

O FENÔMENO DA RELATIVIZAÇÃO DA INVIOABILIDADE DA VIDA HUMANA FRENTE A OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O EXCEPCIONAL CASO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS DA FERTILIZAÇÃO “IN VITRO”

Marcel Tenorio de BRITTO CANO¹

RESUMO: Expõe o fenômeno da relativização da inviolabilidade da vida humana decorrente dos embates principiológicos hodiernos e apresenta em caráter de excepcionalidade o caso dos embriões excedentários da fertilização “*in Vitro*” (FIV), analisando a origem da vida sob uma perspectiva autopoietica.

Palavras-chave: Relativização da Inviolabilidade da Vida Humana. Fertilização “*In Vitro*” (FIV). Embriões Excedentários. Autopoiése. Origem da Vida.

1 INTRODUÇÃO

Quanto vale a vida humana? Vale mais, ou menos que a dignidade? Seria a vida humana um valor absoluto ou relativo e condicionado? Quais características seriam necessárias para se considerar um ente vivo? Assim sendo, quando, de fato, ocorreria o início da vida humana? Deve o Direito estender seu braço protetor até os estágios mais remotos da vida, ou agir na exclusiva proteção daqueles que já nasceram?

O presente trabalho se dispõe a elucidar através da observação bibliográfica, essas e outras indagações de proeminente interesse social, que agregam ainda mais valor sob os holofotes dos incríveis avanços tecnológicos no ramo da medicina reprodutiva.

Trata-se de matéria atual de natureza altamente polêmica e apaixonante, cujas implicações afetam diretamente um bem maior, indispensável ao ser humano, sem o qual não há que se falar em outros bens ou sequer no próprio Direito. Trata-se da VIDA.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail:marceltbcano@hotmail.com.br

2 A VIDA HUMANA E SUA INVIOABILIDADE

Conceituar o que vem a ser Vida é tarefa demasiadamente árdua. Corre-se o risco eminente de se perder na própria reflexão e quedar-se a caminhar a esmo. Certamente foi ao deparar-se com semelhante observação, que o ilustre professor José Afonso da Silva chegou à seguinte conclusão:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. (SILVA, 2005, p. 197)

Todavia, Silva não se absteve de traçar algumas considerações importantes quanto à natureza da vida, conforme se observa em:

Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse *ser* que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput)², não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, 2005, p. 197)

A vida humana é indiscutivelmente o elemento fundante e fundamental de tudo o que existe no universo racional. Atribui-se obviamente, à sua existência preliminar, o nascimento de toda a sociedade e o conseqüente surgimento de todos os fenômenos sociais possíveis e imagináveis, inclusive o próprio Direito.

Justamente nesse sentido, Ulpiano estabeleceu sua máxima “*ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus*”, a qual disciplina que: “onde estiver o Homem, aí estará a sociedade; onde estiver a sociedade, aí estará o Direito; logo, onde estiver o Homem, aí estará o Direito”. Em uma perspectiva reversa se deduz que, não há Direito sem a prévia existência de vida humana, o que denota o caráter subsidiário do Direito quanto à própria existência da humanidade.

² Constituição da República Federativa do Brasil (1988): Art. 5º 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, nos termos seguintes: [...] (grifo nosso)

O Direito é, portanto, uma criação da própria vida. Já o Direito à vida, esse é uma criação do Homem; do Homem do Direito; do Homem no Direito. Se se vivesse plenamente, não precisava Direito, mas sem a vida, não há nem que se falar em Direito. (ANTUNES ROCHA, 2004, p.13)

A vida enquanto vida puramente dita, ou seja, aquela que habita o universo do “ser” (realidade), não transcende o caráter de simples fenômeno complexo da Natureza. No entanto, a vida como é concebida pela sociedade, afastou-se deveras de sua natureza e adentrou quase que integralmente no universo do “dever ser” (valor), onde impera a volubilidade.

É justamente esta volubilidade que preocupa. Pois, quanto fenômeno da natureza, a vida caracteriza Valor Absoluto, de mérito inquestionável por consequência. Tal qual a gravidade, que, dentro de seu raio de ação não se relativa ou condiciona. Já enquanto caminhar no universo do “dever ser”, será tratada como VALOR RELATIVO, adequando-se à realidade cultural de cada sociedade.

O que se observa é que, além dos obstáculos de natureza natural, ou seja, aqueles contra os quais não existe remédio, outros, de natureza cultural, têm-se posto no percurso da existência humana, relativizando-a e condicionando-a. São esses os que nascem da volubilidade do “dever ser” e que trazem inseguranças e incertezas ao percurso dessa existência.

Dentro desse quadro que se apresenta, o Direito surge como meio de se dotar de certeza, a vida de cada indivíduo e a vida comum dos membros de uma sociedade. Portanto, fica a cargo do Direito, proteger e resguardar a vida humana. Afinal, a vida “É o bem supremo e primário a partir do qual todos os direitos se estruturam, se organizam, se põem, se expõem e se impõem.” (2004, p.14)

O direito à vida é um fenômeno que surge historicamente de forma rudimentar, embrionária e que evolui com o passar do tempo, tal qual a própria Vida.

Um dos primeiros relatos históricos de normatização que visava assegurar a proteção à vida humana remete aos idos do século XVII antes de Cristo e à antiga Mesopotâmia. Trata-se do Código de Hamurabi, um dos mais antigos conjuntos de leis já encontrados. (GALIANI, 2006, p.17) Talvez o primeiro a consagrar expressamente, um rol de direitos comuns a todos, dentre os quais constavam: a vida, a honra, a família e a propriedade (CARMO, 2004). Esse período histórico representaria analogamente a concepção do que se entende hoje por direito à vida, ou seja, a forma mais simples e rudimentar de sua evolução.

A posteriore, com a outorga da Magna Carta Libertatum, pelo rei João Sem-Terra da Inglaterra, em 15 de junho de 1215 d.C., a tutela jurídica à vida humana consagrou-se como direito fundamental, cláusula pétrea. Nem mesmo o monarca poderia sobrepujar-se a esse direito, que na ocasião era reconhecido a todo “*homem livre*”. Ou seja, um direito ainda condicionado à situação do indivíduo.

O texto histórico-jurídico apresenta o seguinte dispositivo:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.³ (grifo nosso)

Interessante destacar a natureza libertadora, e não garantidora do direito à vida nessa época. Esse fenômeno resulta da forte presença de ideais liberalistas e caracteriza uma das etapas fundamentais da evolução desse direito, sem a qual ele não teria chegado à sua atual condição. Analogamente, esse período representa o nascimento do direito à vida, ou seja, a separação definitiva dos corpos do elemento gerador (Estado), do elemento gerado (direito a vida). O monarca não mais possuiria plenos poderes sobre o direito à vida de seus súditos.

Esse foi o grande marco do direito à vida enquanto direito humano fundamental, num período histórico denominado por alguns doutrinadores como “Primeira Geração ou Dimensão de Direitos”, cuja característica principal é justamente a Libertação, a Liberdade.

Depois do nascimento, a infância, período no qual o indivíduo definitivamente se consolida como ser biologicamente autônomo e também obtém suas primeiras impressões do mundo que o cerca. A infância do direito à vida seguiu o caminho trilhado pelos direitos classificados como de “Segunda Geração”, aqueles que observam a Igualdade dos Indivíduos. Atribui-se a conquista dessa igualdade à, na época insurgente, classe trabalhadora. (TOKARSKI, 2005)

Desse ponto em diante, o direito à vida passou a ser garantido a todos, não havendo distinção de natureza. Coube, a partir de então, ao Estado proteger de forma positiva e atuante o cumprimento desse direito.

³ Texto original em latim: “Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.” Tradução possível em: <<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/direitoshumanos/acartamagna.htm>>

Ainda nesse período, surgiram os movimentos constitucionalizantes. Os países buscavam editar sua própria carta magna, como forma de solidificar a sua identidade. Com isso, o direito à vida ganhou um rigor maior, tendo lugar certo em quase todas as constituições que se sucederam; de forma expressa ou mesmo que tacitamente. Fato que o consolidou como instituição autônoma ao próprio Estado.

Seguindo essa linha evolutivo-cronológica, chega-se a um dos momentos mais tristes da história da humanidade. O momento em que ocorrem as Duas Grandes Guerras Mundiais. Ao lado destas manchas escarlates de sangue, adveio também a puberdade do direito à vida, iniciando assim, a sua adolescência.

Foi frente às barbaridades empreendidas contra o Homem; pelo próprio Homem, em ambos os conflitos, mas principalmente no segundo, que se percebeu que uma nova amplitude social deveria ser promovida. Fala-se da Fraternidade, marco capital da assim chamada “Terceira Geração de Direitos”, caracterizada pela instituição de Direitos inerentes a todo o gênero humano.

Importante observar que foi justamente naquele momento, que se incorporou de maneira definitiva à vida, um novo valor de irrefutável relevância. Valor este incumbido de assessorar a vida humana visando garantir que a sua existência seja o mais plena possível. Trata-se da Dignidade da Pessoa Humana, a menina dos olhos do hodierno operador de Direito.

Quanto à Dignidade da Pessoa Humana, Ingo Wolfgang assevera:

O que se percebe em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (ISARLET, 2001, p. 59)

Indubitavelmente a Dignidade da Pessoa Humana ampliou o conceito jurídico de vida, assegurando ainda mais a sua inviolabilidade. Enquanto norma, tem assento de destaque no texto constitucional, como um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil.⁴

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil (1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

Por fim, chega-se à atualidade e com o advento do que algumas correntes doutrinárias reconhecem ser a “Quarta Geração de Direitos”, o direito à vida atinge a sua maioria e se torna um jovem adulto. Sua atenção agora está voltada para os meandros do processo reprodutivo, para a geração de novas vidas.

Observa-se a importância do Biodireito e da Bioética, verdadeiros marcos desta tão atual geração de direito. Assuntos bastante polêmicos como manipulação genética, fertilização assistida, pesquisa com células-tronco, entre outros, geram acaloradas discussões no meio jurídico. Discussões essas que envolvem diretamente o interesse dos mais diversos grupos sociais.

O Direito mais uma vez é conclamado a dotar de certezas a vida humana, agora em face das novas descobertas no ramo da procriação. O assunto de que trata o presente artigo se inclui nesse contexto. Contudo, antes de alcançá-lo (Título 4), é necessário expor o fenômeno jurídico ao qual ele se excepciona.

3 O FENÔMENO DA RELATIVIZAÇÃO DA INVIOABILIDADE DA VIDA

No Brasil, a inviolabilidade da vida humana está expressa no art. 5º caput do texto constitucional, nos termos: “Art. 5º 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, nos termos seguintes: [...]”. (grifo nosso)

No entanto, a máxima expressão dessa inviolabilidade remete ao art. 121 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei Nº 2.848 de 1940), que apresenta a seguinte redação: “Art 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”

Isso porque, o simples fato de ser resguardado pelo Direito Penal, denota a seriedade reconhecida a esse bem jurídico, uma vez que o Direito Penal representa o braço mais violento da justiça brasileira. Braço este que deve ser

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

aplicado somente quando houver lesão ou risco de lesão à bem jurídico de indiscutível relevância social (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos).

Regis Prado define bem jurídico como “[...] ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.” (PRADO, 2008, p. 252)

A vida indubitavelmente atende a esses requisitos e reconhecidamente incorpora o rol de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. A inviolabilidade da vida é inclusive o primeiro dos bens a ser elencado na parte especial do Código Penal, talvez uma forma de o legislador externar e endossar a sua importância.

Situações, porém, existem no seio social, nas quais a materialização de uma vida pode representar a extinção ou a completa “indignificação” de outras, tornando complexa a sua tutela penal. Uma vez que, para se proteger uma é necessário violar outra. Nesse quadro, cabe ao Direito, enquanto elemento apaziguante de determinada sociedade, a tarefa de expor qual dessas vidas deverá ser verdadeiramente inviolável, e qual terá sua inviolabilidade relativizada.

É justamente a esse fenômeno social, e conseqüentemente jurídico, que o presente artigo denomina Fenômeno da Relativização da Inviolabilidade da Vida Humana. Em termos gerais, pode-se defini-lo como: fenômeno jurídico, caracterizado pelo fato de que para se garantir a inviolabilidade da vida ou a dignidade de um ou mais indivíduos, o Direito tem que relativizar a inviolabilidade da vida de outros, os quais representam risco concreto à vida ou à dignidade dos primeiros. Em uma perspectiva criminalista, esse fenômeno ocorre dentro da esfera da ilicitude, e se materializa de forma autorizadora ou justificativa.

Ainda é importante ressaltar que essas situações surgem do embate de direitos, que numa máxima representação configuram princípios constitucionais. Ou seja, quando o direito à existência de um indivíduo põe em risco o direito à existência de outro, o universo jurídico se depara com o embate principiológico entre o princípio da inviolabilidade da vida de ambos.

Atualmente se reconhece que apenas dois embates principiológicos seriam dotados de força suficiente para gerar como resultado a relativização da inviolabilidade daquele que é o bem maior do ser humano, a vida. São eles: o embate entre a inviolabilidade da vida humana de um indivíduo e a inviolabilidade da

vida humana de outro; e o embate entre a inviolabilidade da vida humana de um indivíduo e a dignidade da pessoa humana de outro.

Tanto os exemplos já acolhidos pelo ordenamento jurídico brasileiro quanto aqueles que de alguma forma já se manifestaram no meio social, mas que ainda não possuem expressa previsão ou autorização legal serão elencados nos subtítulos seguintes. No entanto, vale destacar que não compete ao presente artigo entrar em questão de mérito quanto aos exemplos que virão a seguir, mas apenas elencá-los de forma exemplificativa para consolidar a idéia da qual se pretende excepcionar o caso dos embriões excedentários.

3.1 Inviolabilidade da Vida Humana X Inviolabilidade da Vida Humana

Como visto anteriormente, a relativização da inviolabilidade da vida nesses casos, ocorre em decorrência do fato de a vida de um indivíduo ser, ou poder ser gravemente lesiva à vida de outro. Nesse tocante, o Código Penal Brasileiro prevê as seguintes hipóteses autorizadoras ou justificativas à violação da vida.

Estado de necessidade: segundo o *caput* do art. 24 do Código Penal⁵, “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”. Luiz Regis Prado apresenta em caráter exemplificativo a seguinte hipótese: “[...] os naufragos A e B agarram-se a um salva-vidas, insuficiente para os dois. A joga B na água e este morre afogado.” (PRADO, 2008, p. 347)

Aborto necessário: o art. 128, inciso I⁶ do Código Penal, descriminaliza o aborto quando não existir nenhum outro meio de salvar a vida da gestante e desde que seja efetuado por médico capacitado.

⁵ Código Penal Brasileiro:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

⁶ Código Penal Brasileiro:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Legítima defesa: “Trata-se da mais antiga e saliente causa de justificação, que transforma uma ação típica em lícita, amparada pela ordem jurídica” (2008, p. 350). Conforme o art. 25 do Código Penal, “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” Utilizando-se novamente de um exemplo de Prado: “[...] A, agredido fisicamente por B e C, em via pública, reage com disparo de arma de fogo, que portava licitamente, e acaba por matar um de seus agressores.” (2008, p. 350)

Estrito cumprimento de dever legal: excludente comum no meio policial. De acordo com o Código Penal, em seu art. 23⁷, III, 1ª parte, “Não há crime quando o agente pratica o fato [...] em estrito cumprimento de dever legal [...]”. O Direito entende que este agente cumpre exatamente o que está determinado pelo ordenamento jurídico, realizando, portanto, conduta lícita.

Exercício regular de direito: o mesmo art. 23 do Código Penal, mas agora na parte final de seu inciso III, estabelece que “Não há crime quando o agente pratica o fato [...] no exercício regular de direito [...]”. Nesse sentido, ensina Regis Prado que: “Não se pode considerar ilícita a prática de ato justificado ou permitido pela lei, que se consubstancie em exercício de direito dentro do marco legal, isto é, conforme os limites nele inseridos de modo regular e não abusivo.” (2008, p. 355) Enquadram-se nessa hipótese as mortes conseqüentes de lesões provocadas pela prática de esportes particularmente violentos, como o boxe, a luta livre e o futebol americano.

Pena de morte em caso de guerra: conforme o art. 5, XLVII, “a”⁸, a Constituição da República Federativa do Brasil, somente autoriza a pena de morte

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; [...]

⁷ Código Penal Brasileiro:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos. (grifo nosso)

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil (1988):

Art. 5º - [...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

nos casos de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX⁹. A pena de morte no Brasil é regida pelo Código Militar Penal, que dispõe que a mesma será efetuada por fuzilamento (art. 56) e atingirá, em *ultima ratio*, as seguintes condutas: traição (art. 355), favor ao inimigo (art. 356), coação ao comandante (art. 358), fuga em presença do inimigo (art. 365), motim, revolta ou conspiração (art. 368), rendição ou capitulação (art. 372), dano em bens de interesse militar (art. 384), abandono de posto (art. 390), deserção em presença do inimigo (art. 392) e genocídio (art. 401).

Por acontecerem somente em situações extremas e tratarem de bem jurídico eqüipolente, entende-se que essas hipóteses de relativização tenham uma maior aceitação no meio social. Diferenciam-se, neste tocante, das hipóteses que serão tratadas a seguir, nas quais o embate principiológico remete a bens jurídicos distintos, que nem todos consideram eqüipolentes.

3.2 Inviolabilidade da Vida Humana X Dignidade da Pessoa Humana

Quanto à Dignidade da Pessoa Humana, não há quem questione a importância desse valor, que se agregou à vida humana nas últimas décadas, trazendo consigo um aperfeiçoamento do próprio conceito de vida. E que inclusive, hoje chega a fundamentar toda uma forma de Estado, como ocorre aqui no Brasil. No entanto, sua posição quanto fator relativizador da própria vida humana, que lhe é tão fundamental, essa sim tem sido amplamente questionada. E não exclusivamente pelos membros da comunidade religiosa, mas também por representantes das mais diversas vertentes jurídicas e científicas.

Aqueles que tomam a vida por valor absoluto e levam essa posição ao extremo, não aceitam que se possa extinguir vidas em privilégio da dignidade de outras ou ainda em decorrência exclusiva de fatores indignificantes. O embate se acalora ainda mais quando se tenta relativizar a vida humana frente a valores subsidiários à própria dignidade. Como por exemplo, nos casos em que se aponta

e) cruéis; [...]

⁹ Constituição da República Federativa do Brasil (1988):

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; [...]

como fator relativizador o princípio do livre planejamento familiar previsto no art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988¹⁰, o qual é decorrente da Dignidade Humana.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente apenas uma hipótese em que se autoriza a relativização da inviolabilidade da vida em resguardo à dignidade da pessoa humana. Trata-se do aborto em casos de gestação proveniente de estupro, instituído pelo art. 128, II do Código Penal Brasileiro¹¹. Para tanto, leva-se em consideração a vontade da gestante, uma vez que compreende norma autorizadora e não, cogente.

Existem atualmente, tendências mundiais que apontam para outras hipóteses possíveis dentro desse mesmo contexto. Fala-se das hipóteses de eutanásia e de aborto de feto anencefálico. Alguns países inclusive já reconhecem e autorizam a violação à vida nessas ocasiões. Ainda não é o caso do Brasil e talvez nunca seja, falta a manifestação concreta do poder legislativo sobre o assunto.

Sem dúvida alguma, é uma tarefa extremamente complicada decidir qual desses direitos deve ser resguardado em detrimento do outro. Cabendo essencialmente ao poder legiferante de um determinado país, enquanto representante direto do povo, observados os interesses da sociedade, decidir em qual lado da balança da justiça repousa o bem jurídico de maior peso.

Certamente é essa complexidade que muitas vezes gera a omissão do legislador. No entanto, há que se perceber que esta omissão ocasiona grave risco ao Direito, pois permite que aproveitadores se instalem no meio social. A inércia do legislativo muitas vezes pode se mensura pelas vidas perdidas.

É justamente neste contexto de omissão da lei que se enquadra o caso dos embriões excedentários da fertilização "*in Vitro*" (FIV), assunto central do capítulo subsequente. Desde já se assevera a sua excepcionalidade às hipóteses aqui citadas.

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil (1988):

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...]

¹¹ Código Penal Brasileiro:

Art. 128 - 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

4 O EXCEPCIONAL CASO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Antes de se apresentar em definitivo o óbice da questão, é necessário estabelecer alguns conceitos preliminares que irão auxiliar o processo de compreensão. A maioria desses conceitos pertence ao ramo da biologia, mais especificamente à embriologia.

O primeiro conceito que se faz necessário é certamente o de embrião. Moore e Persuad o definem como “O ser humano em desenvolvimento durante os estágios iniciais.”, e explicam que, “O período embrionário estende-se até o final da oitava semana (56 dias), quando os primórdios de todas as principais estruturas já estão presentes.” (MOORE e PERSUAD, 2008, p. 2).

Sendo embrião entendido como um processo, é importante definir qual é o seu estágio inicial. No caso, dá-se a ele o nome de Zigoto. Segundo os autores, “Esta célula resulta da união do ovócito ao espermatozóide durante a fecundação. Um zigoto ou embrião é o início de um novo ser humano.” (2008, p.2) (grifo nosso) Por Ovócito e espermatozóide, entendem-se as células sexuais femininas e masculinas, respectivamente.

Quanto à fecundação, ensinam os autores que:

[...] é uma complexa seqüência de eventos moleculares coordenados que se inicia com o contato entre um espermatozóide e um ovócito [...] e termina com a mistura dos cromossomos maternos e paternos na metáfase da primeira divisão mitótica do zigoto, um embrião unicelular [...] O processo de fecundação leva em torno de 24 horas. (2008, p. 31)

Pelos mais diversos motivos, pode acontecer que um ou ambos os parceiros venha a desenvolver uma relativa ou absoluta infertilidade. No entanto, frente aos avanços da medicina reprodutiva, estes obstáculos não representam mais a total incapacidade gestacional. Existem atualmente técnicas avançadas de reprodução assistida que permitem que a fertilização seja concebida extracorporeamente, para posterior introdução do embrião resultante no meio onde será gestacionado. São as técnicas de Fecundação “*in Vitro*” (FIV), devidamente descritas por Moore e Persuad nos seguintes termos:

A fecundação *in vitro* (IVF - *in vitro fertilization*) de ovócitos e a transferência dos zigotos em clivagem para o útero têm oferecido a muitas mulheres estéreis (p. ex., graças à obstrução da tuba), uma oportunidade de dar à luz uma criança. O primeiro bebê proveniente de IVF nasceu em 1978. Desde então, cerca de 2 milhões de crianças já nasceram após o procedimento de IVF. As etapas envolvidas durante a fecundação *in vitro* e a transferência de embriões são as seguintes [...]:

- Os folículos ovarianos são estimulados a crescer e amadurecer com a administração de gonadotrofinas (superovulação).
- Vários ovócitos maduros são aspirados de folículos ovarianos maduros durante a laparoscopia. Os ovócitos também podem ser removidos de dentro dos folículos ovarianos por uma agulha de diâmetro grande, guiada por ultra-som e introduzida através da parede vaginal.
- Os ovócitos são colocados em uma placa de Petri, contendo um meio de cultura especial e espermatozóides capacitados.
- A fecundação dos ovócitos e a clivagem dos zigotos são monitoradas microscopicamente por 3 a 5 dias.
- Um ou dois embriões resultantes (no estágio de quatro a oito células ou blastocistos iniciais) são transferidos para o interior do útero introduzindo-se um cateter através da vagina e do canal cervical. Qualquer embrião remanescente é armazenado em nitrogênio líquido para uso posterior.
- A paciente permanece em posição supina (face para cima) por várias horas.

Obviamente, as probabilidades de gravidez múltipla são maiores do que a gravidez resultante de etapas normais de ovulação, fecundação e passagem da mórula para o útero através da tuba. A incidência de abortamentos espontâneos também é maior do que o normal. (2008, p. 34, 35 e 36)

Como observado pelos autores, os embriões que não forem implantados no meio uterino serão armazenados em Nitrogênio Líquido, procedimento ao qual se denomina criopreservação. Nas palavras de João Gaspar:

O termo criopreservação descreve o processo utilizado para a congelação [sic] de embriões, a que geralmente são submetidos os embriões excedentários. Estes embriões são congelados em azoto líquido, a uma temperatura de -196 graus centígrados [sic], como [sic] o objetivo de poupar à mulher envolvida num tratamento de infertilidade o esforço emocional, físico e financeiro que o processo de remoção de ovócitos representa. (GASPAR, 2004)

Constantes os conceitos supracitados, torna-se possível conceituar de maneira definitiva o que vêm a ser estes tão aludidos Embriões Excedentários da Fertilização "*in Vitro*" (FIV). São em sua natureza, seres humanos em estágio embrionário que, literalmente sobraram do processo de fertilização "*in Vitro*" (FIV), e que serão congelados para serem preservados visando uma futura implantação em útero. A sua existência diminui efetivamente os custos do processo (endosso econômico), no entanto, esses embriões dificilmente serão implantados.

Moore e Persuad, em fragmento supracitado¹², apontam para a existência de mais de 2 milhões de vidas de proveta, ou seja, provenientes dos procedimentos de Fertilização “*in Vitro*”. Aceitando-se hipoteticamente que para cada vida de proveta existente haja ao menos um embrião humano criopreservado correspondente, chega-se a um alarmante montante biológico de mais de 2 milhões de vidas em situação incerta. Como cada legislação permite ou não a criação de um número distinto desses embriões, já não é possível estimar a sua quantidade exata.

A incerteza à qual é submetida a vida desses embriões trata, em uma última análise, da violabilidade completa desse bem. Analisando-se atentamente o ordenamento jurídico, percebe-se não haver entre as hipóteses autorizadoras ou justificativas da relativização à inviolabilidade a vida, a descrita conduta de se criopreservar ou até mesmo extinguir definitivamente estes embriões, que não representam risco eminente à vida da mãe e que não são resultado de conjunção carnal violenta (estupro). Esses embriões, na realidade, têm sua vida violada por motivos preponderantemente econômicos.

Logo, evidencia-se o caráter excepcional dessa conduta, que ao mesmo tempo em que não configura hipótese excludente de ilicitude, também não é criminalizada apesar de atender aos preceitos de um tipo penal incriminador.

Frente a esta curiosa situação, surge a seguinte interrogação: Como então é justificável a prática espalhada dessa conduta no meio social? A resposta é bastante simples. A prática disseminada dessa conduta se instala no meio social devido a um oportunismo no aproveitamento inconseqüente das lacunas legais presentes em determinado ordenamento jurídico.

A omissão da lei, no caso específico, remete à não previsão legal do alcance do conceito de vida a estes embriões. Previsão essa que não ocorre justamente por não haver um consenso geral a respeito do momento em que de fato se origina a vida humana.

Nesse contexto, observa-se a ocorrência de dois fenômenos curiosos:

O primeiro é a negligência do poder legiferante, do qual se espera que, ao menos sob a perspectiva de que nem tudo o que não é definitivamente vivo será definitivamente morto, deveria ter salvaguardado a integridade do embrião humano até que se chegasse a um consenso final quanto ao início da vida humana.

¹² “O primeiro bebê proveniente de IVF nasceu em 1978. Desde então, cerca de 2 milhões de crianças já nasceram após o procedimento de IVF.” (2008, p. 34, 35 e 36)

O outro fenômeno reside no fato de que por mais que o Direito aguarde um posicionamento definitivo da ciência quanto ao início da vida humana, esta não dispõe da mesma cordialidade, pois age exatamente dentro dessa lacuna jurídica permitida pelo Direito, criando cada vez mais embriões excedentários de forma inconseqüente. Imprescindível destacar, que ao traçar este comentário não se pretende mitigar o mérito das ciências biológicas, mas sim, endossar o raciocínio de que o Homem deve sempre ser o fim, nunca um meio.

Observa-se, finalmente que a solução de toda essa problemática fica exclusivamente a cargo do poder legiferante, o qual deve da melhor forma possível extinguir as lacunas promotoras desta situação. Uma forma de fazê-lo em definitivo seria através da elaboração de um Estatuto Jurídico do Embrião Humano. Nesse sentido, versa José Eduardo de Souza Pimentel:

Do que foi exposto se deduz que é necessário estatuir sobre o embrião humano e que, à vista da [sic] fenomenal avanço da biotecnologia, essa mediada figura-se urgente. (PIMENTEL)

No Brasil, passou a vigor no dia 13 de Abril de 2010, a Resolução Nº 1.931 do Conselho Federal de Medicina, aprovada em 17 de Setembro de 2009, que institui o Novo Código de Ética Médica. Em seu art. 15¹³, § 1º, de forma inovadora, o novo Código de Ética estabelece que, “No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.” Anteriormente, não havia no país, texto normativo que trouxesse juízo de valor sobre essa questão. No entanto, justamente, por ser norma novíssima, ainda não há doutrina, jurisprudência ou casuística que complemente o seu conteúdo ou exemplifique a sua aplicação.

¹³ Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Existem também, outros textos normativos¹⁴ que tratam sucintamente de assunto pertinente aos embriões excedentários da fertilização *“in Vitro”*. No entanto, nenhum deles, e nem mesmo o Novo Código de Ética Médica, se propõe a exaurir todo o assunto. Talvez o mais próximo que se tenha chegado da idéia de Estatuto Jurídico do Embrião Humano no Brasil, seja o projeto de Lei 99/90, de autoria do então Senador, Lúcio Gonçalo de Alcântara. Mas ainda este se demonstra insuficiente em quantidade de matérias abordadas.

5 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão:

- I. Observou-se no transcorrer desse estudo, a indiscutível relevância do bem jurídico, vida; não somente para o ser humano que o detém, mas também para o Direito que o protege. Também se evidenciou a importância do Direito para a proteção da vida, assim como importância da vida para todo o mais.
- II. Percebeu-se com o auxílio das ciências biológicas que uma mesma vida pode se apresentar em diversos níveis de complexidade ao longo de sua evolução, mas que sempre estará contida dentro de uma mesma individualidade.
- III. Notou-se em face dos fenômenos estudados que o fator indignificante, por mais gravoso que seja, ainda assim será

¹⁴ Refere-se à Resolução CFM Nº 1.358/92, que, entre outros, delimitava a quantidade limite de embriões a serem implantados a cada tentativa como forma de diminuir as possibilidades de gestação múltipla; e à Lei Nº 11.105, de 24 de Março de 2005, Lei de Biossegurança, que como medida mais polêmica autorizava em seu art. 5º, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias advindas dos embriões excedentários tidos como inviáveis ou que estão congelados a mais de 3 anos. Claudio Fonteles, na época Procurador Geral da República, impetrou no ano da promulgação da Lei, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510, apontando para a inconstitucionalidade do disposto no art. 5º da referida lei. O impetrante alegava que o dispositivo legal ia de confronto ao princípio da inviolabilidade da vida humana previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O mérito da questão foi julgado pelo STF, que nos idos do ano de 2008 declarou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, rebaixando o embrião excedentário à posição de reles objeto, sendo autorizada, portanto, a sua utilização em pesquisas com células-tronco embrionárias, resguardados os requisitos presentes no dispositivo legal. No entanto, ainda hoje, essa decisão recebe severas críticas. (SÁ, 2009)

temporário, mas que a morte, em qualquer face que se apresente, será para sempre definitiva.

IV. Concluiu-se finalmente que: antes a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES ROCHA, Carmén Lúcia (Coord.). **O Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Código Penal** – Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940.

BRASIL. **Código Penal Militar** – Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de Outubro de 1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 11.105 de 24 de Março de 2005**. Lei de Biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 15 de Março de 2010.

BRASIL STF. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADI&processo=3510>> . Acesso em: 15 de Março de 2010.

CARMO, Suzana J. de Oliveira. **Direitos Humanos - Trajetória no tempo, fragmentos da história**. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1450/Direitos-Humanos-Trajectoria-no-tempo-fragmentos-da-historia>>. Acesso em: 12 de Abril de 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.358 de 11 de Novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 17 de Abril de 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931 de 17 de Setembro de 2009**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impresao.php?id=8822>. Acesso em: 17 de Abril de 2010.

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

GALIANI, Fernanda Silva. **O princípio constitucional do direito à vida e a pesquisa com células-tronco embrionárias**. Presidente Prudente, 2006.

GASPAR, Pedro João. **Embriões “excedentários” criopreservados: que destino dar-lhes?**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.8/111>>. Acesso em 10 de Março de 2010.

IBAIXE JÚNIOR, João. **Inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana – Reflexões para um conceito no Direito Constitucional**. 12 de Julho de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/60190/inviolabilidade-da-vida-e-dignidade-da-pessoa-humana-reflexoes-para-um-conceito-no-direito-constitucional-joao-ibaixe-junior>>. Acesso em 15 de Março de 2010.

ISARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MALUF, Edison. **Manipulação genética e o direito penal**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

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

MOORE, Keith L;PERSAUD, T. V. N. **Embriologia clínica**. Tradutor et al: Andréa Monte Alto Costa et al. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **O estatuto jurídico do embrião humano**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/artigos2.php>>. Acesso em 12 de Março de 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1 v.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOKARSKI, Mariane Cristine. **Liberdade e vida: a recusa à transfusão de sangue à luz dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 891, 11 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7711>>. Acesso em 12 de Abril de 2010.