, o embrião *in vitro* não é detentor de vida, podendo ser tratado como objeto de direito e não como sujeito de direito. É nesse sentido, também, a conclusão transcrita de alguns autores que defendem a defesa da vida somente após a nidação do embrião no útero materno, com o que, também, converge minha posição pessoal. Foram destacadas várias teorias biológicas que procuram explicar quando o se inicia a vida para o direito, a visão da filosofia e o conceito de pessoa, bem como os direitos de personalidade, procurando explicar a natureza jurídica do embrião *in vitro* e se o mesmo pode ser considerado nascituro. Não vislumbrou-se no direito pátrio a possibilidade do embrião *in vitro* ser considerado nascituro antes da nidação, não obstante, defendeu-se que ele não seja tratado como mero objeto, ao ser usado como instrumento para fins ilícitos, sendo detentor de dignidade por ser um exemplar da espécie humana. Entretanto, defendeu-se o direito do casal de se reproduzir e sua dignidade em ter reconhecido esse direito. Por outro lado, no que tange a dignidade de um embrião excedente, foi destacado que não basta o mesmo ter reconhecido um suposto direito à vida, mas sim que esta vida seja digna, ou melhor explicando, que embora seja reconhecido um direito à vida dos embriões *in vitro*, mais importante é que os mesmos sejam desejados por seus genitores, que venham a nascer por vontade dos mesmos e não por uma imposição legal.

Buscando identificar e analisar os aspectos penais que envolvem os embriões excedentes da fertilização *in vitro*, focou-se no estudo do bem jurídico

penal tutelável, suas teorias e seu conceito, e buscou-se identificar quais os bens jurídicos envolvidos nas condutas como a produção de embriões excedentes para fins de pesquisa, a sua comercialização e a sua destruição. Quanto ao bem jurídico envolvido nas referidas condutas, destacou-se a vida humana. Assim, para as teorias que entendem que existe vida desde a fecundação, destacou-se o bem jurídico vida humana a ser tutelado. Em contrapartida, para os que advogam que o início da vida se dá somente após algum evento biológico determinado, como a nidação ou o nascimento com vida, o embrião *in vitro* não é merecedor de proteção penal, haja vista, a relativização do bem jurídico “vida humana”, que alegam ainda não estar presente de forma concreta no embrião *in vitro*. Porém, defendeu-se, frente à dignidade humana, que por ser o embrião inegavelmente da espécie humana, há um bem jurídico tutelável, mesmo se considerarmos que a vida se inicia somente após o nascimento, ou posteriormente ainda, como na visão da teoria relacional, o que desabrigaria os embriões excedentes da fertilização *in vitro*. Mesmo assim, entendeu-se estar presente um bem jurídico tutelável: a vida humana e a dignidade que a mesma comporta. Nesse sentido, acredita-se que a dignidade da espécie humana, representada nos embriões *in vitro*, deva ser protegida proibindo a instrumentalização dos mesmos.

No estudo da produção de embriões excedentes para outros fins que não o da reprodução humana, como a sua produção direcionada para pesquisas, entendeu-se que a mesma fere a vida humana e a sua dignidade. Defende-se que um ser humano não pode ser um meio para fins diversos. A produção de excesso de embriões para viabilizarem a técnica da fertilização *in vitro* é uma realidade, que deverá ser extinta quando for possível a produção somente do número de embriões que serão implantados. Acredita-se que não deva haver oposição nesse sentido, pois não é moralmente aceitável que se produzam mais embriões que o necessário para que posteriormente sejam destruídos. Se for possível a eliminação da produção excedente não teria utilidade toda essa discussão. Porém, como já referido, os embriões excedentes são uma realidade, para qual deve ser buscada uma solução, que respeite os direitos fundamentais e que não fira a legislação. Assim, a presente pesquisa remete a uma contrariedade à produção de embriões para qualquer outro fim que não seja a reprodução.

No que tange a comercialização dos referidos embriões excedentes foi destacado que nossa legislação já a proíbe. E, entende-se que assim deva ser, o bem jurídico-penal tutelado nesse caso é a vida humana e sua dignidade. Num país como o Brasil, onde existe uma gama de direitos fundamentais protegidos, seria impensável que fosse possível a comercialização de embriões *in vitro*. Essa proibição visa coibir a instrumentalização do ser humano. Além disso, o trabalho remete que a comercialização é mais grave que a destruição dos embriões excedentes, pois, se não for fornecida alternativa à destruição, seja provocada ou pelo decurso do tempo, é, certamente, o fim que terão os referidos embriões. Assim, a destruição dos embriões excedentes não é, e não deve ser, criminalizada em nossa legislação.

Como alternativa para todas essas condutas verificadas, foi estudada a doação de embriões excedentes. O uso para pesquisas possibilita que, mesmo por falta de opção, os embriões tenham um fim mais digno do que o lixo. As pesquisas com células-tronco são a esperança para muitas doenças e muitas pessoas que lutam contra o tempo para buscar uma cura e uma vida mais digna. A Lei de Biossegurança permite a utilização para pesquisas dos embriões inviáveis, desde que os embriões tenham resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* ou que estejam congelados há mais de três anos, mediante o consentimento dos genitores. Além disso, a referida lei considera crime o uso dos referidos embriões em desacordo com o disciplinado em seu artigo 5º, segundo os critérios acima destacados, bem como, proíbe a clonagem dos mesmos. Destaca-se que muitas condutas a que estão expostos os embriões *in vitro* são proibidas no artigo 24 da Lei de Biossegurança, sendo permitida somente a pesquisa nas condições estabelecidas.

A adoção de embriões por casais inférteis, como foi chamada, é uma solução nobre, pois seria regida pelas mesmas regras da adoção de uma criança, sendo o embrião desejado como tal, sendo-lhe possibilitado o direito a nascer e a ter uma vida digna. A doação é criticada, pois trata os embriões como um objeto que se doa a outra pessoa. Como solução para referida crítica, defendeu-se que o instituto da adoção melhor se coaduna quando se tratar de um ser da espécie humana.

No último capítulo, procurou-se estudar os argumentos que justificam a legitimidade, ou a deslegitimidade, do direito penal na tutela dos embriões excedentes. Da análise dos princípios de política criminal, como a da dignidade penal, a necessidade penal e a *ultima ratio*, observou-se que o processo de criminalização deve guiar-se segundo o que os mesmos orientam. Assim, para ser tutelado penalmente, um bem jurídico deve ser digno de tal tutela, além do que, a mesma deve ser necessária, devendo ser utilizada somente na defesa dos bens mais fundamentais para o ser humano e somente quando outros meios de controle social, menos gravosos, falharem em sua proteção.

Porém, a tutela penal é muitas vezes usada como primeira alternativa, como forma do legislador mostrar ao povo que está atento às demandas sociais e ao surgimento de novos bens jurídicos. Referente aos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, destaca-se que os mesmos não representam novos bens jurídicos, e sim o mais antigo e mais importante bem a ser tutelado, a vida humana. É a vida humana em nova acepção, ou para quem entenda ainda não existir vida, mas sim um amontoado de células, é uma amostra que contém todas as informações necessárias para que se desenvolva uma vida, possibilitada pelo avanço da ciência. Se antigamente era impossível imaginar-se um embrião, muito menos que o mesmo fosse manuseado em laboratório, hoje essa possibilidade é real, e cabe ao direito a tarefa de dirimir os conflitos sociais que a mesma causa. Assim, o direito penal é chamado para tutelar tal bem jurídico, porém, antes de defender referida proteção devemos analisar se ela é legítima. A análise da legitimidade da tutela penal deve observar primeiramente se o bem tutelado é digno, se a proteção penal é necessária, e ainda, se a mesma é adequada. Assim, embora entendendo que há um bem jurídico a ser tutelado como referido, a vida, percebe-se que a tutela nem sempre é necessária e adequada. Quanto à necessidade destacou-se a existência da Lei de Biossegurança, que já protege a instrumentalização dos embriões, não sendo mais necessárias outras intervenções penais nesse sentido. Quanto à adequação, foi defendido que outros meios de controle social são mais, ou igualmente, eficazes que a proteção penal, como as regras deontológicas previstas na Resolução 1.358/92 do CFM.

Nesse sentido, após a análise dos Projetos de Lei nº. 1.184/2003 e 1.135/2003, que visam disciplinar as técnicas de reprodução assistida, percebeu-se que os mesmos tratam os embriões como objetos de direito. Porém, contraditoriamente, o Projeto nº. 1.184/2003, embora discipline uma série de crimes, em contrapartida, não inova ao não prever natureza jurídica de nascituro ao embrião *in vitro*, suscitando dúvidas quanto a qual bem jurídico tenta proteger nos referidos crimes. Já o Projeto de nº. 1.135/2003 prevê apenas quatro crimes, seguindo a linha de um Direito Penal mínimo, que deixa a cargo de outros ramos do Direito a disciplina de condutas que podem ser regradas por outros meios que não o penal, e que tenham a mesma eficácia. Portanto, faltando algum dos requisitos referidos, como a dignidade do bem tutelado, a necessidade de pena, a adequação e a eficácia da tutela, não há legitimidade na incriminação de determinada conduta.

Assim, como já foi destacado, não tem-se a pretensão de dar uma única resposta à questão da legitimidade ou não da tutela penal dos embriões excedentes da fertilização *in vitro*, devido às várias teorias sobre o início da vida, da ponderação que deve ser feita entre o bem, ou bens jurídicos penais protegidos, e os princípios de política criminal, e clamando por um direito penal subsidiário e garantista, entende-se que o debate está em aberto e deve-se questionar sempre que se pretenda defender a criação de uma lei penal se é indispensável a sua criação. Se é fundamental que para se defender determinado bem seja criada uma norma penal. E, ainda que se responda sim às perguntas anteriores, tem-se que questionar se esta norma será eficaz na proteção do referido bem. Se a resposta for afirmativa, teremos uma norma legítima. Porém, se pudermos proteger eficazmente esse bem através de outros ramos do direito, menos graves e mais ágeis que o penal, a resposta é negativa, resultando numa norma penal ilegítima e desnecessária.

A discussão está lançada, acredita-se que o debate deva ser transdisciplinar, no intuito de buscarem-se soluções para todas as questões jurídicas que envolvem os embriões excedentes da fertilização *in vitro*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. **Bioética**, v.9, n.2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2001.

ABRITTA, Rafaelo. **Constante no voto do Relator Ministro Carlos de Ayres Britto do julgamento da Adin nº. 3510-0.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2008.

ADOÇÃO DE EMBRIÕES PODE SER ALTERNATIVA AO SEU USO EM PESQUISAS. Disponível no em: <[http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas\\_tronco.htm](http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas_tronco.htm)>. Acesso em 26: set. 2008.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1998.** São Paulo: Método, 2004.

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

ALMEIDA, Angela Maria. O debate bioético sobre o uso de células-tronco de embriões humanos. **Analecta** - Revista do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, v.7, n.2, 2006, Giarapuava/PR.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Consideração sobre o congelamento de embriões. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; QUEIROZ, Juliane Fernandes (orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BADALOTTI, Mariângela. Seleção de sexo: aspectos médicos e biológicos. In: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Coords.). **Seleção de Sexo e Bioética.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

BALDA, José Antonio Ruiz. Aspectos científicos de la fecundación *in vitro*. In: GAFO, J. (ed.) **Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales.** Madrid: Comillas, 1998.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.5, jan./mar. 1994.

BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à Procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernande (coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROSO, Luis Alberto. Gestaçã de fetos ancefálicos e pesquisas com células-tronco: temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Em defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In: PIOVESAN, Flávia (coord.) **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Gestaçã de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BAUMER, Franklin Le Van. **O Pensamento Europeu Moderno: séculos XIX e XX**. Tradução de: Maria Manuela Albery. Lisboa: Edições 70, 1977.

BECK, Ulrich. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. BECK, Ulrich, **Modernização reflexiva: Política, Tradição e Estética na ordem Social Moderna**. Tradução de: Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

\_\_\_\_\_. **La Sociedad Del Risco**. Tradução de: Jorge Navarro. Buenos Aires: Paidós, 1998.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Especial. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?** São Paulo: Editora Gaia, 2000.

BRANDÃO, Denival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In: PENTEADO, Jaques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

BRASIL, Sandra. Menino ou menina? **Revista Veja**, v. 37, n. 38, p. 100-107, 22 set, 2004.

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

BRITTO, Carlos de Ayres. **Voto na ADIN Nº. 3510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2008.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003.

CARVALHO, Michelli Rosa de; SOUZA, Diogo Espíndola de; CURI, Patrícia de Oliveira França. Bioética: uma abordagem crítica sobre a fertilização *in vitro*. **Opinio Verbis**, v.2, n.1, jan./jun., 2005.

CASADO, Maria. Sobre la investigación con embriones y la obtención de células madre embrionarias. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org). **Ciclo de Conferências em Bioética I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CÉLULAS ESTAMINAIS O QUE É LEGAL? **BIONET**. Disponível em: <[http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc\\_leg2.htm](http://www.bionetonline.org/portugues/content/sc_leg2.htm)> Acesso em: 15 nov. 2008.

CENEVIVA, Walter. De embriões e clonações. **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno Cotidiano, p. C2, 23 set. 2000.

CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano**: na fecundação o marco da vida. São Paulo: Paulinas, 2007.

CLOTET, Joaquim. Seleção de sexo em reprodução humana: aspectos éticos. In: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Coords.). **Seleção de Sexo e Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciências Criminal** (2), Lisboa. p. 173-191. 1992.

\_\_\_\_\_. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001b.

CUIXART, Josep Egozcue. Bioética y reproducción asistida. In: CASADO, Maria (editora) **Materiales de Bioética Y Derecho**. Barcelona: Cedecs Editorial S.L., 1996.

DH, Edgar; H, Bourne, AL, Speirs; JC McBain. **A quantitative analysis of the impact of cryopreservation on the implantation potential of human early cleavage stage embryos**. Hum Reprod. 2000;15(1): 175-9.

DIAZ, Adriana Rentería. **El aborto. Entra la moral y el derecho**. Ciudad Juárez, Chid: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2001.

DIRETO DO PLENÁRIO: MENEZES DIREITO CONCLUI VOTO-VISTA. **Direito2.com.br**. 28 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/stf/2008/mai/28/direto-do-plenario-menezes-direito-conclui-voto-vista>>. Acesso em: 21 out. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DR. PINOTTI, Deputado. **Justificativa do Projeto de Lei n. 1135 de 2003**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 18 out. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELHARDT, H. Tristram Jr. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de: José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

FAÚNDES, Aníbal. **Entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo**, 20 dez. 2004, Disponível em: <[http://www.unicamp.br/unicamp/canal\\_aberto/clipping/dezembro2004/clipping041220\\_folha.html#3](http://www.unicamp.br/unicamp/canal_aberto/clipping/dezembro2004/clipping041220_folha.html#3)>. Acesso em: 15 abr. 2008.

FERNANDES, Silvia Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n.94, p.09-30, abr/jun/2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia - A sociedade criminógena e o homem delinqüente**. Coimbra: Coimbra, 1992.

\_\_\_\_\_. O Direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, jan/mar/2001.

\_\_\_\_\_. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FONTELES, Cláudio. **Constante do voto do Relator Ministro Carlos de Ayres Britto do julgamento da Adin nº. 3510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 20 out.2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. v. 1. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978.

\_\_\_\_\_. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCA, Leonel; Pe S. J. **A crise do mundo moderno**. 5.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. **Revista ICP – Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v.1, p.15-86. 2006.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1850>>. Acesso em: 13 set. 2008.

FREDIANI, Yone. Patrimônio genético. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 2, abr./jun. 2000.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia**. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**. Parte Geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Sônia Maria Lauer; FERNANDEZ, Casimiro Garcia. **Embriologia**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2006.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.) **A qualidade do tempo**: Para além das aparências históricas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOLDIM, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana**. Bioética e ética na ciência. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>>. Acesso em: 10 maio 2008.

GRACIA, Diego. El estatuto del embrión. In: GAFO, J. (ed.) **Procreación humana asistida**: aspectos técnicos, éticos y legales. Madrid: Comillas, 1998.

GRACIE, Ministra Ellen. **Voto na ADIN Nº. 3510-0**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>> Acesso em: 20 out. 2008.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de: Francisco Muñoz Conde y Maria de Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

\_\_\_\_\_. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1993.

\_\_\_\_\_; MUÑOZ CONDE. Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HOOFT, Pedro Federico. **Bioética y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho** (el objeto protegido por la norma penal) .Barcelona: PPU, 1991.

INÍCIO DA VIDA. **Revista Consultor Jurídico**, 31 de maio de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/35132,1>>. Acesso em: 26 set. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de: Paulo Quintela. São Paulo: Edições 70, 2003.

KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana? **Bioética**, vol.9, Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 25/42, 2001.

LANDMAN , Jayme *apud* BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

LAURENZO COPELLO, Patricia. Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo. **Revista Penal**, Madrid, v.13, p.125-137, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

LEMA AÑÓN, Carlos. **Reproducción, poder y derecho**. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

LEPARGNEUR, Hubert. Bioética e conceito de pessoa: esclarecimentos. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo de. (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LORENTZ, Joaquim Toledo. O Início da Vida Humana. In: DE SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

LUIZI, Luiz. Bens Constitucionais e Criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal**, ano II, n. 4, jan/abril de 1998.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Embriões: A busca de um estatuto. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005.

MARTINS COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Lei de Biossegurança Medusa legislativa?** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/ibiosseg.htm>>. Acesso em> 11 out. 2008.

MATURANA, Humberto Romesín. **El sentido de lo humano**. Santiago: Hachette, 1999.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELARÉ, Márcia Regina Machado. **Direito à vida: Sim às pesquisas com células-tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33284>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

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

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. Barcelona: Reppertor, 1998.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MOORE, Keith L.; PERSAUD. Taylor V. N. **Embriologia Clínica**. 5.ed. Editora Guanabara Koogan: Rio de Janeiro, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo; Atlas. 2001.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORÁN, Luis González. Aspectos jurídicos de la procreación asistida. In: GAFO, J. (ed.) **Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales**. Madrid: Comillas, 1998.

MOSER, Antonio. **Biotecnologia e Bioética**. Para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 3.ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 65.

MUNOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ACHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coords.). **Bioética**. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1996.

\_\_\_\_\_. O começo da vida humana. In: ACHER, Luis; BISCAIA, Jorge; NYS, Herman. Experimentações com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

NYS, Herman. Experimentações com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). **Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

OST, Francçois. **O Tempo do Direito**. Tradução de: Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Jacob, 1999.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.

PAVIANI, Jayme; BOMBASSARO, Luiz Carlos. **As Fontes do Humanismo Latino**. v.3. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Lygia da Veiga; PRANKE, Patrícia Helena Lucas; MENDES-OTERO, Rosalia. Presente e Futuro das Células-tronco. **O Estado de São Paulo**, 04 de

março de 2005. Disponível em  
<<http://txt.estado.com.br/editoriais/2005/03/04/ger006.html>>. Acesso em: 11  
abr.2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 2.ed. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo de. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola. 1997.

PETRACO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana. Bioética e Reprodução Assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El injusto típico en la teoría del delito**. Argentina: Mario A. Vieira Editor, 2000.

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. v.2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista**

**Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAFULL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Themis, 2000.

RAMOS, Ricardo Guelerman Pinheiro. Desenvolvimento embrionário. In: ZAGO, Marcos Antonio; COVAS, Dimas Tadei (orgs). **Células-tronco**: a nova fronteira da medicina. São Paulo: Atheneu, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. v. 1. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1969.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCrim, 1999.

\_\_\_\_\_. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (organizadores). **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso Sobre as Ciências**. 13.ed. Porto: Afrontamento, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). **Em defesa da vida**: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito *in vitro***: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do diobireito. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SGRECCIA, Elio. **Aborto. O ponto de vista da bioética**. 4.ed. Tradução de: Mário Matos. Milão: Principia, 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Márcio Bolda da. **Bioética e a questão da justificação moral**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, jan. fev/2004.

SILVA, Patrícia Leite Pereira da. Busca de Uma Solução Ético-Jurídica para a Destinação dos Embriões Excedentários. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 14, Edição Especial, p. 226-312, dez. 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira. Análise bioética das técnicas de procriação assistida. In: CARLIN, Volnei Ivo (Coord.). **Ética e bioética: novo direito e ciências médicas**. Florianópolis: Ed. Terceiro Milênio, 1998.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito Penal: crimes contra a pessoa**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOARES, José Luis. **Biologia Básica**. A célula, os tecidos, embriologia. v. 1. 2.ed. São Paulo: Scipione, 1998.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. A seleção de sexo: aspectos jurídico-penais. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org). **Ciclo de Conferências em Bioética I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Considerações jurídico-penais acerca das intervenções biomédicas**. Boletim IBCCRIM, ano 14, n.166, p. 14-5, set. 2008.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito penal genético e a lei de biossegurança:** lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Intervenções genéticas em seres humanos: aspectos jurídico-penais. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (orgs.). **Desafios Jurídicos da Biotecnologia.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

\_\_\_\_\_. Reprodução Humana Assistida: Aspectos Jurídico-Penais. In: GAUER, Ruth Chittó (org). **Sistema penal e violência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Seleção de sexo: aspectos jurídico-penais. In: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Coords.) **Seleção de Sexo e Bioética.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SOUZA, Ricardo Timm de. As bases éticas da responsabilidade intelectual. In: SOUZA, Ricardo Timm de (org.). **Ciência e ética: os grandes desafios.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

TAVARES, Juarez. **Injusto Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÉCNICA GERA CÉLULA-TRONCO SEM EMBRIÃO. **INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS.** Disponível em:

[http://www.unisinis.br/ihu/index.php?option=com\\_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=10848](http://www.unisinis.br/ihu/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=10848) Acesso em 20.mar.2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales:** Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires:Editorail Ábaco de Rodolfo Depalma, [s.d].

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5.ed. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General I. Argentina: Ediar, 1987.

ZATZ, Mayana. **Entrevista colhida do sítio**, 13 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u11310.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

ZILLES, Urbano. Caráter ético do conhecimento científico. In: SOUZA, Ricardo Timm de (org.). **Ciência e ética: os grandes desafios**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.