

A CONSTITUIÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA*

CONSTITUTION AND THE REGULAMENTATION OF ASSISTED REPRODUCTION

**Allan Rocha de Souza
Raul Murad Ribeiro de Castro
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

RESUMO

Há mais de duas décadas aguarda-se pela promulgação da lei que regerá as disposições relativas à reprodução assistida, uma regulamentação que se vislumbra específica, em razão da própria complexidade dos dilemas éticos e jurídicos gerados pela utilização dessas técnicas. A relevância das questões e dilemas justifica a existência de um campo específico de investigação, o biodireito, e torna relevante delimitar o alcance de seu objeto e o corpo normativo. Os 20 anos da Constituição Federal e os 30 anos do primeiro bebê de proveta tornam o momento propício para suscitar a questão da forma de regulamentação desejada, analisando para isso os fundamentos da decisão na ADIN 3.510, que nos revela profundas divergências entre os votos dos ministros.

PALAVRAS-CHAVES: BIODIREITO; BIOÉTICA; ADIN 3.510; REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA.

ABSTRACT

For more than two decades waiting for the promulgation of the law to govern the provisions for assisted reproduction, a regulation supposed to be specific, because the very complexity of the ethical and legal dilemmas generated by the use of such techniques. The relevance of the issues and dilemmas justifies the existence of a specific field of research, biolaw, and has become relevant to define the scope of its object and the what is the regulatory body. The 20 years of the Federal Constitution and 30 years of the first baby of artificial insemination makes good moment for raising the issue of how regulation desired, analyzing the reasons for that decision in ADIN 3510, which shows deep differences between the votes of the Ministers.

KEYWORDS: BIOLAW; BIOETHICS; ADIN 3.519; LEGAL REGULAMENTATION.

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Introdução

Há mais de duas décadas aguarda-se pela promulgação da lei que regerà as disposições relativas à reprodução assistida, uma regulamentação específica, em razão da complexidade dos dilemas éticos e jurídicos gerados pela utilização dessas técnicas. Durante todo esse tempo, o legislador pátrio ficou-se inerte ante a esses avanços, embora tenham se popularizado internacionalmente os debates sobre seu emprego, se difundindo velozmente no Brasil.

A interferência do homem em um processo até então de domínio da natureza atingiu fortemente o mundo jurídico, que se viu diante de situações concretas impensáveis há pouco tempo atrás. Integrante dos fenômenos bioéticos, a reprodução assistida imediatamente demonstrou a necessidade de normas especiais, que fornecessem segurança jurídica às relações daí derivadas. Contudo, logo se mostrou de difícil consenso a deliberação política majoritária, posto que na própria sociedade ainda se está longe de um acordo, o que reflete no debate legislativo.

O advento da Constituição de 1988 alterou de vez os possíveis rumos que viessem a ser adotados pela legislação infraconstitucional no tocante à reprodução assistida. O reconhecimento, não mais puramente formal, da supremacia e da força normativa à Constituição^[1] tem delineado a fisionomia e os pilares sobre os quais o biodireito vem sendo edificado, visto que ainda em constante construção. Com efeito, a dignidade da pessoa humana, unida a valor nuclear da ordem jurídica, juntamente com os demais princípios fundamentais, passa a formar o substrato axiológico desse novo subsistema jurídico.

Nessa esteira, vastos são os desafios impostos pelo tema de biodireito à hermenêutica jurídica, demandando da doutrina ainda a real dimensão e extensão dos preceitos constitucionais à matéria. Enquanto sede maior dos princípios protetivos da pessoa humana, sempre coube à Constituição o papel de orientação aos problemas provocados pelos progressos da biotecnologia, atuando como bússola valorativa à produção legislativa.

Por outro lado, a inexistência, até os dias atuais, de regulamentação específica sobre o tema traz à tona, em assimetria com o desenvolvimento, em terreno constitucional, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a possibilidade de incidência direta das normas presentes no Texto Maior nas relações decorrentes da reprodução assistida. Assim, embora vultuosa a influência da Constituição sobre o biodireito, permanecem ainda obscuros a intensidade e forma de incidência.

Dessa maneira, o problema reside na morosidade do legislador ordinário em confeccionar uma legislação especial pertinente, resultando na precariedade da estabilidade social, valor tão caro a este domínio. Tal inexistência implica, portanto, em percorrer os possíveis caminhos de uma aplicação imediata dos princípios fundamentais a estas relações, em razão, não só da inércia legislativa, mas, principalmente, do conteúdo das normas constitucionais.

Assim, mesmo que editada a esperada lei que trate da matéria, não parece existir entraves jurídicos a eficácia imediata das normas constitucionais, visto que, em decorrência da transitoriedade dessas técnicas e seus efeitos, é preferível uma técnica legislativa aberta à princípios, embora não seja este o pensamento compartilhado pela totalidade da Corte Constitucional pátria, que ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510 contra a íntegra do art. 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005^[2], revelou o posicionamento de alguns ministros pela regulamentação exaustiva.

Neste ano comemoram-se duas importantes datas que refletem o momento de transição pelo qual o mundo jurídico passa. Completa-se 30 anos do nascimento do primeiro “bebê de proveta” do mundo, nascido em 05 de julho de 1978, que foi Louise Joy Brown, que concretizou a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro*^[3], e que trouxe novas e inquietantes repercussões jurídicas. E, em 05 de outubro de 1988, promulgava-se a Constituição da República Federativa do Brasil, caracterizada pela supremacia material e normatividade de seus princípios. Esta Carta é responsável pelas profundas transformações operadas no direito constitucional brasileiro, que “vive um momento virtuoso”^[4]. Ambos os eventos trouxeram desafios ímpares ao ordenamento jurídico, que ainda estão longe de esgotarem todo seu potencial “reflexivo”.

Neste contexto, este trabalho almeja apresentar a questão da regulamentação da reprodução assistida, analisando para isso os fundamentos da decisão na ADIN 3.510.

1. Biodireito, bioética e sociedade civil

As inovações oriundas do desenvolvimento acelerado das ciências biotecnológicas e biomédicas, principalmente a partir da segunda metade do século XX, marcaram profundamente as relações sociais, sobretudo as familiares, e pressionaram a ciência do direito a repensar e reformular institutos que se encontravam sedimentados no ordenamento jurídico. Para acompanhar esses avanços, vem se construindo uma disciplina própria no campo jurídico: o biodireito.^[5]

As discussões iniciais a respeito das implicações advindas da revolução biotecnológica, sobretudo as de cunho moral, começaram logo depois da Segunda Guerra Mundial. *A priori*, a problematização ética surgiu na própria comunidade científica^[6], que trabalhava em centros avançados de pesquisa, e “[...] constatavam como os descobrimentos da nova ciência, principalmente, no campo da biologia, suscitavam novas e inquietantes interrogações para a consciência moral”^[7]. Na realidade, os próprios cientistas perceberam a urgente necessidade de se criar limites, inicialmente éticos, para a pesquisa e aplicação das novas descobertas, que tinham a incrível capacidade de “[...] alterar a própria natureza do homem, podendo transformá-lo, para além da imaginação da ficção científica”^[8]. Conforme Heloisa Helena Barboza, os avanços biotecnológicos:

[...] descortinam de forma acelerada um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador. Os constantes progressos nesses campos deixam os laboratórios e freqüentam diariamente os noticiários, provocando curiosidade, espanto e medo ao leitor.^[9]

Nessa perspectiva, é possível constatar que a bioética representava a tentativa de se evitar a reação negativa da sociedade às pesquisas, o que acarretaria atraso no seu desenvolvimento, e a produção de efeitos prejudiciais e danosos à sociedade^[10]. Assim, a bioética surgiu como necessária mediadora do intrincado relacionamento entre a ciência e a ética, na tentativa de promover a dignidade da pessoa humana e sua sadia qualidade de vida.^[11]

Vicente de Paulo Barreto observa a necessidade “de que marchem a par as ciências da natureza e as ciências normativas, para que o progresso se faça ao serviço do homem, e não em seu detrimento”^[12].

Dessa forma, os dois novos ramos do conhecimento possuem uma próxima ligação, como constata Elida Séguin: “[...] a Bioética quando sai do campo axiológico e é positivada no ordenamento jurídico transmuda-se em Biodireito”^[13]. É imperioso que se ressalte a significativa importância, em determinados casos, da utilização de ações coercitivas, as quais são próprias do direito. Chega-se à seguinte afirmação: “[...] o chamado Biodireito é prioritário sobre a Bioética”^[14], ao menos nas questões que versem sobre conflitos de interesse.

Corroborando esse entendimento Eduardo de Oliveira Leite, segundo o qual: “O Direito deve, seguramente, intervir no campo das técnicas biomédicas, quer para legitimá-las quer para proibir ou regulamentar outras”^[15]. Pode-se dizer que não se deve cercear o desenvolvimento científico, inclusive os de ordem biotecnológica, no entanto, estes devem se encontrar seguramente sob a regência de valores maiores, como a dignidade da pessoa humana.

Constata-se, assim, que a relação entre o biodireito e a bioética é complexa. Há entre Biodireito e Bioética uma relação que visa a compatibilização possível de suas normas, acarretando a “[...] juridicização de determinados aspectos de temas bioéticos em virtude dos desdobramentos que a existência de um vazio normativo poderia causar a respeito de certas questões nos conflitos intersubjetivos de interesses”; tais temas “[...] deixam de ser objeto de preocupação apenas da bioética, para serem também tratadas pelo biodireito que, sendo o caso, poderá se valer de muitos dos princípios e valores éticos para adaptar e adequá-los à realidade jurídico-normativa”^[16].

Desse modo, a interface entre esses dois novos campos do conhecimento demonstra, numa dimensão reduzida, a recente trajetória de reencontro entre o direito e a ética, que marca a “volta dos valores ao Direito, a formulação de uma teoria da justiça e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”^[17]. Esse entrelaçamento entre os sistemas de normas e valores, identificado como pós-positivismo, se reflete na atual inserção de valores nos sistemas constitucionais de diversos países, inclusive na Constituição pátria, como autênticas normas jurídicas.

Os valores éticos, posteriormente acobertados pela Constituição, formam as balizas jurídicas indispensáveis a colmatação dos embates provenientes deste domínio, e que deverão ser preservados pelo direito e sociedade em geral, que, plural e democrática, deve buscar por um acordo social majoritário, que condense perspectivas diferenciadas, porém, unitárias, e que informem o mínimo consensualmente estabelecido.

Dessa maneira, a interdisciplinaridade constitui um traço característico primordial da bioética, que, inexoravelmente, também se estende ao biodireito. Deve estar presente no equacionamento das questões bioéticas, em que é indispensável à participação de vários saberes nos debates pluralistas, para discussão e proposição de possíveis soluções dos problemas bioéticos: “a revolução biotecnológica [...] impõe a necessidade de uma abordagem verdadeiramente multidisciplinar”^[18].

Nesse sentido, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas vai além, ao destacar a indispensabilidade da participação da sociedade na construção do diálogo sobre questões bioéticas, envolvendo a contribuição “[...] de diversas especialidades profissionais num aprofundamento e reflexão inter-disciplinar”^[19]. Na realidade, em tempos hodiernos, a bioética se configura como uma área de conhecimento eminentemente plural, apresentando facetas múltiplas e inúmeros espectros, como bem demonstra Daniel Callahan:

[...] a bioética é a área de conhecimento que se estende dos angustiantes dilemas privados e individuais, enfrentados pelos médicos ou outros profissionais da saúde na cabeceira de pacientes terminais, às terríveis escolhas públicas e sociais enfrentadas pelos legisladores e cidadãos, quando procuram definir políticas de saúde e ambientais eqüitativas.^[20]

A exigência por um campo multidisciplinar implica na participação, cada vez mais crescente, dos diversos setores da sociedade, sobretudo, se levarmos em conta a multiplicidade de valores morais conflitantes nesses casos. Por isso, a exigência de um debate democrático, plural e interdisciplinar. No Brasil, conforme observa Luís Roberto Barroso, o debate na sociedade e nos meios de comunicação tem sido amplo e significativo.^[21]

Na experiência pretoriana brasileira, a primeira audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal ratifica a inclinação do Estado em atentar para o debate público na apreciação dessas questões. O encontro contou com o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema, ante a importância da matéria presente na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510, realçando a participação da sociedade civil através de um debate amplo e vital para a definição das possíveis soluções relativo ao tema da destinação dos embriões excedentes^[22]. Nesse sentido, expôs o Ministro Carlos Ayres Britto na decisão sobre a designação da inédita audiência pública do Supremo Tribunal Federal:

[...] a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.^[23]

Desse modo, torna-se imprescindível a colaboração dos diversos “atores sociais” para a construção legítima do biodireito, em virtude da necessidade de se compatibilizar a reestruturação do tecido normativo com o objetivo precípua de encontrar soluções convincentes e que reflitam factualmente os conflitos biojurídicos.

3. O biodireito e o debate legislativo

Na busca pela regulamentação do universo fático, o ordenamento jurídico não pode valer-se de concepções padronizadas e à margem do consenso social, devendo, para tanto, observar as peculiaridades das novas tecnologias e sua utilização. Nessa linha, “o Direito deve apresentar duas realidades essenciais: a fática e a axiológica. Algumas correntes do pensamento jurídico tentaram definir ‘direito’ utilizando-se apenas de uma dessas realidades. A consequência desse tipo de visão foi a incompletude do fenômeno jurídico”.^[24] Assim, observado os novos valores assimilados pelo meio social, deve o Direito se renovar, moldando-se às novas demandas e avanços da biotecnologia e biomedicina.

No Brasil, o encaminhamento das soluções jurídicas para todos os confrontos decorrentes dos fenômenos bioéticos tem caminhado de forma lenta. Não obstante a profusão de projetos de lei em diversos temas, estes ainda estão longe de obter um consenso no mundo jurídico.

É verdade que importantes passos têm sido dados na persecução da estabilidade social, por intermédio da edição de leis e com o contínuo aumento da participação da sociedade civil no processo legislativo, como ocorreu quando da elaboração da Lei 11.105 - Lei de Biossegurança^[25], promulgada em 24 de março de 2005, e que conforme afirmou Luis Roberto Barroso: “representa um esforço meritório de trazer a justiça, a segurança jurídica e a busca pelo estar-estar social para este domínio”.^[26]

No campo legiferante, o que se observa, nesta área, é a ocorrência de um lapso temporal entre as normas jurídicas e o acelerado desenvolvimento das ciências biomédicas. Esse descompasso decorre, entre outros fatores, de certa estranheza enfrentada por alguns juristas, ao se depararem com o esfacelamento de institutos jurídicos considerados imutáveis, tamanha era sua solidez no “mundo natural”.

Natural, portanto, a dificuldade encontrada pelos legisladores em acompanhar as inovações biotecnológicas e biomédicas, por ocasião das edições ou atualizações das disposições normativas pertinentes. Nesse sentido, exemplifica Eduardo Ribeiro Moreira que o biodireito é:

[...] de abrangência tão vasta que não se encontra sob um único corpo legal codificado. A maior dificuldade nesta identificação está posta pelo avanço contínuo e imprescindível da biologia e suas ambições científicas. Em 1995, foi publicada, no Brasil, uma lei de biossegurança, que trata de pontos centrais, do que se tem debatido em termos de biodireito, mas não durou nem dez anos. Em 2005, já temos nova lei de biossegurança, e, provavelmente, antes de 2015 teremos uma lei substitutiva à atual.^[27]

Diversas atividades biotecnológicas e biomédicas necessitam de regulamentação. Entretanto essas complexas inovações precisam de tempo para que sejam devidamente apreendidas pela ordem jurídica. Cabe a ciência do direito resolver os conflitos existentes, com vistas à segurança jurídica almejada pelo Estado Democrático de Direito.

Contudo, torna-se extremamente difícil assegurar a estabilidade social diante de um campo em constante e acelerado progresso. Além disso, tão díspares são as reações, e, conseqüentemente, os posicionamentos defendidos frente às questões bioéticas que as dificuldades aumentam consideravelmente quando da adoção de determinada concepção no momento de sua regulamentação. Assim, por mais que exista um debate prévio e plural, indispensável à eleição de certo “trilho legislativo”, que orientará todos os demais dispositivos concernentes à matéria, e, inevitavelmente, se excluirá as demais visões sobre o tema, em busca de um consenso social dominante, nem sempre possível.

Exatamente pela variedade de temas e de suas abordagens, a bioética, desde o seu surgimento, procurou formular princípios gerais^[28], que pudessem servir como “mandatos de otimização”^[29], na criação de normas aplicáveis às pesquisas e tecnologias genéticas. Expõe Vicente de Paulo Barreto que a grande utilidade do emprego desses princípios, encontra-se em: “[...] considerá-los como um espaço normativo anterior ao sistema do direito positivo, apto a suprir as lacunas do direito face aos avanços da ciência e da tecnologia”^[30].

Assim, em razão da densa carga de abstração que possui um princípio, Vicente de Paulo Barreto esclarece que os “mandatos de otimização” cumprem função singular se aplicados “em ordem jurídicas que se encontram *in fieri*, estando ainda em processo de construção, tendo em vista as novas realidades sociais, resultantes de novos conhecimentos científicos”, como é o caso do biodireito.

Defende Heloisa Helena Barboza que embora a abordagem dos fenômenos bioéticos, no Brasil, ocorram de modo “setorial”, “estudando-se separadamente os efeitos jurídicos”, o tratamento normativo desses fatos devem “encontrar um ponto comum em princípios éticos, notadamente na valorização e preservação da dignidade e vida humanas, hoje princípios constitutivos do nosso sistema”^[31].

Assim, inevitável não notar a dificuldade latente do legislador pátrio em conseguir regulamentar temas tão mutantes e que, por isso mesmo, necessitam de um maior empenho, tendo em vista a singularidade, transitoriedade e complexidade com os quais se passa a lidar. O tratamento jurídico dos fenômenos bioéticos que ladeiam fortemente a consciência moral coletiva demanda por debates amplos, plurais e democráticos, dos quais se extraem os subsídios indispensáveis ao processo legislativo.

Em razão de essas questões não comportarem uma abordagem jurídica padrão, ante a diversificação das causas e efeitos decorrentes de cada avanço biotecnológico ou biomédico, justifica-se a tendência nacional adotada de discipliná-los “setorialmente”. Desse modo, elege-se dentre as diversas inovações provocadas pelos avanços científicos, as técnicas de reprodução humana assistida^[32] que, com efeito, têm suscitado nas últimas décadas, importantes e intrigantes reflexões, e que urge por célere solução.

3.1. O debate legislativo na reprodução assistida

Muito já se especulou sobre a proximidade de edição de uma legislação federal sobre reprodução assistida desde a propositura do primeiro projeto de lei n.º 3.638/1993^[33], do então deputado Luiz Moreira, sem, contudo, ultrapassar-se da iminência de aprovação. A iniciar-se do atraso de quase dez anos para o debate legislativo^[34], se adotarmos o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro como marco temporal, em 1984, até o período atual, lá se vão mais de vinte anos à espera de atuação do legislativo.

Embora de início já tardio, o debate legislativo para a regulamentação das técnicas de procriação artificial somente adquiriram robustez em finais dos anos 90, com a discussão no Senado Federal^[35], juntamente com o anúncio da clonagem da ovelha *dolly* e com o crescimento da pesquisa genômica.^[36]

É considerável o número de projetos de lei sobre reprodução assistida em tramitação no Congresso Nacional. Atualmente, o que se encontra em estágio mais avançado é o 1184/2003, proveniente do Senado Federal. Sua versão inicial é de autoria do senador Lúcio Alcântara sob o n.º 90, de 1999, sendo relator o senador Roberto Requião, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania^[37]. Em modificação ao projeto de lei original, foram apresentados substitutivos de autoria do senador Roberto Requião e o do senador Tião Viana.^[38]

Esse projeto de lei já foi apresentado e discutido em todas as comissões do Senado Federal, tendo sido enviado para apreciação pela Câmara Federal em junho de 2003. No encaminhamento entre as casas legislativas, foram apensados ao 1.184/2003, e, por isso, possuem tramitação legislativa conjunta, os projetos 2.855/1997, de autoria do deputado Confúcio Moura, o 120/2003, do deputado Roberto Pessoa, e o 2.061/2003, da deputada Maninha.^[39]

Apesar de toda repercussão alcançada e da profusão de projetos de lei, a legislação brasileira que regula a utilização das técnicas de RA e o mercado gerado por elas ainda é incipiente, não existindo ainda uma lei específica que trate do assunto.

Há muitos anos somente a resolução nº. 1.358, de 11 de novembro de 1992, editada pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, que estabelece normas éticas para a classe médica no tocante à matéria, ainda é a principal diretriz nesse tema, embora careça de força normativa apropriada. Além disso, foi emitida a resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde - CNS, a qual propõe normas relativas à pesquisa que envolve seres humanos, dentre as quais tem destaque a pesquisa em reprodução humana.^[40]

Ainda sem ater-se especificamente à questão da RA, editou-se em 24 de março de 2005, a Lei nº. 11.105 - Lei de Biossegurança, que disciplina inclusive a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, não implantados no útero materno, para fins de pesquisa e terapia.

4. A regulamentação da reprodução assistida e o STF[41]

Sobre o tema da regulamentação da reprodução assistida, Pietro Perlingieri sustenta que para uma eventual disciplina normativa “é preferível a técnica legislativa por princípios àquela do tipo regulamentar”, e, continua, “é duvidoso que também uma lei formulada por princípios seja útil, na medida em que princípios relativos aos problemas da pessoa já encontram completa expressão no Texto Maior”.^[42]

Sem embargos, a Constituição se aloca como a sede normativa mais apropriada a encaminhar as soluções jurídicas a todos os conflitos decorrentes da reprodução assistida, sendo comum na doutrina o reconhecimento da importância do Texto Maior nesse domínio. No entanto, não é usual a defesa de aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais, relegando-se a Constituição o papel de vetor interpretativo, sob o qual as leis que vierem a ser editadas deverão estar em perfeita consonância e harmonia com seus ditames, sobretudo em conformidade com os direitos fundamentais.

Tal entendimento é facilmente depreendido dos ensinamentos de José de Oliveira Ascensão que ao invocar a Constituição portuguesa como norte para o tratamento de temas bioéticos, demonstra que não se deve “[...] procurar na Constituição soluções concretas, mas grandes orientações. E essas há que buscar, não apenas à luz da noção substancial de pessoa, mas pela análise do conteúdo de direitos consagrados, como direito à vida, à integridade pessoal e outros [...]”.^[43]

Em sentido contrário, sobre a possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas, Daniel Sarmento expõe que “a Constituição não

necessita da mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcançá-las com seus comandos”, e completa, em relação à inexistência de legislação, que “o fato de o legislador privado quedar-se inerte não frustra a possibilidade de incidência das normas constitucionais”.^[44]

Avanços biotecnológicos e biomédicos, em particular as técnicas de reprodução assistida, ungem os homens a se depararem com dilemas éticos impensáveis e, até mesmo, inconcebíveis à consciência social dominante vigente, sendo tamanhos seus desdobramentos que somente a própria Constituição é suficientemente hábil a dirimir os possíveis conflitos jurídicos que venham a surgir. No entanto, este é apenas um dos aspectos a se considerar.

Assim, vê-se que ao legislador se junta ao magistrado, imbuído do papel de analisar caso a caso a intensidade da influência da temática sobre a sociedade e, então, mediante um juízo de valor informado pelos preceitos constitucionais, deliberar sobre a possibilidade de sua aplicação, mesmo se ausente legislação infraconstitucional que a regulamente de forma exaustiva.

Desse modo, chamada a pronunciar-se, por meio da ADIN 3.510, sobre a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, que versa sobre a utilização dos embriões excedentes resultantes das práticas de reprodução assistida para fins terapêuticos, esta corte não foi vacilante em aplicar a Constituição Federal.

No entanto, apesar de o debate entre os Ministros ter versado, de forma prevalente, sobre a verificação da extensão dos valores constitucionais, é possível também visualizar significativa preocupação quanto à técnica legislativa utilizada, tendo alguns preferido a adoção de uma regulamentação taxativa, exaustiva na conceituação e determinação do conteúdo dos vocábulos utilizados, sem a possibilidade de dar margem à interpretação diferenciada, enquanto outros vislumbraram a desnecessidade de uma técnica jurídica legislativa exaustiva como único meio capaz de reger o biodireito.

Em defesa de tal posicionamento verifica-se como partidário expressivo o Ministro Gilmar Mendes, que busca suporte no direito comparado para ratificar suas conclusões.^[45] Segundo ele, enquanto em países como a Alemanha, Austrália, França, Espanha e México são destinadas legislações específicas para regulamentar a temática da utilização de embriões excedentes em pesquisa com fins terapêuticos, no ordenamento pátrio foi destinado apenas um único artigo, que em momento algum será capaz de alcançar a completude exigida por esse delicado questionamento.

Ainda, acrescenta que ao tratar dessa forma “os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto”^[46], o Estado brasileiro, representado pelo parlamentar no exercício de sua função legiferante, violou o princípio da responsabilidade, pelo fato de que a questão não teria sido regulamentada satisfatoriamente de acordo com os preceitos éticos e jurídicos.^[47]

A ausência de dispositivos que taxativamente determinassem a competência, para autorizar e fiscalizar as pesquisas, a um órgão autônomo e desvinculado das instituições que realizarão essa prática ou, ainda, a omissão quanto estabelecimento de parâmetros para a verificação de adequação e necessidade da utilização dessa técnica, são

frontalmente contrários ao princípio da proporcionalidade^[48], posto que caracterizam uma proteção deficiente do Estado.

Diante da aceitação da premissa de que, por mais que não seja considerado ser humano, há na fase pré-natal um elemento vital digno de proteção jurídica^[49], caberia ao poder estatal promover imperativamente sua proteção, pautado no binômio adequação/necessidade, deslegitimando-se qualquer ação que afronte os direitos fundamentais e primando pela não utilização dessa técnica caso haja outras que permitam alcançar efeitos práticos semelhantes.

No mesmo sentido estão as considerações dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau que, embora não tenham como pressuposto o princípio da responsabilidade estatal, constatarem que a Lei de Biossegurança afigura-se tecnicamente falha. Assim, como o anterior, temem que tal tratamento legislativo lacunoso possa conduzir à ‘coisificação’ ou ‘reificação’ da humanidade^[50].

O Ministro Ricardo Lewandowski faz ponderações que partem desde a ausência do estabelecimento pela norma em comento de um limite temporal rígido para o manuseio de embriões, alcançando o questionamento de ordem semântica sobre indeterminação, prejudicial, do significado jurídico do conceito de inviabilidade do pré-embrião.

Tomando como ponto de referência o tratamento dispensado a essa matéria no direito comparado^[51], o Ministro explicita o que denomina de técnica deficiente da lei em questão, visto de contrariamente aos diplomas internacionais, não foi feita nenhuma consideração expressa no sentido de vedar a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa, assim como não impôs limite numérico algum à sua produção, nem estabeleceu qualquer restrição temporal à manipulação destes.^[52] Tal matéria é relegada à Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, cuja força normativa atua somente no plano deontológico.

Desse modo, a insuficiência de previsões explícitas a respeito da temática poderiam dar ensejo ao desvirtuamento do que preconizou o legislador ao prever, obedecidas às condições legais, a utilização dos embriões para pesquisas, uma vez que, diante dos avanços científicos, não é de se espantar que futuramente haverá meios de preservar um embrião em cultura por dias, permitindo a extração de células-tronco a qualquer momento, inclusive quando, após 14 dias da junção dos gametas, houvesse o sistema nervoso já desenvolvido, em clara afronta à dignidade da pessoa humana.^[53]

Ainda em sua linha de ponderação, é suscitado que novamente a lei não foi completa como o deveria ser por não determinar o conceito de embriões inviáveis. E ratifica que, apesar da determinação pelo art. 3º, XIII do Decreto n. 5.591/05 da significação dessa inviabilidade^[54], tal omissão legal confere “a mais elástica das interpretações, ao arbítrio do médico, do biólogo, do geneticista ou mesmo do técnico de laboratório encarregado da realização do diagnóstico pré-implantacional”^[55], “representado pela possibilidade de estabelecer-se uma espécie de ‘controle de qualidade’ dos embriões, incompatível com o Estado Democrático de Direito”^[56].

Não obstante, o magistrado continua em sua explanação, demonstrando de forma clara seu apreço pela técnica legislativa exaustiva em detrimento de uma principiológica, ao se tratar de temas que envolvam biodireito.

Dentre os outros aspectos questionados, não estaria clara e nem se justificaria a opção legislativa em relação à assunção de pesquisas com embriões congelados por mais de 3 anos^[57], posto que ausente de qualquer fundamentação razoável ante ao fato de que é sabido no meio científico que esses embriões ainda são viáveis, devendo ser combinado o critério de congelamento com o da viabilidade.^[58]

Ainda, e finalizando, reitera o preconizado pelo Ministro Gilmar Mendes, de que imperiosa é a complementação dos dispositivos que tratam do consentimento dos genitores^[59] e da fiscalização e autorização da pesquisa^[60], visto que esses procedimentos confrontariam a dignidade da pessoa humana, caso não seja taxativamente exigida a observância dos princípios da informação e da imparcialidade. O primeiro a determinar a efetiva necessidade de que os genitores fiquem cientes de todas as conseqüências do ato de disposição, e o segundo transferir a competência fiscalizadora dos órgãos das instituições de pesquisa para o Estado, mediante atuação independente e assecuratória da lei.

Em conformidade com a linha de pensamento apresentada, o Ministro Eros Grau, apesar de reconhecer a constitucionalidade da Lei de Biossegurança por não afrontar o direito à vida digna prescrito na Constituição^[61], também argumenta pela impossibilidade de sua utilização irrestrita, dado que não exaustiva.

A ausência do estabelecimento de requisitos rígidos é capaz de transmutar a natureza constitucional da presente norma em inconstitucional, uma vez que confrontante com o bloco normativo representativo do núcleo essencial da *lex matter*^[62]. Assim, como foi feito pelo Ministro Ricardo Lewandowski, a improcedência da ADIN se deu com ressalva de termos aditivos na legislação questionada.

Em atenção à opção legislativa de regulamentação pontual, a ausência da previsão expressa e detalhada do procedimento da fertilização *in vitro*, do referente ao método de retirada de células-tronco dos embriões e da competência de órgãos estatais para fiscalizar e autorizar as pesquisas^[63], fulminaria por completo o tratamento da temática pela lei, posto que tal imprecisão acarretaria em insuportável insegurança jurídica, criando um campo fértil para a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, em contraponto ao posicionamento demonstrado até então, verifica-se que no mesmo julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança foram expostas e defendidas teses jurídicas que não tiveram como premissa a necessidade de uma técnica jurídica legislativa exaustiva como único meio capaz de reger o biodireito em atenção à dignidade da pessoa humana.

Ao contrário, partiu-se justamente da realidade fático-social para, através de princípios fundamentais, conformar a legislação existente com os pilares do ordenamento constitucional. A ausência de preceitos positivados que taxativamente regulamentem as relações desenvolvidas pelos indivíduos não é entendida como um obstáculo intransponível, *maxime* no biodireito que é de sede essencialmente constitucional.

Apesar da pertinência de algumas críticas fundadas no grau de certa indeterminação presente no conteúdo do dispositivo da Lei de Biossegurança, é possível verificar pela literalidade dos textos dos votos proferidos pelos demais Ministros^[64] que, mesmo assim, a assunção dos caracteres constantes no artigo 5º da referida lei é tida como

premissa inicial e não como conclusão a ser alcançada. O apego à técnica cede espaço a fundamentação principiológica como razão justificante da temática.

Apesar da extensa e bem fundamentada explanação do Ministro Relator Carlos Ayres Britto a respeito da constatação jurídica de que a abrangência do conceito constitucional de direito à vida digna envolve apenas a extensão da “personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica”^[65], “indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano.”^[66], não havendo, desse modo, afronta a esse direito quando da pesquisa com células-tronco embrionárias, o traço representativo de uma linha de concatenação entre os votos não foi esse.

Em razão do grande apelo social motivado pela problemática, caractere esse pertinente à maioria dos temas de biodireito, tomou grande vulto o argumento utilitarista, pautado na funcionalização do direito e nos benefícios capazes de serem originados com a adoção da técnica pesquisada.^[67]

O caráter de totipotência das células-tronco embrionárias faz com que elas sejam consideradas, para efeitos de avanço científico, como insubstituíveis até o presente momento, não podendo sequer ser comparada a elas as ditas células adultas, visto que uma vez que estas últimas não são capazes de gerar tecidos nervosos, a formar neurônios^[68], ainda as embrionárias seriam aptas a gerar quaisquer tecidos do organismo humano, permitindo a renovação das células linfóides e mielóides, tornando-as extremamente relevantes para a realização de tratamentos “para o bem e dignidade do ser humano”^[69].

Diante dessa constatação, vê-se que a cláusula de subsidiariedade^[70], representante de um dos principais obstáculos à adoção do princípio utilitarista, torna-se esvaziada de conteúdo ao ser aplicada a esta temática, visto que não há outros meios científicos que alcancem o grau de abrangência regenerativa por elas possibilitado.

Não obstante, afóra a promoção da busca por resultados com maior alcance possível e um mínimo de sacrifícios – expressão do princípio utilitarista, personificada pela destinação dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida a pesquisas científicas com células-tronco ao invés descarte^[71], cola-se que foi também largamente desenvolvida a justificativa pela aceção solidária do princípio da dignidade da pessoa humana.

Afirma-se que o preceito contido no art. 5º e §§ da Lei de Biossegurança, ao contrário de afrontar a vivência digna, visa o seu desenvolvimento, mediante a permissão para a direcionamento do saber científico, livre e responsável, na persecução de técnicas em benefício da humanidade^[72]. Ainda, a observância de que o indivíduo é, hoje em dia, entendido como um ser social impede que preponderância dos embriões *in vitro*, independentemente do questionamento a respeito do início da vida, sobre a pessoa humana, cuja esperança para o tratamento de sua enfermidade reside nas células-tronco daquele embrião.^[73]

Sob esse viés, dos votos analisados depreende-se a lição de que mesmo que uma legislação sobre um tema de biodireito contenha imperfeições técnicas, isso não represente obstáculo para o acesso aos direitos por ela preconizados, visto que o

biodireito possui sua sede na própria Constituição, podendo ser a norma inferior integrada com base nos preceitos da mesma.

Conclusão

Na atual conjuntura não mais é questionável a importância do biodireito como ramo jurídico autônomo, interdisciplinar e multifacetado, revitalizador de toda a ordem antes estabelecida em relação aos temas por ele tratado. A conjugação entre direito e ética toma especial vulto nesse setor jurídico, visto que, diante dos avanços biotecnológicos e biomédicos, cujo destinatário é, via de regra, o ser humano, viu-se a necessidade de legitimá-los, criando limites e impondo restrições com rigores que se confundem com a própria moral.

Contudo, embora se afirme que a distinção entre bioética e biodireito pauta-se no fato de que a segunda é dotada de um caráter jurídico, enquanto a primeira representa apenas regras de cunho social, vê-se que, na realidade, isso não se afigura de forma clara. A mera positivação no ordenamento dos preceitos éticos não é hábil para transmutá-los completamente em normas de direito, o ponto de toque está na verificação da presença de força cogente dessas normas, visto que ante à sua ausência, mesmo que inseridas na constelação jurídica, não passarão de regras deontológicas.

Na reprodução humana assistida, tema de extrema relevância para o biodireito, é possível se verificar campo fértil para o desenvolvimento do questionamento apresentado, uma vez que, a despeito de atrair de forma significativa a atenção social, tanto da comunidade nacional como internacional, há mais de 20 anos é aguardado uma tomada de posicionamento do legislador direcionada na edição de uma lei que a regulamente.

Bem se sabe que pela mutabilidade, dinamicidade e complexidade das situações envolvidas nessa seara, há sempre a orientação de que qualquer norma a ser promulgada deve ser precedida de intensos debates, até mesmo com a participação da sociedade civil, se possível.

Em análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 3.510 e da conjugação deles com o sistema normativo estabelecido pós-Constituição de 1988, vê-se que, apesar de reconhecidamente ser mais estável a aplicação de normas por meio de regras taxativas, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, ensaia-se a possibilidade de eficácia direta dos princípios fundamentais inseridos na Constituição nas relações de reprodução assistida, tema integrante do biodireito, visto que sendo a sede deste eminentemente constitucional, poderia-se afigurar descipienda a edição de uma lei que apenas viesse a reforçar tais valores.

Desse modo, mesmo que a efetivação desses direitos por meio de normas principiológicas possa aparentar certa insegurança jurídica, não se justifica rejeitá-lo aprioristicamente, nem relegar a eficácia do biodireito até o advento de uma norma

regulamentadora infraconstitucional casuística, pois os princípios constitucionais que pautam a aplicação do direito não podem ser afastados em qualquer das hipóteses.

Referências

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Direito ao corpo e doação de gametas. In: RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.) *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CORRÊA, Marilena C. D. V. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

DEBORA, Diniz. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira. O Direito, a Ciência e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 3., Rio de Janeiro: Padma, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O enfrentamento do biodireito pela Constituição. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, n. 53, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./dez., 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise biojurídica da identidade humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[1] Ver sobre a superação dessa visão SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69-70.

[2] “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”. BRASIL. Lei n. 1.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2007.

[3] BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248.

[4] BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43.

[5] MARTINS-COSTA, Judith define Biodireito como o “termo que indica a disciplina, ainda que nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das ‘exigências máximas’ da fundação e da aplicação dos valores morais na práxis biomédica - isto é, a busca do que se ‘deve’ fazer para atuar o ‘bem’ - mas do ponto de vista da exigência ética ‘mínima’ de estabelecer normas para a convivência social”. (Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 3., Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 64.).

[6] BARRETO, Vicente de Paulorelata que os próprios cientistas, no final da década de 1960, estabeleceram uma moratória de um ano nas pesquisas de engenharia genética “[...] procurando estabelecer um consenso moral mínimo na comunidade científica, que permitisse a definição de normas de comportamento disciplinadoras das pesquisas e tecnologias”, e “[...] permitiu que se fizesse uma parada no ritmo das pesquisas e que se introduzissem algumas indagações de caráter moral, no universo da ciência biológica” (As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42-43).

[7] BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 42.

[8] BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 41.

[9] BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

[10] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47.

[11] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 76.

[12] BARRETO, Vicente de Paulo. Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 56-57.

[13] SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 35.

[14] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceição: nascendo in vitro e morrendo in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 93.

[15] LEITE, Eduardo Oliveira. O Direito, a Ciência e as Leis Bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

- [16] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 53.
- [17] BARROSO Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.) *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 687.
- [18] RIOS, André Rangel *et all.* *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999, p. 7.
- [19] BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 47, *apud*, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 49
- [20] CALLAHAN, Daniel. “Bioethics”, em *Encyclopedia of Bioethics*. ed. Warren T. Reich, New York, Simon & Schuster and Prentice Hall International, 1995, vol. II, *apud*, BARRETO, Vicente de Paulo (2001). *Op. cit.*, p. 44.
- [21] Ver ampla pesquisa realizada por BARROSO, Luis Roberto que destaca inúmeros artigos e reportagens sobre o tema na imprensa nacional de grande circulação. (Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, p. 261-262.).
- [22] Dentre as diversas posturas adotadas no encontro, extraem-se as seguintes: “[...] quando começa a vida humana? Começa no momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, como defende a professora Cláudia Batista, doutora em neurociência da Universidade Federal do Rio de Janeiro? Ou quando o óvulo fecundado adere à parede do útero, como quer o neurofisiologista Luiz Eugênio Mello, da Universidade Federal de São Paulo? Ou será que a vida começa quando aparecem as primeiras terminações nervosas que resultarão no cérebro, como advoga a geneticista Mayana Zatz, da Universidade de São Paulo? “. ESCOSTEGUY, Diego; BRITO, Ricardo. Quando começa a vida?. *Veja*, São Paulo: Abril, ano 40, n. 16, p. 55, abril, 2007.
- [23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Brasília, 16 de março de 2006. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2007.
- [24] PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise biojurídica da identidade humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 259.
- [25] A Lei n. 11.105 de 2005 resultou de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República encaminhado a Câmara dos Deputados em 03.10.2003. Remetido ao Senado tramitou por diversas Comissões e foi submetido a inúmeras audiências públicas. Sobre o histórico legislativo da lei em questão BARROSO, Luis Roberto, *Op. Cit.*, p. 241-242.
- [26] BARROSO, Luis Roberto (2007). *Op. Cit.*, p. 247.
- [27] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O enfrentamento do biodireito pela Constituição. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, n. 53, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./dez., 2005, p. 135-136.
- [28] Vicente de Paulo Barreto aponta três princípios da bioética: “O primeiro desses princípios, o princípio da autonomia, considera como base das decisões a serem tomadas relativas ao uso de terapias e o desenvolvimento das pesquisas, o respeito à autonomia do ser humano, que serve para determinar os limites a aplicação terapêutica e na utilização do corpo humano, como objeto de pesquisas científicas (Declaração universal do Genoma Humano da UNESCO, 1997); o segundo princípio, o da beneficência, enfatiza a busca do bem-estar do paciente, incluindo a proibição de prejudicar o doente, sendo o mais antigo e tradicional, constituindo-se no núcleo do

juramento hipocrático; o terceiro princípio, estabelece o tratamento justo e equânime de todas as pessoas, expressando, mais do que os outros, os valores morais implicados na dimensão social do estado democrático de direito”. BARRETO, Vicente de Paulo (2001). *Op. cit.*, p. 50.

[29] Vicente de Paulo Barreto explica que: “Os princípios são chamados, assim, pelo filósofo alemão [Robert Alexy], de “mandatos de otimização”, em virtude de poderem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida do grau de cumprimento irá depender das possibilidades reais e jurídicas que cercam o ato. Podem ser aplicadas, portanto, não somente em uma ordem jurídica definida e completa, mas, principalmente, como é o caso do biodireito, em ordens jurídicas que se encontram *in fieri*, estando ainda em processo de construção, tendo em vista as novas realidades sociais, resultantes dos novos conhecimentos científicos”. *Id.*, *Ibid.*, p. 45.

[30] *Id.*, *Ibid.*, p. 45-46.

[31] BARBOZA, Heloisa Helena (2001). *Op. Cit.*, p. 6.

[32] Segundo Marilena Villela Corrêa, reprodução assistida: “[...] é o termo que define um conjunto de técnicas de tratamento médico paliativo, em condições de in/hipofertilidade humana, visando à fecundação. Essas técnicas substituem a relação sexual na reprodução biológica e envolvem a intervenção, no ato da fecundação, de pelo menos um terceiro sujeito, o médico, e às vezes de um quarto, representado pela figura do doador do material reprodutivo humano”. CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p. 110 e 112.

[33] Observa DINIZ, Débora que “uma possível explicação para a apatia legislativa em torno do projeto do deputado Luiz Moreira é o fato de que este se resumiu a uma transposição da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), para a esfera legislativa” (Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. *In: MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006, p. 2.).

[34] CORRÊA, Marilena Villela. *Op. Cit.*, 2001.

[35] DINIZ, Debora. *Op. Cit.*, p. 2.

[36] *Id. Ibid.*, 2.

[37] V. BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. *In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 242-243

[38] Anota DINIZ, Débora que “as modificações propostas por estes dois substitutivos foram tão substanciais que, muitas vezes, ofuscam o conteúdo da primeira versão” (*Op. Cit.*, p. 3)

[39] *Id. Ibid.*, p. 2-3.

[40] Em julho de 2000, o Ministro da Saúde, homologou a Resolução nº 303/2000, do Conselho Nacional de Saúde, uma regulamentação complementar à Resolução CNS 196/96 para a área especial da Reprodução Humana. Define “Pesquisas em Reprodução Humana são aquelas que se ocupam com o funcionamento do aparelho reprodutor; procriação e fatores que afetam a saúde reprodutiva da pessoa humana (...) com a intenção de reprodução assistida, anticoncepção, manipulação de gametas, pré-embriões, embriões e fetos e medicina fetal (...)”.

[41] Neste trabalho, não foram analisados os votos dos Ministros Menezes de Direito, Celso de Melo e Joaquim Barbosa em virtude de não terem sido disponibilizados ao público.

[42] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 175.

[43] ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito e bioética*. Coimbra, 1995, p. 11.

- [44] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 101.
- [45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 26.
- [46] *Id. Ibid.*, p. 8.
- [47] *Id. Ibid.*, p. 12-16.
- [48] *Id. Ibid.*, p. 29.
- [49] *Id. Ibid.*, p. 6.
- [50] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 11.
- [51] *Id. Ibid.*, p. 36-40.
- [52] *Id. Ibid.*, p. 35.
- [53] *Id. Ibid.*, p. 40.
- [54] *Id. Ibid.*, p. 46.
- [55] *Id. Ibid.*, p. 43.
- [56] *Id. Ibid.*, p. 45.
- [57] *Id. Ibid.*, p. 48.
- [58] *Id. Ibid.*, p. 49.
- [59] *Id. Ibid.*, p. 51.
- [60] *Id. Ibid.*, p. 53.
- [61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Eros Grau. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 9.
- [62] *Id. Ibid.*, p. 9.
- [63] *Id. Ibid.*, p. 12-13.
- [64] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de março de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 61; Ellen Gracie, p. 8; César Peluso, p. 32; Marco Aurélio, p. 7.
- [65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de março de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 22.
- [66] *Id. Ibid.*, p. 23.
- [67] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Cezar Peluso. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 15.
- [68] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 12.
- [69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 12.
- [70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 21.
- [71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministra Ellen Gracie. Brasília, 05 de março de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 9.
- [72] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 38.

[73] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008, p. 11.