

BIOÉTICA E BIODIREITO: A DEFINIÇÃO JURÍDICA DO SURGIMENTO DA VIDA

Etiene Maria Bosco Breviglieri ¹

RESUMO

Direito e outras ciências discutem o surgimento da vida gerando um debate multidisciplinar sobre o tema que o enriquece ao mesmo tempo em que o preenche de contrastes. Se por um lado a questão parece encontrar enfim uma solução no campo jurídico, restam sempre os conflitos entre o Direito positivo e as normas provindas da ética, da moral e das diferentes religiões. Desta forma o presente trabalho tem por objetivo apontar a discussão acerca da origem da vida sob o enfoque do Biodireito e da Bioética por meio de fundamentações teóricas de autores jurídicos. Para tanto, utilizou-se o raciocínio dedutivo com pesquisa bibliográfica na doutrina bem como os procedimentos teleológico e sistemático para se concluir pela existência dos princípios constitucionais e suas aplicações.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Vida. Embrião. Teorias.

INTRODUÇÃO

Diante da complexidade e interdisciplinaridade do tema não devemos nos afastar da idéia de que o conceito de vida oriunda de um “todo sistêmico” e perpassa desde elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), o que nos permite concluir que as definições de vida e morte dependem até de diferentes momentos culturais. Diante disso, a conceituação de “vida” interessa, e muito, o Direito à medida que interfere na vida do homem em seus aspectos jurídicos e sociais e gera efeitos em diferentes ramos do Direito, bem como faz conexão com

¹ Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

outros valores como a dignidade da pessoa humana, também protegida em nosso sistema jurídico. Daí concluir que a forma como o estado define e enxerga o conceito de “vida” e “morte” e nos limita a usufruir de nosso corpo também denota a forma como o Direito se desenvolve em nossa sociedade.

1 O CONCEITO DE VIDA

De acordo com as diferentes áreas do conhecimento o conceito de vida recebe diferentes elementos que merecem destaque. Segundo Juliana Araújo Lemos da Silva:

Em seu sentido puramente biológico, a vida pode ser compreendida como um complexo conjunto de fenômenos bioquímicos, que seguem leis fixas e cujo normal funcionamento se traduz em um equilíbrio biológico e físico-químico e em uma constância dos valores orgânicos. (2005, p. 172).

No entanto, como afirma José Afonso da Silva, dada a complexidade do tema, talvez o melhor não seja definir o que seria a vida, mas traçar considerações acerca de seus elementos relevantes:

Não tentaremos 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. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse *ser* que é objeto de direito fundamental. *Vida*, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), 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 que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (2002, p. 196).

Assim, a temática do início da vida suscita a própria discussão acerca de assuntos ainda polêmicos na sociedade moderna, confrontando ciência e religião, enquanto o progresso científico desafia a moral e a ética ao apontar para procedimentos e técnicas como a reprodução assistida, obtenção de células-tronco a partir de embriões, e intervenções genéticas em nível embrionário, como a clonagem reprodutiva e terapêutica, por exemplo.

Como questiona Silva:

Quando se inicia a vida humana? A resposta a esta questão representa mesmo um divisor de águas quando se analisa a eticidade e a juridicidade de diversas técnicas disponibilizadas pela ciência. Isso porque o início da vida humana freqüentemente é identificado com o momento a partir do qual o direito à vida, previsto na Constituição Federal, precisa ser respeitado e preservado. Assim, a própria licitude de algumas técnicas passa pela definição de quando se considera iniciada a vida humana. Conforme se eleja um ou outro critério para determinação do início da vida, diferentes serão as conclusões com relação à possibilidade jurídica e à eticidade da aplicação daquelas técnicas. (2005, p. 172).

Por hora cabe analisar um aspecto intrínseco à questão em tela, qual seja, a eticidade daquelas modernas pesquisas e técnicas científicas que envolvem desde a produção de embriões *in vitro* à análise e manipulação do genoma humano, por exemplo, adentrando, assim, à esfera da bioética e do biodireito.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO

O século XX trouxe à humanidade dimensões da natureza e da própria vida social inimagináveis para a modernidade tecnológica inaugurada com a Revolução Industrial. De fato, a tecnologia – no sentido da descoberta e emprego de técnicas e instrumentos de manipulação da natureza – vem desenvolvendo-se *separi passu* com o próprio desenvolvimento da sociedade.

Traçando a intrínseca relação entre bioética e biodireito, a professora Maria Helena Diniz expressa:

Como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, *obiodireito*, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar os crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade (2001, p. 08).

A questão do biodireito traz à tona o debate acerca do papel do Estado em relação à proteção da vida – no sentido do artigo 5º, *caput* – e da saúde humana. Tratando de direitos humanos, vem à tona a colocação do biodireito, entendido enquanto os “novos direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética” neste rol de direitos da pessoa humana, inseridos por Antônio Carlos Wolkmer^[1] no rol dos direitos humanos de quarta dimensão (WOLKMER *apud* CORRÊA; CONRADO, 2007, p. 91).

Tomando o direito à vida pelo objeto primordial do direito, José Afonso da Silva traz duas considerações que nos remetem ao início da vida, ao afirmar que “todo ser dotado de vida é *indivíduo*, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser” (2002, p. 196). E ao tratar do direito à existência, explica: “é o direito de não ter o processo vital interrompido senão por morte espontânea e inevitável” (2002, p. 197). Tais questões nos remetem diretamente ao tema do início da vida, uma vez que este esbarra, justamente, na eticidade de se manipular células humanas para fins de reprodução, dividindo células somáticas, por exemplo, ou retirar material genético como células-tronco. De outro lado, o início da vida representa o início daquele processo vital que não pode ser interrompido, seja por técnicas científicas, seja pelo aborto, por exemplo.

3 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA

Na cultura ocidental há quatro teorias gerais que tentam explicar a origem da vida de modo geral, no sentido de humanidade:

1. a teoria criacionista, segundo a qual Deus teria criado a vida na Terra;

2. a teoria panspermista, sustentadora da tese de que a vida terrestre se origina de outros planetas;
3. a teoria abiogenista (da geração espontânea), para a qual a origem da vida é espontânea e provém da matéria inanimada; e, por fim,
4. a teoria auto-organizacionista, patrocinadora do entendimento de que o surgimento da vida decorre da auto-organização de compostos orgânicos simples em macromoléculas, formadoras das protocélulas primordiais. Essas teorias não são consensuais e motivam debates e embates ininterruptos.

Em alguns países há a adoção do termo blastocisto (células entre o quarto e quinto dia após a fecundação, mas antes da implantação no útero, que ocorre no sexto dia), mas as controvérsias existentes sobre esse tema devem-se ao fato do próprio blastocisto ser ou não considerado um ser humano. (PRANKE, 2004, p.33-38).

De forma sucinta há quatro correntes quanto ao início da vida humana:

- a) as que defendem que o início da vida começa com a fertilização;
- b) as que defendem que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero;
- c) as que defendem que o início da vida começa com o início da atividade cerebral e;
- d) as que defendem que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião.

Ressalta-se que os doutrinadores de direito penal tem utilizado a seguinte classificação, após a fertilização: ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), feto (após três meses).

Para o ordenamento jurídico é de vital importância que se defina de maneira clara e simples o início da vida humana, para determinar a partir de que momento essa nova entidade será considerada viva e terá personalidade jurídica, será tutelada pelo Direito, assim como se fez com o conceito de morte e deve ser pautado nas discussões bioéticas.

Já algumas teorias procuram estabelecer o momento exato da aquisição da personalidade pelo novo ser, uma afirmando que a aquisição da personalidade deve ser reconhecida de acordo com apenas duas grandes correntes; a partir do momento da concepção (teoria concepcionalista) e outra aceitando-a a partir da nidificação. Nesta última teoria somam-se todas aquelas que afirmam existir pessoa

humana após a formação da crista neural (início da formação do Sistema Nervoso Central) bem como a aceita pela legislação autóctone onde encontra-se afirmado que a personalidade é "adquirida com o nascer com vida" (teoria natalista).

Neste último aspecto é que se têm os enfoques bioéticos e do biodireito que aguçam na atualidade os interesses das organizações não governamentais (ONGs) denominadas "pró-vida" e, por sua vez causam mal-estar para o setor da biotecnologia. Verificam-se com grande facilidade estas afirmações quando se percebe na legislação alemã jurisprudências afirmando não ser o zigoto um "bem juridicamente protegido", o que, por conseguinte, permite a realização de experimentos biotecnológicos com os mesmos. O mesmo pode-se verificar nas legislações espanhola e inglesa, dentre outras, onde nos primeiros 14 dias após a fecundação "in vitro" os embriões podem ser alvo de experimentos, congelados por até cinco anos, descartados ou destruídos sempre que existam sinais de impossibilidade de implantação uterina dos mesmos.

O professor José Afonso da Silva cita o jurista Hélio Bicudo:

Sem dúvida, como salienta a professora Márcia Pimentel, PhD em genética humana, ela começa com a concepção, "pois, a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide, inicia-se uma nova vida, que não é aquela do pai ou da mãe, e sim a de um novo organismo que dita seu próprio desenvolvimento, sendo dependente do ambiente intra-uterino da mesma forma que somos dependentes do oxigênio para viver. Biologicamente, cada ser humano é um evento genético único, que não mais se repetirá. (BICUDO *apud* SILVA, 1988, p.428).

Para outros, o 6.º dia, quando as células passam do estado de totipotência para o de unipotência, deve ser considerado o início da vida humana, porque a partir deste momento sabe-se se será formada mais de uma pessoa (gêmeos) ou uma única pessoa. Para outros, todavia, o momento divisório entre ser ou não humano é o início da formação do sistema nervoso, ou seja, o início da vida cerebral, que o ocorre na 8.ª semana. Para outros, o marco é o surgimento do suco neural no 11.º dia.

4 O INÍCIO DA VIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A LEI DE BIOSSEGURANÇA / 2005, A ADIN E O STF

Em 2004 tivemos a discussão dos Fetos Anencefálicos, tratou-se de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, tendo como o Ministro Relator Marco Aurélio, foi adotada no dia 1 de Julho de 2004, decisão com efeito vinculante que todas as gestantes cujo feto é anencéfalo tem o direito de interromper a gravidez, tendo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) concordado com o entendimento do Ministro. Entretanto, o parecer do Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, foi pelo indeferimento do pleito.

In verbis, assim votou o Ministro Relator Marco Aurélio:

[...] Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. [...] No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. [...] Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo.[...].

[...] Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

No pleno do Supremo Tribunal Federal – STF, a liminar concedida pelo Ministro relator foi revogada por maioria.

Em se tratando de aborto foram concedidas liminares autorizando a interrupção de gravidez em casos de anencefalia no Brasil. No intuito de uniformizar tais decisões emanadas das Cortes Estaduais, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre a possibilidade de aborto de fetos com anencefalia. Assim é que a CNTS — Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde propôs uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com fundamento no artigo 1º da Lei 9.882/99, indicando como preceitos constitucionais ofendidos o artigo 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), artigo 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e artigos 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, bem como os artigos 124, 126 *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal, enquanto representativos de atos do Poder Público causadores da lesão. Isso porque os citados dispositivos do Código Penal proíbem que se pratique a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencéfalos.

Por conseguinte, a Confederação pediu ao Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, como sendo dispositivos impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo, diagnosticados por médico habilitado, de modo a permitir-se que a gestante possa submeter-se a tal tratamento terapêutico sem a necessidade de apresentação de prévia autorização judicial.

A Suprema Corte não se pronunciou definitivamente sobre o mérito da questão. Mas, por sete votos contra quatro, a Corte entendeu que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental constituiu-se, no caso concreto, e ainda que por via indireta, um meio tecnicamente adequado para apreciação da legalidade, ou não, da interrupção da gravidez em caso de anencefalia. Em 24 de março, começou a vigorar a Lei 11.105/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM's - e seus derivados.

A Lei 11.105/2005, mais conhecida como Nova Lei de Biossegurança, criou o CNBS — Conselho Nacional de Biossegurança, reestrutura a CTNBio — Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, além de fixar as bases da política nacional de

biossegurança. Como resultado de uma evolução legislativa que começou com a Lei 8.974/95 (a primeira Lei de Biossegurança), a Lei 11.105/05 traça os limites de atuação daqueles que pretendem trabalhar com organismos geneticamente modificados e seus derivados.

Assim, o artigo 1º da Lei 11.105/2005 enumera as atividades e/ou projetos cuja prática é permitida: toda a forma de liberação e/ou descarte de OGM's no meio ambiente, na forma de cultivo, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, armazenamento e consumo. A Lei de Biossegurança limita às pessoas jurídicas a prática de atividades envolvendo manipulação de organismos geneticamente modificados. Essas empresas, para a prática de engenharia genética, deverão requerer a CTNBio emissão de CQB (Certificado de Qualidade em Biossegurança).

No elenco das proibições, o artigo 6º da lei veda a prática das seguintes atividades, a saber: 1) implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual; 2) realização de "engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *"in vitro"* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas" em lei; 3) prática de "engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; 4) clonagem humana; 5) destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidade de registro e fiscalização, referidos no artigo 16º da lei; "6) liberação no meio ambiente de OGM's ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, no casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado"; 7)" a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologia genéticas de restrição do uso".

Com efeito, o artigo 5º da mencionada lei autoriza, "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..." Desse enunciado verifica-se que o legislador colocou dois elencos de condições para a realização de tais pesquisas: umas que impõem certas condições técnicas, e

outras exigindo o cumprimento de determinadas formalidades. No primeiro elenco as condições são as seguintes: 1) embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro*; 2) embriões inviáveis; ou 3) embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/05, ou que, já congelados na data da publicação da referida Lei, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento. No segundo, as exigências se limitam aos documentos necessários para a realização dos experimentos: (i) consentimento formal e escrito, dos genitores; (ii) apreciação e aprovação do projeto de pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e centros de saúde que se dedicam a tais pesquisas.

Diante disso a propositura da **ADI, de nº 3510**, que fundamentou-se no direito fundamental à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal deu início a uma aprovação da **Lei de Biossegurança/2005.**[\[2\]](#)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que para o ordenamento jurídico é de vital importância e, por conseguinte o momento em que essa nova vida terá personalidade jurídica. Entretanto, esse conceito deve ser mutável, ter a capacidade de evoluir e ser pautado em conceitos éticos e científicos.

Concluimos que em nosso texto constitucional consagra-se o direito à vida como um direito fundamental, assim como se estabelece ser a dignidade humana um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito Pátrio.

Mas no caso do tratamento de pessoas portadoras de doenças degenerativas por meio de estudos formulados com o emprego de células-tronco embrionárias, indicadas. Nesse ponto, deve-se utilizar o método de ponderação e valoração de princípios, mas não apenas de forma abstrata e sim visando a concretização do preceito constitucional por meio da proporcionalidade. Daí a dificuldade imposta em se decidir entre dois direitos à vida, o direito potencial do embrião, e o direito de preservar sua vida, dos pacientes em tratamento.

Ainda que potencialmente possa vir a se constituir em vida, não parece legítima a impossibilidade do uso de células-tronco de embriões com remotíssimas chances de sobrevivência, se colocada a serviço do tratamento de doenças degenerativas. A questão parece não se tratar de quando começa a vida, se na fecundação, mas também evitar sua banalização.

REFERÊNCIAS

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade, CONRADO, Marcelo. (Coord.). O embrião e seus direitos. In: _____ et all. **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 79-108.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo**. 4. ed. Rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. Rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. Questão das células-tronco embrionárias. In: **Folha de S. Paulo**. Tendências/Debates (Opinião), 21.03.2008, p. A3.

SILVA, Juliana Araújo Lemos da. **Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano**. Dissertação de mestrado. Franca: UNESP, 2005.

PRANKE, P. A. Importância de discutir o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. In: **Ciência e Cultura** (Núcleo Temático: Clonagem), Campinas: SBPC. 2004. pp.33-38.

[1] “Wolkmer prefere o termo “dimensão de direitos” em substituição ao termo “geração de direitos”, aceita pela maioria dos doutrinadores a partir da teoria de Bobbio” (CORRÊA e CONRADO, 2007, p. 91).

[2] A Lei de Biossegurança permite a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas por meio da destruição de embriões inviáveis para a gestação ou que estejam congelados a mais de três anos, em pesquisas científicas visando a regeneração de células mortas.