# V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

**DANIELA MARQUES DE MORAES**

**JAIME RUBEN SAPOLINSKI LABONARSKI**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br




Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

# V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

---

## Apresentação

O V Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Montevidéu, Capital do Uruguai, entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, na Universidad de la República Uruguay, contemplou, como tema central, "Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina".

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II", coordenado pela Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília – UnB, Brasil, e pelo Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski, da UDELAR, Uruguai.

Com o propósito de garantir a construção de espaços de inserção internacional, pela divulgação dos resultados de investigações científicas realizadas por pesquisadores brasileiros, associados ao CONPEDI, referido GT desenvolveu suas atividades na tarde do dia 09 de setembro de 2016, oportunidade em que os autores apresentaram ao público suas pesquisas e debateram assuntos de relevância aos estudos do direito, atrelados ao tema central do presente evento.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II perpassou pela discussão proposta pelos artigos dos pesquisadores Glauber Salomão Leite e Carolina Valença Ferraz, cujo título é "A lei brasileira de inclusão e o direito à igualdade assegurado à pessoa com deficiência", que buscou demonstrar, no direito à acessibilidade, o possível assecuramento da igualdade às pessoas com deficiência, garantindo-lhes o direito à capacidade civil plena, nos moldes assegurados a todos os demais indivíduos.

Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes em "A nova (des)ordem constitucional no Brasil", teceram considerações sobre as tensões oriundas entre a aplicabilidade de leis e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos na justiça, considerando-se a necessária consciência acerca do indispensável equilíbrio entre acusação e defesa nos termos das garantias constitucionais.

Em “A tutela constitucional da vida embrionária no Brasil e nos países do Mercosul”, Flávio Martins Alves Nunes Júnior ponderou a respeito do direito à vida e à utilização das células-tronco embrionárias.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flávia Piva Almeida Leite, por sua vez, com a temática “As redes sociais e o discurso do ódio” perpassaram pela análise da ampla e aberta divulgação, pela internet e pelas redes sociais, de ideias e pensamentos, com os consequentes possíveis abusos no direito de liberdade de expressão e o alcance, em alguns casos, do discurso do ódio. O exame recaiu em que medida se pode prevenir e coibir tais posições nas redes sociais.

O artigo “Dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação: uma relação de complementaridade?”, desenvolvido por Daiane Garcia Masson e Sônia Maria Cardozo dos Santos, refletiu acerca da possível relação de complementaridade entre dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação com o fim de identificar o que se pode exigir do Poder Judiciário diante de omissões ou falhas do Estado quanto ao seu dever constitucional de propiciar políticas públicas para efetivar os direitos dos cidadãos.

Por sua vez, Mariana Cristina Garatini e Erton Evandro de Sousa David, em “O direito fundamental à moradia e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de impenhorabilidade do bem de família”, buscaram analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no trato de processos que envolvam do direito à moradia, como direito essencial ao desenvolvimento pessoal e social do cidadão, atrelado à questão da impenhorabilidade do bem de família.

“Os direitos fundamentais à informação e à publicidade e a restrição de dados processuais pelo CNJ”, pesquisa desenvolvida por Felipe Braga de Oliveira e Adriana Carla Souza Cromwell, abordou o conflito aparente entre os princípios da informação e da publicidade dos atos processuais, bem como o papel do Conselho Nacional de Justiça na ponderação ou não ponderação de tais princípios ao restringir o acesso aos processos judiciais na internet.

Rogério Magnus Varela Gonçalves e Helanne Barreto Varela Gonçalves apresentaram a pesquisa sobre “O direito fundamental da liberdade religiosa: novos discursos em defesa das minorias” e procuraram demonstrar a tendência à sedimentação do direito constitucional do pluralismo, defendendo a necessária mobilização de novos discursos para propiciar a acomodação das divergências.

O artigo “Expressão e imprensa como liberdades fundamentais”, fruto da pesquisa de Ana Luisa de Oliveira Ribeiro, transitou entre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e

o direito à comunicação previstos na Constituição da República Brasileira como elementos fundamentais para o aperfeiçoamento democrático a fim de conferir possibilidade de inserção dos indivíduos na esfera pública, por meio de pluralidade de manifestações.

Em a "Judicialização do acesso à educação na Universidade Federal do Tocantins – Brasil", Graciela Maria Costa Barros e Patrícia Medina apresentaram dados relacionados aos processos judiciais que tramitaram entre os anos de 2009 e 2015, com demonstração do conteúdo das decisões judiciais que garantiram ou não o acesso à graduação na referida universidade.

Cândice Lisbôa Alves expôs a pesquisa "Igualdade e diferença: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro" que demonstrou a preocupação com os direitos à igualdade, à diferença e à proibição de discriminação, cujo objetivo é buscar mecanismo de inclusão do outro, conferindo-lhe oportunidades em iguais condições diante das situações de vulnerabilidade.

Por fim, em "Laicidade estatal e a proposta de legitimação de associações religiosas para o controle concentrado de constitucionalidade: incompatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição do Brasil", Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz analisaram a (in)compatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição Federal. Para tanto, transitaram entre o princípio da laicidade e a previsão de associações religiosas na Constituição Brasileira.

Desse modo, os coordenadores dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – UDELAR

# A TUTELA CONSTITUCIONAL DA VIDA EMBRIONÁRIA NO BRASIL E NOS PAÍSES DO MERCOSUL

# PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS EMBRIONES EN BRASIL Y EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

**Flavio Martins Alves Nunes Júnior** [1]

**Resumo**

Todos os países que integram que integram o Mercosul preveem em suas respectivas Constituições o direito à vida, com mais ou menos detalhes. Todavia, nenhum deles estabelece o início dessa proteção, o que é regido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo um princípio constitucional, o direito à vida encontrará seus limites na legislação infraconstitucional dos países. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a Lei 11.105, de 2005, que permite a utilização de células-tronco embrionárias, em algumas circunstâncias. Não obstante, inexistindo legislação detalhada, o Conselho Federal de Medicina editou regramento que extrapola os limites legais de sua atuação.

**Palavras-chave:** Vida, Embrião, Princípios

**Abstract/Resumen/Résumé**

Todos los países miembros del Mercosur prevén en sus respectivas constituciones el derecho a la vida, variando los detalles. Sin embargo, ninguno de ellos establece el principio de esta protección, que se rige por la Convención Americana. Como principio constitucional, el derecho a la vida se encuentra sus límites en la legislación ordinaria. En Brasil, el Tribunal Supremo declaró constitucional la Ley 11.105, que permite el uso de células madre embrionarias en algunas circunstancias. Sin embargo, debido a la ausencia de una legislación detallada, el Consejo Federal de Medicina publicó norma que va más allá de los límites legales

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Vida, Embrión, Principio

[1] Professor Universitário, mestre e doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

## 1.- Introdução

O mais importante dos direitos da pessoa humana, a vida é um direito "fundante y personalísimo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos" (SAGUÉS, 2007, p. 551). O direito à vida não corresponde apenas a um dever de inação estatal (uma mera liberdade pública consistente no dever de não retirar a vida de alguém), mas também o dever estatal de assegurar a todos uma vida digna, através de uma série de deveres estatais positivos[1].

O direito à vida está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo esta como fundamento. Como disse Jorge Reis Novais (2015, p. 69),

> "a dignidade da pessoa humana é geralmente reconhecida, e de forma relativamente pacífica, como o fundamento dos direitos fundamentais constitucionais consagrados. Umas vezes claramente expresso no texto constitucional, outras vezes implícito, esse reconhecimento deriva da ideia de que, em última análise, a simples existência como pessoa exige das comunidades politicamente organizadas que aspirem ao reconhecimento como Estados de Direito o respeito, a proteção e a promoção de um conjunto ineliminável de direitos fundamentais associados impreterivelmente a essa existência e destinados a garantir juridicamente interesses indispensáveis à vida e à prosperidade das pessoas, mais concretamente, os interesses individuais de liberdade, de autonomia e de bem estar".

Segundo Ronald Dworkin (1993, p. 83),

> "a ideia de que cada vida humana individualmente é inviolável é, portanto, enraizada, como nosso interesse pela sobrevivência de nossa espécie como um todo. (...) Qualquer criatura humana, incluindo o embrião mais imaturo, é um triunfo da criação divina ou evolutiva, que produz, como se fosse do nada, um ser complexo e racional, e igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos de 'milagre' da reprodução humana, que faz com que cada novo ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e uma continuação deles"[2].

O objetivo do nosso trabalho é, primeiramente, verificar a natureza da norma constitucional definidora do direito à vida (como princípio ou regra). Ato contínuo,

[1] Segundo Nestor Pedro Sagués, com base em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, "el derecho a la vida (…) impone al Estado nacional deberes negativos (no atentar arbitrariamente contra la vida de nadie), como positivos, a saber: a todas las medidas apropiadas para proteger, respetar y preservar el derecho a la

[2] Prossegue o autor: "the life of a single human organism commands respect and protection, then, no matter in what form or shape, because of the complex creative investment it represents and because of or wonder at the divine or evolutionary processes that produce new lives from old ones, at the processes of nation and community and language through which a human being will come to absorb and continue hundreds of generations of cultures and forms of life and value, and, finally, when mental life has begun and flourishes, at the process of internal personal creation and judgment by which a person will make and remake himself, a mysterious, inescapable process in which we each participate, and which is therefore the mos powerful and inevitable source of empathy and communion we have whit every other creature who faces the same frightening challenge. The horror we feel in the willful destruction of a human life reflects our share inarticulate sense of the intrinsic importance of each of these dimensions of investment" (*op. cit.,* p. 84).

pretendemos examinar os textos constitucionais dos países do Mercosul, acerca de tal direito, verificando a diferença da amplitude do respectivo tratamento e a possibilidade de limitação. Destarte, nossa pesquisa recairá sobre textos constitucionais e legais atualizados dos países que compõem o Mercosul, bem como faremos pesquisa bibliográfica, em documentos impressos e digitais, a fim de verificar a tutela constitucional e legal da vida embrionária nos países do Mercosul.

**2.- A vida como um princípio constitucional**

Analisando-se os textos constitucionais dos países do Mercosul, bem como tratados internacionais sobre direitos humanos referendados por esses países, verifica-se que, em regra, o direito à vida recebe dessas legislações o tratamento de "princípio", e não de "regra". A distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais no edifício da teoria dos direitos fundamentais. Não obstante, vários são os entendimentos doutrinários através dos quais princípios e regras constitucionais são identificados.

Segundo Ronald Dworkin (2007, p. 39), princípio é

> "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[3] (grifamos). Para o autor, a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Segundo ele, princípios e regras distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. "Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" [4].

Por sua vez, enquanto as regras possuem apenas a dimensão da validade, os princípios também tem a dimensão do peso[5]. Segundo Dworkin, "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância (...), aquele que vai resolver o

[3] Dessa maneira, distingue o "princípio" da "política", que, segundo ele, é "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade)" *op. Cit.*, p. 36.

[4] *Op. cit.*, p. 39. Segundo o autor, as regras podem até ter exceções, mas elas devem estar previstas no próprio texto, sob pena de estarem incorretas. Assim, "pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra" (p. 40).

[5] Como disse Virgílio Afonso da Silva, "no caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se" (*Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção)*.

conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um" (2007, p. 42)[6]. As regras são diferentes, já que "se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida" (DWORKIN, 2007, p. 43).

Dworkin alerta, com razão, que "a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio. (...) Em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer" (2007, p. 43). Outrossim, os princípios costumam atuar de forma mais vigorosa nas questões judiciais difíceis ("hard cases"), como a utilização de células-tronco embrionárias, interrupção da gravidez do feto anencefálico ou o caso "Riggs contra Palmer", muito utilizado pelo filósofo norte-americano[7]. O positivismo enfrenta esses casos difíceis e enigmáticos através da "teoria do poder discricionário" (se um caso não é regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo esse poder). Quanto maior o apego ao positivismo, maiores serão as críticas ao uso dos princípios pois, como disse Ronald Dworkin, "o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras". Por isso, sugere o filósofo, ao criticar o positivismo, enquanto sistema de regras: "sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desses modelos de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas" (2007, p. 71-72).

Robert Alexy entende que, enquanto as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível, princípios são as normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Segundo o constitucionalista alemão (2008, p. 90)[8],

> "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende

[6] Em razão dessa característica, uma consequência é inevitável: "esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é" (*Op. Cit.,* p 42-43).

[7] "Um Tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo" (2007, p. 37).

[8] Continua Robert Alexy: "já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio" (2008*.,* p. 91)

somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes".

Sendo, pois, um princípio constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, o direito à vida deve ser tutelado na maior intensidade possível, mas não de forma absoluta. Isso porque tutelar o direito à vida de forma absoluta e irrestrita significaria violar outros direitos fundamentais igualmente relevantes. É por essa razão que a própria Constituição Federal admite a limitação da vida pela aplicação da pena de morte, em caso de guerra declarada (art. 5º, LXVII).

### 3.- Tutela constitucional do direito à vida nos países do Mercosul

Os países que integram o Mercosul dão um tratamento diferente ao direito à vida, não somente no texto constitucional, como na efetiva tutela decorrente da legislação infraconstitucional.

Primeiramente, é oportuno dizer que há normas de direito internacional aplicadas a todos esses países e que versam, direta ou indiretamente do direito à vida.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) trata do tema no artigo 4º, item 1: "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".

O Pacto de Direitos Civis e Políticos (que ingressou no direito brasileiro pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992) afirma que "o direito a vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida" (art. 6º, item 1). Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 3º, dispõe que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".

Acerca da proteção da vida intrauterina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez uma síntese do tratamento legal dado por vários países, no caso "Artavia Murillo e outros ("fecundação *in vitro*") vs. Costa Rica"[9], cuja sentença foi prolatada em 28 de novembro de 2012 (portanto, mudanças legislativas podem ter ocorrido – e ocorreram – depois de tal decisão):

> *"existen normas que regulan algunas prácticas en la materia. El Tribunal constata que, por ejemplo, existe: i) la prohibición de clonación humana, en Chile y Perú; ii) las legislaciones de Brasil, Chile y Perú prohíben la utilización de las técnicas de reproducción asistida por fines diferentes de la procreación humana; iii) Brasil*

[9] Disponível na internet no site: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

> *establece que el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multipariedad, y prohíbe la utilización de procedimientos que 'apunten a una reducción embrionaria y la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito, y iv) existen diversos tipos de regulaciones sobre da crioconservación. Por ejemplo, en Chile se prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones, mientras que en Brasil y en Colombia se permite la criopreservación de embriones, espermatozoides y óvulos. Por otra parte, en algunos países, como Argentina, Chile y Uruguay, ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal".*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso sobredito[10], decidiu que a escolha pela paternidade ou maternidade é um corolário da vida privada, sendo portanto direito da pessoa humana realizar procedimentos como a fertilização *in vitro* para concretizá-la[11]. Outrossim, ao examinar o termo "concepção", chegou a conclusão que esta só somente quando se cumpre o segundo estágio do desenvolvimento embrionário (a nidação ou implantação) é que se permite entender que houve a concepção[12].

Questão importante examinada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi a interpretação da expressão "em geral", presente no artigo 4, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica. Segundo a Corte,

---

[10] O caso se relaciona com alegadas violações de direitos humanos que teriam ocorrido como consequência da proibição geral de praticar fecundação *in vitro* na Costa Rica desde o ano de 2000, em decorrência de uma decisão da Corte Suprema de Justiça daquele país. Em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica emitiu sentença declarando inconstitucional o Decreto Executivo n. 24029-S, que permitia a fertilização *in vitro*. Alegou-se que essa proibição absoluta constituiu uma ingerência arbitrária nos direitos a vida privada e familiar. Outrossim, alegou-se que a proibição constituiu uma violação do direito à igualdade das vítimas, já que o Estado as impediu de ter acesso a um tratamento que lhes permitira superar sua situação de desvantagem com relação à possibilidade de ter filhos biológicos. Por fim, alegou-se que esse impedimento teria criado um impacto desproporcional entre as mulheres.

[11] "la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico".

[12] "Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un 'ser humano', lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. En este sentido, la Corte entiende que el término 'concepción' no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. (…) Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación".

> *"el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa 'en común, generalmente' o 'sin especificar ni individualizar cosa alguna'. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término 'el general' se relaciona con la expresión 'a partir de la concepción'. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones. (....) La expresión 'en general' permite inferir excepciones a una regla"*[13].

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por considerar que o descarte do embrião pode ocorrer tanto nos casos de fecundação natural, como nos casos de fecundação *in vitro*, seria desproporcional pretender uma proteção absoluta do embrião e proibir a prática de procedimentos de fecundação *in vitro.*

### 3.1.- Tutela constitucional do direito à vida na Argentina

No texto constitucional da Argentina, o direito à vida não aparece expressamente, mas apenas implicitamente no artigo 33 *("las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*). Não obstante, a legislação infraconstitucional (o novo Código Civil e Comercial, de 2014), não apenas tutela o direito à vida, como especifica o seu início *("la existencia de la persona humana comienza con la concepción"* - art. 19), como o âmbito da proteção legal *("los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida"*).

Assim como no Brasil, o Código Penal argentino prevê que o aborto não será considerado crime, se houver consentimento da gestante e se forma praticado por médico, havendo risco para a vida da gestante ou quando a gravidez decorre de uma violação ou atentado ao pudor (art. 86). Todavia, nesse último caso, exige que a mulher seja idiota ou demente. Todavia, a Corte Suprema argentina autorizou o aborto, confirmando decisão do Supremo Tribunal de Chubut, que autorizou aborto de uma jovem de 15 anos que foi

[13] Em outro trecho da decisão, dispôs que: "la clausula 'en general' tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del articulo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos" (grifamos). En consecuencia, nos es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado".

violentada por seu padrasto e decidiu interromper a gravidez. Anteriormente, a Câmara de Apelações havia negado a autorização, uma vez que somente as mulheres com incapacidade mental teriam direito a terminar com a referida gestação.

Outrossim, anos antes, a mesma Corte Suprema, entendendo que a vida tem início com a fecundação, proibiu a circulação de medicamentos que impedem a nidação[14] (no caso conhecido como "Portal de Belen – los niños 'del dia despues'")[15].

Não possuía a Argentina, até 2013, legislação sobre embriões humanos. Até então, a legislação vedava apenas a clonagem humana (por Decreto Presidencial, de 7 de março de 1997 - Decreto 200/97). Por falta de legislação específica, em novembro de 2004, um juiz civil da cidade de Buenos Aires nomeou um tutor especial para todos os embriões congelados existentes em sua jurisdição (a maioria dos existentes no país)[16]. Em 23 de julho de 2013, entrou em vigor a Lei 26.862, cujos pontos principais são: acesso gratuito aos procedimentos médicos de reprodução assistida para todos os cidadãos, heterossexuais ou homossexuais, ainda que solteiros; doação de material genético nunca poderá ter fim lucrativo ou comercial. Todavia, ainda se faz necessária uma legislação nacional acerca de possível descarte dos embriões congelados e não utilizados.

### 3.2.- Tutela constitucional do direito à vida no Uruguai

O artigo 7º da Constituição uruguaia afirma que *"los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general"*. Dessa maneira, verifica-se o mesmo formato adotado pela Constituição brasileira (a vida como um princípio), com a diferença que o próprio texto constitucional permite expressamente a limitação desses direitos através de "leis que se estabelecem por razões de interesse geral".

---

[14] "la CS dio luz roja a circulación de un fármaco que actuaba como *anticoncepción de emergencia*, en razón de que ciertas opiniones médicas plausibles le atribuían efectos abortivos. Para resolver de esa manera, y abordando cuestiones científicas y eventualmente creencias ajenas a la competencia de los tribunales de justicia, decidió que la concepción se produce con la fecundación y desechó la postura que afirma que se produce con la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por lo tanto, para la Corte todo método que impidiera el anidamiento es abortivo y debe estar prohibido ya que a su juicio el artículo 4 de la CADH resguarda la vida de la persona humana 'desde el momento de la concepción'" (María Luisa Piqué. *Derecho a la vida*, p. 56).

[15] No dia 5 de maio de 2002, a Corte Suprema de Justiça revogou a autorização outorgada pelo Ministério da Saúde e Ação Social aos Laboratórios Gabor S.A., para a fabricação, distribuição e comércio da pílula "Inmediat", mais conhecida como "la píldora del día después" ("a pílula do dia seguinte").

[16] Segundo o Rabinovich Berkman (2006, p. 17), "não eliminar os embriões tranquilizou algumas consciências, embora a maioria deles permaneça congelada *sine die*; e como o congelamento, a preservação e o descongelamento normalmente se cobram, apareceram novas possibilidades econômicas". Como conclusão, o autor sugere: "acredita-se que esta controvérsia só pode resolver-se de um modo: com a adoção pré-natal dos embriões já congelados e a proibição ou restrição severa do congelamento para o futuro".

A questão acerca do início da vida e sua tutela jurídica é igualmente discutida na academia uruguaia. Por exemplo, em trabalho específico sobre o tema, Santiago Altieri, da Universidade de Montevidéu, depois de descrever todas as correntes acerca do início da vida[17] e sua proteção, defende a teoria da concepção como sinônimo de fecundação e, por consequência, afirma: *"el cigoto es un ser humano, su status ontológico y jurídico es el de `persona` (un fin en si mismo) y no el de 'cosa' y, por tanto, debe garantizársele un respeto incondicionado, incompatible con el aborto, la manipulación genética, la eliminación de embriones y las prácticas eugenésicas"*.

Quanto ao aborto, depois de trinta anos de uma batalha política de rara intensidade, o Uruguai foi o quarto país da América Latina a autorizar o aborto com maior amplitude (depois de Cuba, Guiana e Porto Rico). Trata-se da Lei 18.987, de 2012 que descriminaliza o aborto, desde que cumpridos os requisitos desta lei. Para ser legal, o aborto deve preencher os seguintes requisitos: que a interrupção voluntária da gravidez se realize nas primeiras doze semanas e que se cumpra um procedimento que implica: consulta com equipe multidisciplinar integrada por profissionais de ginecologia, psicologia e assistência social; período de reflexão de cinco dias e ratificação da vontade de interromper a gravidez mediante consentimento informado.

Em 22 de dezembro de 2013, promulgou a Lei 19.167, que regula as técnicas de reprodução humana assistida. No seu artigo 3º, assim como fez a lei argentina, garante que as técnicas de reprodução humana assistida sejam incluídas dentro das prestações do Sistema Nacional Integrado de Saúde. Acerca da conservação dos embriões congelados, dispõe expressamente: *"los gametos y embriones no transferidos se conservarán por los plazos que determine la reglamentación, teniendo en cuenta su viabilidad, así como la posibilidad de generar un embarazo a partir de los mismos"* (art. 17). Outrossim, proíbe a clonagem (art. 19), trata da filiação (arts. 27 e 28), dentre outras questões. Como a lei determina a elaboração de regulamentação específica, foi editado o Decreto Presidencial n. 84, de 9 de março de 2015 que trata da conservação dos embriões congelados, no seu artigo 18: "los embriones no transferidos se conservarán por dos (2) años con financiamiento por parte del Fondo Nacional

[17] Segundo o autor, destacam-se as seguintes teorias acerca do início da vida: **a) teoria gradualista:** segundo esta posição, a condição verdadeiramente humana se alcança de modo gradual, por meio de um processo que finalmente termina na configuração de um indivíduo completo; **b) teoria da atividade cerebral**: segundo esta teoria, existirá ser humano quando se verifica o começo da atividade cerebral, após desenvolvimento de seu sistema nervoso central, pois o que caracteriza a vida humana seria a capacidade de raciocínio; **c) teoria da aparição da "linha primitiva"**: trata-se do critério segundo o qual seria possível dispor do embrião humano para fins experimentais até o 14º dia depois da concepção; **d) teoria da implantação**: segundo essa teoria (adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos), o embrião passa a ser considerado vida a partir do implantação no útero materno etc. (2011).

de Recursos. En caso de que la mujer por razones biológicas no pueda recibir los embriones en los períodos mencionados podrá mantenerse la criopreservación de embriones por mayor periodo de tiempo a costo de la pareja / mujer. La Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, en cumplimiento del cometido que le asigna el articulo 31 de la ley n. 19.167, de 22 de noviembre de 2013, promoverá la sanción de una norma legal que regule el destino final de los embriones una vez vencido el plazo legal de dos (2) años, o la prórroga convencional, en su caso."

### 3.3.- **Tutela constitucional do direito à vida no Paraguai**

A Constituição do Paraguai reserva um artigo específico sobre o direito à vida (art. 4º), que dispõe: *"El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física e psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la liberta de las personas para disponer de su proprio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos"*. Verifica-se que, na sua primeira parte, repetiu as expressões do Pacto de São José da Costa Rica, ao prever a tutela da vida "desde a concepção", com a cláusula de relatividade "em geral".

Acerca do aborto, o Código Penal paraguaio é bastante rígido. Prevê como crime (artigo 349 e seguintes), embora com pena reduzida quando para "salvar a honra da esposa, mãe, filha ou irmã" (art. 353). Considera-se legal, nos termos da terceira parte do artigo 352, do Código Penal, o aborto para salvar a vida da gestante por conta da gravidez ou do parto. Recentemente, o governo paraguaio, rechaçou recomendação da ONU de despenalizar o aborto em algumas situações, conforme noticiado na imprensa paraguaia[18]. Recentemente, no ano de 2015, um fato ganhou enorme repercussão no país: uma garota de 10 anos, com apenas 34 quilos, foi estuprada pelo padrasto na cidade de Luque, próxima a Assunção, foi impedida de realizar o aborto pois, segundo a legislação daquele país, este só é permitido em caso de risco à vida da gestante. Declarou o Presidente do Paraguai à imprensa *"La madre está viva, la hija también. Hicimos lo que nos dictó la conciencia, lo que manda la Constitución y lo que mandan nuestras convicciones religiosas. Somos más de 80 por ciento de católicos en Paraguay"*[19]. Não há no Paraguai legislação acerca da reprodução humana assistida e de

[18] https://www.aciprensa.com/noticias/paraguay-rechaza-en-la-onu-presion-para-despenalizar-aborto-38410/
[19] https://www.aciprensa.com/noticias/presidente-cartes-rechaza-aborto-y-defiende-con-firmeza-postura-pro-vida-de-paraguay-31412/

eventual relativização do direito à vida do embrião humano (o que, pelas declarações do atual chefe de Estado, não parece estar nos planos do atual governo).

### 3.4.- Tutela constitucional do direito à vida na Venezuela

A Constituição venezuelana prevê o direito à vida no artigo 43: *"el derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma"*.

Quanto ao aborto, o Código Penal venezuelano considera o aborto como crime (arts. 432 e seguintes), mas prevê uma hipótese legal permissiva: o aborto provocado como meio indispensável para salvar a vida da parturiente (art. 435, terceira parte). O Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança recomendou que a Venezuela altere sua legislação sobre o aborto, a fim de diminuir o alto índice de mortalidade entre jovens[20]. Demais leis sobre a tutela da vida embrionária ainda são incipientes. A Lei 39.808, de 25 de novembro de 2011, que trata da doação e transplante de órgãos, tecidos e células, expressamente, no artigo primeiro afirma *"se excluyen del objeto de esta ley, las células madre embrionarias, ovarios, óvulos y esperma"*. Embora se tenha notícia que a primeira gravidez decorrente do procedimento de fertilização *in vitro* ocorreu em 1986 (pelo médico Juan Aller, redundando no nascimento de Coromoto Josefina, segunda criança nascida na América Latina concebida em um processo de reprodução assistida), não há legislação regulamentando a reprodução humana assistida, bem como não trata de eventuais direitos do embrião humano.

### 3.5.- Tutela constitucional do direito à vida no Brasil

A Constituição Federal prevê no artigo 5º, "caput", o direito à vida: *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade..."* (grifamos). Segundo interpretação histórica (ou, como prefere Robert Alexy, interpretação genética), verifica-se que, nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, houve três propostas para se tutelar constitucionalmente a vida embrionária. Uma das propostas foi elaborada pela então deputada Rita Camata, outra pela deputado Carlos Virgílio e outra pela então deputada Sandra Cavalcanti, mas todas foram

[20] "El Comité muestra su preocupación respecto a que los índices de mortalidad en el grupo de edad de 15 a 17 años se han triplicado de 1997 a 2009 y aunque, según la información proporcionada por el Estado, este índice ha decrecido en 2013, sigue siendo muy alto"( http://www.el-nacional.com/mundo/ONU-Venezuela-evitar-muertes-jovenes_0_488951102.html)

rejeitadas[21]. Segundo entendimento da Comissão de Constituição e Justiça, o tema deve ser remetido à legislação infraconstitucional.

Analisando a estrutura da norma jurídica constitucional que prevê o direito à vida, na Constituição de 1988, constata-se que, no Brasil, tem ela natureza de um "princípio constitucional". Façamos a seguir uma análise dos princípios constitucionais, verificando sua aplicação ao direito à vida.

Como a Constituição brasileira não estabeleceu o início, a amplitude e as limitações possíveis ao direito à vida, tais fatores podem ser estabelecidos pela legislação infraconstitucional. A legislação brasileira infraconstitucional estabelece uma série de hipóteses em que a vida deixa de ser juridicamente tutelada, podendo ser violada, em alguns casos. É o que acontece no aborto "sentimental", previsto no artigo 128, do Código Penal ("Não se pune o aborto praticado por médico: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal"). Da mesma forma, a lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), permite a destruição de aeronaves hostis, no artigo 303, vulgarmente conhecido como "Lei do Abate" ("esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição". Como se vê, a própria lei estabeleceu alguns casos em que a lei deixa de ser tutelada juridicamente, para preservação de outros direitos considerados legalmente e aprioristicamente mais relevantes (o bem-estar sentimental e a dignidade da pessoa da gestante que foi estuprada – no caso do "aborto sentimental" e a segurança pública – no caso da "lei do abate"). Todavia, em alguns casos, inexistindo previsão legal em caso de conflito entre princípios juridicamente tutelados, caberá ao juiz fazer a análise do caso concreto, identificando qual princípio deve ser preservado em detrimento de outro. Foi o que ocorreu na ADPF 54, em que o Supremo Tribunal Federal

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo posição atual do STF, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) tem status supralegal e infraconstitucional. Como expusemos acima, referida convenção determina que "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".

[21] Segundo atas das reuniões da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso vários dos integrantes da Assembleia Constituinte defendiam a previsão expressa da proteção constitucional da vida desde a concepção. O Presidente da Comissão, Nelson Aguiar, disse: "Do meu ponto de vista, sou cristão, sou também de uma igreja evangélica, com uma prática da religião há 28 anos, acho que a vida tem início no ato da concepção, que no meu modo de ver é um ato de Deus, já que Deus é a fonte da vida". Muitas foram as discussões sobre a inserção da previsão expressa da manutenção da vida, todavia tais propostas restaram infrutíferas (http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/8c%20-%20SUB.%20FAM%C3%8DLIA,%20DO%20MENOR%20E%20DO.pdf),

Portanto, o que a Constituição brasileira fez implicitamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos fez expressamente: delegar os limites da tutela do direito à vida intrauterina à legislação de cada país.

Uma das decisões mais emblemáticas, importantes e norteadoras do Direito Constitucional brasileiro foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 3510, que passaremos a examinar.

**4.- A tutela da vida embrionária e o STF**

A ADI 3510, ajuizada pelo Procurador-Geral da República[22], teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto e questionou a constitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Dispõe o artigo 5º da Lei 11.105/05: "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". Em resumo, a sobredita lei autoriza a manipulação genética de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, desde que inviáveis ou congelados há mais de 3 anos.

A petição inicial alega, como tese principal, que a vida humana acontece na, e a partir da fecundação. Outrossim, a pesquisa com as células-tronco embrionárias implicaria necessariamente na destruição do embrião[23].

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto inicia seu voto afirmando que *"o que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano in vitro".*

Mais adiante, alerta:

[22] Petição inicial: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594135#0%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial

[23] Células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião. As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue.

> *"a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (....) está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. (...) E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida"* (grifamos).

Cita o Ministro relator Ronald Dworkin, em seu livro "Domínio da Vida", segundo o qual a proteção jurídica à vida vai aumentando a medida que a tais etapas do evolver da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela (investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. A partir desse raciocínio, o Ministro relator passa a mencionar leis infraconstitucionais que tutelam os direitos do nascituro. O artigo 2º, do Código Civil, determina que *"a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".* No mesmo sentido, a Lei 9.434/97, no seu artigo 9º, determina que *"é vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto".* Outrossim, a criminalização do aborto é conhecida legislação infraconstitucional que protege a vida intrauterina (artigos 124 e seguintes do Código Penal).

Interessante interpretação histórica (ou genética, utilizando a expressão de Robert Alexy) fez o Ministro Carlos Ayres Britto. Segundo ele, *"houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que noticiam os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987".* Segundo o Ministro, a lei infraconstitucional não pode submeter o embrião humano a quaisquer transgressões e violações esdrúxulas. Disse ele:

> *"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. Essa não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose (...) Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana".*

Diante de todo esse cenário, chega à seguinte conclusão:

> *"não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino". Todavia, ressalta o Ministro que os embriões a que a lei de Biossegurança se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano, fora da relação sexual. Portanto, o que a lei prevê não é a interrupção de uma gravidez humana. Isso porque "toda gestação humana principia com um embrião igualmente humana, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana"*[24].

Outrossim, depois de reconhecer ser constitucionalmente permitida a utilização da fertilização *in vitro*, indaga: "se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mesmo que sejam 5, 6, 10?" Responde o ministro:

> *"Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. 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 senão em virtude de lei') (...) seja porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar". Diante desse cenário, conclui: "importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões in vitro está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional".*

Assim, se o casal não é obrigado a se submeter à nidação dos embriões já congelados,

> *"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".*

Mais um argumento foi utilizado para fundamentar a constitucionalidade do dispositivo vergastado: A Lei 9.434 dispõe que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural.

> *"Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções naturais, permanece viva ao Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras desta vida de aquém-túmulo. (...) O*

[24] Mais adiante, o relator reafirma: "a lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento *externa-corporis*: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potencia máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da auto-replicação), poderiam experimentar com o tempo o risco de uma mutação redutora dessa capacidade ímpar.

> *embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe 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".*

Dessa forma, conclui: *"já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca".*

Mais um argumento acrescenta à tese da constitucionalidade da lei: o constitucionalismo fraternal. Segundo o Ministro,

> *"um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica 'a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça' como valores supremos de uma sociedade mais que tudo 'fraterna'. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é a vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade".*

Se não bastasse o argumento do preâmbulo, o artigo 3º, da Constituição Federal, ao estabelecer os objetivos da República, prevê a construção de uma sociedade "solidária".

Acrescenta igualmente os argumentos de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196, da Constituição Federal), que é um direito fundamental a liberdade científica (art. 5º, IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação") e que o incentivo ao desenvolvimento científico é dever do Estado: "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*).

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie, então presidente do STF, mencionou a lei britânica (*Human Fertilisation an Embrilogy Act*), legislação reguladora dos procedimentos de reprodução assistida e das pesquisas embriológica e genética naquele país. O referido diploma permitiu a manipulação científica dos embriões oriundos da fertilização *in vitro*, desde que não transcorridos 14 dias contados do momento da fecundação. Entende ser a Lei de Biossegurança razoável e, portanto, constitucional, na medida em que "a improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida".

A Ministra Carmem Lúcia vota junto com o relator, acentuando que

> "as células-tronco embrionárias não utilizadas no procedimento para o que se deu a fertilização voltam-se ao não ser, a dizer, põem-se ao descarte e à destruição, pois é o respeito à liberdade do casal que assegura a opção pelo seu não uso ou a prática médica que aconselha o seu não aproveitamento".

O Ministro Joaquim Barbosa inicia seu voto tratando da relatividade dos direitos fundamentais: "segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental". Assim, conclui:

> "não é o caso de se tentar delimitar aqui quando a vida tem início. Cumpre, sim, verificar se a exceção à tutela ao direito à vida tal como disposta no art. 5º da Lei 11.105/2006, ora atacado, atende aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988".

Foram votos vencidos, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

**5.- Conclusão: a deficiência da legislação brasileira sobre a vida embrionária**

Como afirmamos acima, em todos os países do Mercosul, o direito à vida tem constitucionalmente o formato de um princípio. Assim, deve ser cumprido na maior intensidade possível (por ser um mandamento de otimização), devendo o ordenamento jurídico do país tutelar a vida intrauterina e extrauterina. Quanto à primeira, nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve o direito protegê-la, "em geral", ou seja, admitindo-se hipóteses que sejam razoáveis e proporcionais de limitação.

No Brasil, a legislação brasileira tutela a vida intrauterina, seja do embrião, ainda não implantado no ventre materno, seja do feto ou nascituro (o embrião já implantado no ventre materno). Quanto a este, a lei 11.804, de 2008, prevê os alimentos gravídicos devidos pelo provável pai, tendo como escopo a proteção da vida e saúde não somente da gestante, mas também, e principalmente, do feto. Outrossim, a prática do aborto é considerada crime (art. 124 e seguintes, do Código Penal), salvo hipóteses legais (aborto praticado para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez decorre de estupro – art. 128, CP) ou jurisprudenciais (na ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é possível a interrupção da gravidez quando constatada a anencefalia).

Quanto à proteção do embrião "excedente" nos procedimentos de reprodução assistida, a lei federal em vigor (Lei 11.105/05), conhecida como lei de "biossegurança", afirma ser possível a "utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos

produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas algumas condições já vistas.

Portanto, como se vê, o âmbito da lei brasileira é bastante limitado: trata apenas dos embriões inviáveis ou já congelados quando da publicação da lei 11.105/05 ou, quando já congelados na data da lei, completarem três anos de congelamento. Assim, a lei não trata dos embriões excedentes em procedimentos de reprodução assistida realizados a partir de 2005. O que fazer com os embriões excedentes? A legislação pátria inescusavelmente se omite.

Diante de tal omissão, o Conselho Federal de Medicina vem editando resoluções acerca do tema, claramente usurpando a competência do Congresso Nacional. Uma dessas resoluções é a de número 2.121/2015[25] que, dentre outras regras, dispõe que: *"o número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro"* (I.7). Além disso, ao tratar da preservação dos embriões excedentes, dispõe que: *"o número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados. No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou ambos, e quando desejam doá-los. Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança"*.

Destarte, a referida Resolução do Conselho Federal de Medicina claramente ultrapassou os limites legais de sua atribuição. Ora, segundo a Lei 3.268/57, o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são *"os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcança, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente"* (art. 2º). Obviamente, não poderia inovar o ordenamento jurídico brasileiro, prevendo o número de embriões que podem ser implantados no útero materno, quando e como embriões excedentes podem ser descartados etc. Tais matérias somente poderiam ser disciplinadas por meio de lei (como ocorreu na Argentina e no Uruguai).

A ilegalidade da sobredita resolução é evidente. Não obstante, em documento de 19 de janeiro de 2016, a chefe do Setor Jurídico do Conselho Federal de Medicina informou que

[25] http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf

*"não foram identificadas ações judiciais propostas contra a mesma", mas apenas contra a anterior resolução (2013/2013)*[26]*,* que foi revogada pela resolução de 2015.

Destarte, entendemos ser cabível, na hipótese, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal para, liminarmente, suspender os efeitos da sobredita resolução, nos termos do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. Isso porque, segundo a lei que regulamenta esta ação (Lei 9.882/99), caberá ADPF para evitar lesão a preceito fundamento, resultante de ato do Poder Público.

Ora, tal ação teria o escopo de evitar o descarte desarrazoado dos embriões humanos congelados, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina. Estamos diante do direito à vida, corolário da dignidade da pessoa humana e, por consequência, um preceito fundamental. Outrossim, o Conselho Federal de Medicina deve ser considerado, para os fins desta ação, "Poder Público", já que, órgão criado por lei, é uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, nos termos do artigo 1º, da Lei 3.268/57. Por fim, mostra-se presente a subsidiariedade exigida pelo artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, já que não seria possível controle concentrado de constitucionalidade contra resolução de Conselho de Classe (como já decidido pelo STF na ADI 1.717), e o Judiciário já entendeu (quanto à resolução anterior) que ação civil pública é o meio inadequado.

Dessa maneira, buscaremos, com o auxílio do Grupo de Pesquisa do qual fazemos parte, sensibilizar os legitimados da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 103, da Constituição Federal) a ajuizar essa ação, em especial o Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 9.882/99[27]. Como se vê, é necessária uma regulamentação da tutela jurídica dos embriões excedentes, congelados. Nos termos do entendimento atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a solução legislativa pode até ser o descarte. Todavia, a solução deve se dar por meio de lei, ato normativo feito pelo Congresso Nacional, eleito democraticamente pelo povo. Regulamentar tal questão por meio de uma resolução de um conselho de classe é ato ilegal e que fere mortalmente a Constituição, ao vergastar o princípio democrático, insculpido no artigo 1º, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[26] http://www.portalmedico.org.br/notasdespachos/CFM/2016/46_2016.pdf. Contra a anterior resolução foi ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal de Goiás (Processo n. 13853-33.2013.4.01.3500), mas que foi extinta sem julgamento de mérito, tendo em vista que o juiz considerou: "que a hipótese é de inadequação da via processual eleita, o que conduz à extinção do processo, sem resolução de mérito" (file:///Users/professorflaviomartins/Downloads/f8c0f2a07b8ecbb4107f3b5b2db4505d%20(1).pdf)

[27] "Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo".

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 .

ALTIERI, Santiago. *El cigoto. Persona o Cosa?* Revista Biomedicina. Volume VI. Número 1. Março de 2011. Montevidéu.

AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>. Acesso em 30 abr. 2015.

BARROS, Renata Furtado de. *Destino de Embriões Excedentes*: *um estudo dessa problemática nos países do Mercosul*. Raleig, Carolina do Norte, Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2010.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. In *Interpretação Constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COXIR, Sarah Abreu *et. al.*, *Estudos das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina*. Revista Reprodução & Climatério. Volume 29, janeiro-abril 2014, p 27-31.

DWORKIN, Ronald. *Lifes dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom.* New York: Knopf, 1993.

____. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana.* Coimbra: Almedina, 2015.

PIQUÉ, María Luisa. *Derecho a la Vida. in La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino*. Enrique M. Alonso Regueira (coord). Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de Facultad de Derecho, 2013.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *A Tutela dos Embriões Humanos: a Experiência Argentina (História de um Fracasso)*. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n. 1, p. 15-36, Maringá, 2006.

SAGUÉS, Pedro Nestor. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editoral Astrea, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em 30 abr. 2015.