

Da Possibilidade do Uso de Células-Tronco Embrionárias em Período de Descarte: o Conflito Entre o Direito à Vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*

The Possibility of Using the Embryonic Stem Cells on the Discard Period: the Conflict Between the Right to Life and the Principle of Human Dignity

João Carlos Leal Júnior¹; Renata Mayumi Sanomya²; Valkíria A. Lopes Ferraro³

Resumo

Este trabalho tem por escopo discutir a possibilidade do uso de células-tronco embrionárias humanas em período de descarte para fins de pesquisas e terapias. Ele traz apontamentos básicos acerca dos direitos da personalidade, e ingressa nas características e aspectos basilares da referida categoria jurídica. Aborda o direito à vida e a posição de destaque que detém no ordenamento jurídico pátrio e em domínio internacional. Aprofunda o último tema ao ingressar no imperativo constitucional de realização de vida digna de todos os seres humanos. Elucida a problemática do uso de células-tronco, esclarecendo características e espécies existentes, analisando o diploma legal respeitante à matéria, a Lei de Biossegurança, e o julgamento, pela Suprema Corte brasileira, da ação direta de inconstitucionalidade que atacou o artigo 5º da aludida lei, dispositivo que disciplina a matéria que ora se discute neste trabalho. Aclara, finalmente, o conflito existente entre os valores vida e dignidade da pessoa humana, chegando, então, ao que deve se sobrepor ao outro.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Lei de biossegurança. Vida. Dignidade da pessoa humana. Células-tronco excedentárias.

Abstract

Its purpose is to talk about the possibility of using human embryonic stem cells in the rejection period for research and therapies reasons. It deals with basic notes concerning the personality rights, incorporating the basic characteristics and aspects of the reported legal category. It addresses the right to life and the relevant position it has in the Brazilian and international legal system. It deepens the last theme as it incorporates the constitutional imperative of a worthy life accomplishment of all human beings. It elucidates the problematic concerning the use of stem cells, explaining the characteristics and existing species, analyzing the legal diploma concerning this matter, the Biosafety Law and the judgment, by the Brazilian Supreme Court, of the Inconstitutionality Direct Action that was against the 5th article of the mentioned law, a device that disciplines the matter under discussion in this work. Finally, it clarifies the conflict that exists between the values life and human dignity, deciding on which one should overlap the other.

Key-words: Personality rights. Biosafety law. Life. Human dignity. Surplus embryos for stem cells research.

*Trabalho resultante de projeto de pesquisa da Universidade Estadual de Londrina intitulado “Biotecnologia e Direito: a possibilidade jurídica da utilização de células embrionárias em período de descarte sob o prisma da lei de biossegurança”.

¹ Discente e pesquisador da Universidade Estadual de Londrina; estagiário do Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Londrina - PR. Iniciação Científica/UEL. Email: joacarloslealjunior@hotmail.com

² Discente e pesquisadora da Universidade Estadual de Londrina.

³ Mestra em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora-associada e docente do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

Introdução

Tratando de um tema de inegáveis atualidade e relevância no contexto pátrio hodierno, o presente trabalho diz respeito à possibilidade de utilização de células-tronco humanas embrionárias em período de descarte para fins de pesquisas em busca da cura das mais diversas patologias que acometem o ser humano.

A temática foi deveras discutida pelos mais variados segmentos da sociedade, especialmente em decorrência do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade proposta frente ao artigo 5º da Lei nº 11.101/2005, denominada lei de biossegurança, que trata do assunto aqui acenado.

No primeiro momento, são feitas, ainda que de forma breve, considerações acerca dos ditos direitos da personalidade. Esclarece-se o que é a personalidade, e citam-se os direitos que dela decorrem, bem como a natureza jurídica dos mesmos e a relevância detida na ordem jurídica pátria. Demais disso, ingressa nas características e aspectos primordiais desta especial categoria de direitos.

Posteriormente, discute-se brevemente o direito à vida e a posição de suprema preeminência que detém tanto na conjuntura brasileira como na seara internacional.

No terceiro capítulo, é tratado o direito à vida digna, e aprofunda-se o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, arrimo maior da atual Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente por essa razão alcunhada de Constituição cidadã. Traz-se, para tanto, breve noção acerca de princípio, bem como sobre os direitos fundamentais da pessoa humana.

O quarto capítulo discute a problemática da possibilidade da utilização das células-tronco humanas excedentárias, e expõe os conceitos básicos das mesmas, assim como sua utilidade e a proficuidade de seu uso em terapias para tratamento de certas patologias. Analisa-se a nova

lei de biossegurança, promulgada no ano de 2005 e a objurgação ao artigo 5º da mesma, sofrida por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Observa-se, outrossim, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da referida ação.

Finalmente, no quinto e derradeiro capítulo do feito em exame, disserta-se acerca do conflito existente entre os valores vida e dignidade. Observa-se, inicialmente, a tensão entes eles; em seguida, a utilização do princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre princípios fundamentais, com especial enfoque em sua origem, contornos conceituais e aspectos fundamentais. Também se apresenta o modo de emprego do princípio em comento nas referidas situações, e conclui-se com a determinação do valor sobressalente.

Breves Considerações Acerca dos Direitos da Personalidade

Os denominados direitos da personalidade são de elevada proeminência no que tange à existência digna dos indivíduos, porque esses direitos, juntamente com as garantias constitucionais respectivas, ressaltam seus valores fundamentais. Dessa forma, impende, inicialmente, esclarecer o que se denomina de personalidade.

Preconiza Goffredo Telles Júnior (apud DINIZ, 2005) que a personalidade é formada pelo conjunto de caracteres próprios da pessoa humana, advindo, o termo em apreço, do latim *personalitas*, que significa o conjunto de elementos que se mostram intrínsecos à pessoa e formam um indivíduo singular, morfológica, fisiológica e psicologicamente diferenciado de qualquer outro (SILVA, 2005).

Esse vocábulo opõe-se, então, à noção de generalidade, trazendo consigo o senso de individualidade e exprimindo as qualidades da pessoa em questão. A acepção esposada, vinculada à terminologia em sentido leigo, é a mesma utilizada nos quadrantes do Direito. Por meio

da personalidade, exprime-se o caráter próprio e designa-se a vida com independência e autonomia (SILVA, 2005).

A denominada personalidade civil exprime, tecnicamente, a qualidade legalmente protegida da pessoa, natural ou jurídica, a fim de que lhe sejam atribuídos direitos e obrigações, decorrendo da existência natural ou jurídica. Revela-se, dessarte, na suscetibilidade de direitos e de obrigações ou na aptidão legal de ser sujeito de direitos (SILVA, 2005).

É oportuno lembrar que todo ser humano é pessoa em acepção jurídica (VENOSA, 2003), mas que, por outro lado, não só humanos enquadram-se no conceito de pessoa, já que o Direito concede personalidade às organizações denominadas *peçoas jurídicas*.

Distingue-se a personalidade da denominada capacidade, sendo esta a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conglomerado destes poderes constitui a personalidade, que, concretizando-se em um ente, forma a pessoa. Logo, capacidade é elemento da personalidade, e confere limite a ela, como pontua Venosa (2003).

A personalidade civil, portanto, assegura à pessoa o direito de ter uma existência jurídica própria, individualizada. A partir deste momento, seguindo a linha de estudo objetivada por este trabalho, tratar-se-á a personalidade apenas da pessoa humana, deixando-se de lado a personalidade das pessoas jurídicas.

Assim, tal atributo, conforme pontificado no artigo 2º do Código Civil brasileiro, exsurge do nascimento do ser humano com vida, ainda que a lei ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do ser em formação, denominado de nascituro. É deveras importante deixar averbado o momento em que se inicia a personalidade civil, como se verá no decorrer do estudo em exame.

Como é de fácil inferência, a existência de

personalidade atribui a seu detentor inevitavelmente uma gama de direitos, os ditos direitos da personalidade. Esses seriam direitos subjetivos pessoais idôneos a defender o que lhe é próprio, como a vida, a honra, a imagem e a privacidade. São, naturalmente, inatos, absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, indisponíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, extrapatrimoniais e vitalícios (DINIZ, 2005).

São tutelados pela Constituição em cláusula pétreia e jamais se extinguem pelo não uso, razão pela qual Maria Helena Diniz (2005) considera ser a ação de indenização por dano moral, isto é, atentado a direito personalíssimo, imprescritível. Em âmbito infraconstitucional, são disciplinados pelo Código Civil vigente no Capítulo II do Título I do Livro *Das Pessoas* da Parte Geral, tendo merecido abordagem em onze artigos, quais sejam, do 11 ao 21.

Na linha preconizada pela doutrina moderna, os direitos da personalidade são “atributos de todas as pessoas” (CALDAS, 1997, p. 2) pelo simples fato de serem pessoas (*jus in se ipsa*). Por esse motivo, a personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligada, conforme escolia o emérito Caio Mário da Silva Pereira (1990). É possível, então, asseverar que a classe de direitos em comento tem a função de assegurar ao indivíduo a defesa do que lhe é próprio.

Em análise histórica, sabe-se que surgiram com a doutrina preconizada pela Escola de Direito Natural e observa-se que a Alemanha, em 1900, foi o primeiro país a citar os direitos da personalidade em seu diploma civil. No que concerne ao direito pátrio, somente no ano de 1940, com a elaboração do Código Penal, foi conferida tutela aos direitos da personalidade, mediante a tipificação de condutas que agredissem a categoria ora em apreço.

Logo, vislumbra-se que, a partir desta novel dimensão atribuída ao ser humano, fulcrada em valores que lhe são inatos e indissociáveis, tais como, a título ilustrativo, a liberdade e a honra, operou-se uma verdadeira revolução na perspectiva

da proteção jurídica ao homem, como ensina Severo (1996).

Consideram-se como da personalidade os direitos “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade” (BITTAR, 1994, p. 201), com previsão jurídica exatamente para a defesa de valores inerentes ao homem, tais como a vida, a intimidade, a higidez física e a intelectualidade, dentre outros tantos.

Contemporaneamente, os diplomas legislativos, tanto internos quanto transnacionais (tais como tratados, acordos e convenções entre países), estão voltados especialmente para proteger o ser humano da maior forma possível, a fim de que o mesmo atinja o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Fachin (1999) indica que, em um momento preambular, foi preciso proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal, momento em que foi construída a teoria dos direitos da personalidade, no caso, como resposta à tirania do Estado contra o homem.

Somente em momento ulterior, teve-se por objetivo proteger os direitos da personalidade com relação às agressões perpetradas por particulares.

O legislador brasileiro, seguindo a linha herdada do Código Civil francês, por muito tempo preocupou-se com os bens avaliáveis financeiramente, vale dizer, com o patrimônio, deixando de lado os bens imanentes à condição de ser humano. Gerou por muito tempo, todavia, grande controvérsia em razão de qual seria o objeto do mesmos.

Amarante (1994) esclarece que na chamada teoria pluralista dos direitos da personalidade - que, para a mesma, é a encarada como mais convincente -, o objeto desses direitos não se situa exteriormente ao indivíduo, ao contrário de tantos outros direitos, consistindo nos modos de ser físico ou moral da pessoa e não devendo ser desconhecida pelo Direito.

Afirma Diniz (2005), com razão, que os direitos em tela são indispensáveis a existência digna do ser humano. O reconhecimento e o respeito aos

mesmos são imprescindíveis para que se realizem as prescrições constitucionais, uma vez que o atual diploma magno brasileiro averba, em seu artigo 1º, caput e inciso III, que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, mais que a vida, é direito natural e irrevogável do ser humano ter uma vida com dignidade; e, como aponta a doutrina, “os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana” (VENOSA, 2003, p. 152).

Quanto às espécies do gênero jurídico em exame, pode-se mencionar o direito à vida, à liberdade, à honra, à integridade física e moral, à vida privada, ao próprio corpo, às partes do corpo, ao nome a que cada indivíduo faz jus, à intimidade e à imagem. Acertadamente, Silvio de Salvo Venosa (2003) assevera não ser possível esgotar o elenco em tela.

Assegurados constitucionalmente no artigo 5º da lei maior, em seu *caput* e no decorrer de seus incisos, além da proteção legal conferida pelo Código Civil anteriormente aventada, os direitos da personalidade integram a categoria de direitos fundamentais, sendo vedada, dessa forma, sua supressão ou limitação, por tratar-se de cláusula pétrea, consoante consignado alhures.

Dessa forma, deixando assente que a dignidade humana recebeu proteção constitucional irrevogável, será analisado a seguir a principal manifestação – e mais importante – dos direitos personalíssimos, qual seja, o direito à vida digna.

O Direito à Vida

O primeiro impulso de qualquer ser humano é o instinto de conservação e de sobrevivência. Assim, desde o momento em que a pessoa nasce, ela já tem consigo esta tendência de se conservar viva, do que se verifica que o amor à própria vida é o primeiro princípio que se manifesta no homem (ASSIS; POZZOLLI, 2005). Referida inclinação natural - de se conservar vivo - implica o direito básico de

proteção à vida.

A partir disso, pode-se afirmar que as primeiras inclinações permitem o conhecimento dos princípios fundamentais que constituem a base para a sabedoria (ciência), posto que isso permite ao homem evoluir e manter-se vivo.

O direito à vida é contemplado na Constituição Federal, no *caput*⁴ do primeiro artigo insculpido no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (artigo 5º), sendo reputado como o mais fundamental dos direitos, vez que é dele que derivam todos os demais. É regido pelos princípios constitucionais da inviolabilidade e irrenunciabilidade, vale dizer, o direito à vida não pode ser desrespeitado, sob pena de responsabilização criminal; tampouco pode o indivíduo renunciar a esse direito e almejar ou autorizar sua morte.

Conforme o insigne Alexandre Moraes (2000, p. 320), “o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como o direito de liberdade que inclua o direito à própria morte”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu artigo III que “toda pessoa tem direito à vida”. No mesmo diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu sexto artigo, descreve que “o direito à vida é inerente à pessoa humana”; e esse “deverá ser protegido pela lei”, ninguém podendo “ser arbitrariamente privado de sua vida.”

Observa-se, diante disso, que, além da Carta Magna pátria, documentos internacionais de suma proeminência dão especial proteção à vida, o direito maior a ser protegido em favor do ser humano, sendo que o fator vida é que dá origem à estudada personalidade, e de que, ao mesmo tempo, decorrem os direitos dela inerentes.

Constitucionalmente, o homem tem direito à vida e não sobre a vida. O Estado tem o dever de

assegurar o direito a ela; e isso não consiste somente em manter o ser humano vivo, mas, sim, conceder a ele uma vida digna quanto à existência.

Moraes (2000, p. 804) afirma, ademais, que o “Estado deverá garantir esse direito a um nível adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

A ordem jurídica respeita e protege, assim, o bem supremo que é a vida humana em todas as etapas em que se manifesta.

A vida não é uma concessão jurídico-estatal e, inclusive, o direito a ela transcende ao da pessoa sobre si mesma, já que tal não vive só para si, mas também para a sociedade.

Sendo a vida, como afirmado, o bem maior, o direito a ela é consagrado como alicerce do Estado Democrático de Direito e fundamento da República Federativa do Brasil⁵.

O reconhecimento da inalienabilidade do direito à vida e sua valorização como bem jurídico mais relevante afigura-se dos mais importantes alcances da razão. A previsão constitucional não pode ser analisada separadamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta a missão fundamental da Justiça: proteger a vida e a dignidade da pessoa nascida, com seus direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, devendo tais ser preservados.

Afirmar que o direito à vida possa ser desrespeitado, salvo no que tange à exceção contida na própria lei fundamental, na alínea a do inciso XLVII de seu artigo 5º, implica ofensa sobeja ao sistema jurídico.

A prioridade que o legislador constitucional de 1988 imprimiu ao direito à vida é notória, colocando

⁴ 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 [...]”

⁵ Conforme reza o texto constitucional.

este direito à frente de outros; a mens legislatoris requer que a vida humana seja considerada ponto central e equidistante em relação aos demais direitos. É a coluna cervical do arcabouço jurídico, de onde emanam todos os demais direitos.

José Afonso da Silva (1998) esclarece que a vida humana compõe-se de elementos materiais - físicos e psíquicos - e imateriais - espirituais. Alega que ela constitui a fonte primária de todos os demais bens jurídicos.

Assevera o autor, ainda, que de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a intimidade, a liberdade e a igualdade, se não erigisse a vida humana em um desses direitos. No conteúdo de seu conceito, envolvem-se o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, à integridade físico-corporal, à integridade moral e, especialmente, o direito à existência (SILVA, 1998).

A Constituição veda a agressão à vida humana de modo incondicional, sem distinção entre a vida sadia ou doente, ocorrendo, assim, uma coerência lógica e axiológica, significando que o direito à vida deve ser priorizado, em todos os sentidos.

Os excertos colacionados autorizam a conclusão segundo a qual a dignidade da pessoa humana surge, por conseguinte, como núcleo essencial dos direitos fundamentais, fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática a todo o sistema. Dessa forma, ao prescrever o direito à vida como direito fundamental, quis o texto constitucional garantir, na verdade, muito mais, pois pouca importância terá ela se não vier preservada de maneira digna.

Tendo por assente estas primeiras considerações, passa-se, a seguir, a analisar a vida sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Do Direito à Vida Digna: a Consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pela Constituição de 1988

A Carta Magna de 1988 é reputada um “marco jurídico da transição ao regime democrático”, haja vista que “alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, estando dentre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”, conforme se abstrai dos ensinamentos de Flávia Piovesan (1997, p. 57).

Observa-se que um dos fundamentos que alicerça o Estado Democrático de Direito brasileiro é a dignidade da pessoa humana, diante da inserção no inciso III do artigo 1º da Constituição da República.

Conforme leciona Jorge Miranda (apud PIOVESAN, 1997, p. 58), a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

O texto constitucional pátrio demonstra claramente sua intenção de efetivar a busca pela dignidade da pessoa humana bem como sua tutela, uma vez que, dos dispositivos nele inseridos, depreende-se sua preocupação em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar humano, como imperativo de justiça social (PIOVESAN, 1997, p. 59).

A ordem constitucional, dessarte, tem como critério e parâmetro orientador o valor da dignidade humana, considerado o núcleo básico e informador de todo sistema jurídico brasileiro. Neste diapasão, a Carta Magna de 1988 elegera o valor da dignidade da pessoa humana como essencial para a vida em sociedade.

O valor da dignidade, portanto, bem assim o dos direitos e garantias fundamentais, que, aliás, dela emanam e ao mesmo tempo buscam protegê-la, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Importa, então, esclarecer o conteúdo da expressão em tela. Entende-se a mesma como um “valor que transcende ao patrimonial, um conceito que carrega, de forma ínsita, a reivindicação de que todos manifestem respeito pelo indivíduo” (TOMASZEWSKI, 2006, p. 5). Com a consagração constitucional, foi afastada a predominância do Estado sobre o cidadão que até então reinara, passando a ser resguardadas, assim, as liberdades individuais.

Este fundamento da República brasileira constitui-se em princípio, sendo que elementos desta estirpe equivalem à pedra angular de determinado sistema. Os princípios jurídicos, especialmente os consagrados por carta constitucional, por sua grande generalidade, ocupam “posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito” (CARRAZA, 2007, p. 39). Por esse motivo, vinculam, de modo inafastável, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. São tidos como o conjunto de “preceitos que se fixaram para servir de norma à toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica” (SILVA, 1967, p. 1220).

Princípios são, pois, normas, como o são as regras, mas que ocupam um plano superior. Dentre os princípios constitucionais, há a subespécie dos princípios-garantia, que são normas de direitos fundamentais que têm por escopo, de forma direta e imediata, instituir garantias aos cidadãos⁶. Afirma-se, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana pertence a essa categoria, juntamente com aqueles que dela emanam e que a ela buscam proteger, citando-se, a título de exemplo, a liberdade, a honra, a isonomia e a liberdade de expressão, todos integrantes do artigo 5º da Constituição. Por essa

razão, são dotados de regime jurídico diferenciado: o dos direitos e garantias fundamentais. Como efeitos disso decorrentes, têm-se, *verbi gratia*, a aplicação imediata das normas que os definem e a impossibilidade de supressão ou limitação das mesmas.

Mostra-se curial averbar que o reconhecimento de direitos fundamentais do ser humano em diplomas escritos constitui algo relativamente recente, ainda que aqueles componham elementos inerentes à condição humana. Neste contexto, são tidos como marcos fundamentais, inicialmente⁷, a elaboração da Magna Carta inglesa de 1215 e o *Bill of Rights*, de 1688.

Em um segundo momento, caracterizado pela influência da doutrina iluminista, por meio, especialmente, de Rosseau, Locke e Montesquieu, tem-se a promulgação da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia⁸, a inserção, através de emendas, na Constituição pátria, da declaração norte-americana de direitos, e, finalmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Anteriormente a esses marcos de positivação, a existência de direitos humanos essenciais e inatos já vinha sendo reconhecida desde a Antiguidade, época em que a religião e a filosofia inspiraram o surgimento da corrente doutrinária jusnaturalista (SARLET, 2002).

Com o surgimento do Cristianismo, ressaltaram-se as teses da unidade da Humanidade e da isonomia de todos os seres humanos no que concerne à dignidade. O homem passava a ser visto, então, como ser digno; isso pelo simples fato de pertencer à espécie humana, independentemente de qualquer outra circunstância, derivando disso sua titularidade

⁶ Como exemplo, o princípio do juiz natural, o do devido processo legal e o da razoável duração do processo, a ser esmiuçado no quinto capítulo.

⁷ Além da *Petition of Rights*, de 1628, e o *Habeas Corpus Act*, de 1679.

⁸ A promulgação, em 1776, da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia é tida como o ponto de transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os fundamentais constitucionais. O documento foi usado como fonte de inspiração para as declarações das demais colônias anglo-americanas, tais como as de Pensilvânia, Carolina do Norte e New Hampshire, refletindo, finalmente, na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição americana.

a direitos mínimos (SARLET, 2002).

A trajetória atravessada pelos direitos fundamentais, teve por início a fundamentação no Direito Natural, seguindo para um momento de positividade, em que se exaltou a individualidade, e desembocando, atualmente, na normatização protetiva de caráter evidentemente global.

Gomes Canotilho (2003) conceitua direitos fundamentais como aqueles positivamente vigentes em dada ordem constitucional, incorporados pelo sistema jurídico dos direitos considerados naturais e inalienáveis dos indivíduos.

Silva (1998, p. 182-183) os considera prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de uma digna, livre e isonômica convivência de todas as pessoas, “situações jurídicas, objetivas e subjetivas”, definidas no direito positivo, “em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. Podem, desta feita, ser considerados como categoria jurídica instituída com o fito de proteger a dignidade humana em todas as dimensões (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR apud LEAL JÚNIOR et al., 2007).

Com a consagração desta categoria de direitos, então, buscou-se a efetivação da dignidade da pessoa humana. Alexandre de Moraes (2002, p. 50), nesta esteira, assevera ser a dignidade um valor espiritual e moral intrínseco à pessoa, que se manifesta singularmente na “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”.

Acrescenta o autor que somente de forma excepcional pode haver limitações ao exercício dos direitos fundamentais, os quais têm por desiderato garantir a mencionada dignidade, embora sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2002).

Retomando os apontamentos quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, é mister fazer

alusão ao escólio de José Afonso da Silva (1990, p. 93), que aduz ser ela

um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [...] o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais.

Diante do posicionamento supramencionado, então, percebe-se que não só os direitos e garantias individuais, que são os constantes do artigo 5º da lei fundamental, encontram-se imbricados com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também os direitos sociais e suas garantias, todos expressos nos artigos 6º a 11 do mesmo diploma. O mesmo se diga dos direitos metaindividuais, como, por exemplo, o direito a um meio ambiente hígido.

Com isso, é forçoso concluir que, muito mais que o valor *vida*, a Constituição de 1988, garante, de forma *expressa e indubitável*, uma *vida digna* a todo ser humano. Isso é o que é *determinado* pelo inciso III de seu artigo 1º bem como por inúmeros dispositivos contidos em seu bojo, tais como os ventilados artigos 5º a 11. Ou seja, não basta garantir a vida do ser humano. Imprescindível é a efetivação de *vida digna*.

Sem embargo da tutela constitucional, importa lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento aprovado pela Organização das Nações Unidas, revela a todo o tempo ser imperioso o respeito à vida digna dos seres humanos. Em sua parte inicial, assinala-se “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, sendo isso “o fundamento da liberdade, da justiça e

da paz no mundo.”

O artigo III do mesmo diploma dispõe que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

O direito à vida digna integra os direitos da personalidade, que são poderes que a pessoa exerce sobre si mesma, tendo por objeto a própria pessoa, seus atributos físicos e morais. A integridade física é um direito individual que consiste no imperativo de ter respeitado seu corpo de maneira ampla e contra tudo que possa feri-lo ou diminuir-lhe a saúde.

O direito fundamental ao próprio corpo impõe os limites admissíveis de interferência no corpo humano em todas as etapas e dimensões da vida humana; já a liberdade de consciência, que se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente, está intimamente ligada às liberdades de expressão e de pensamento.

Tendo por assentes as considerações feitas neste capítulo, consigna-se que o mote do presente trabalho é, diante deste imperativo constante do inciso III do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, corroborado pelos direitos e garantias fundamentais, ressaltar ser *constitucionalmente* garantido o direito à uma vida *digna* e com *saúde*, vale dizer, o direito a tratamentos de saúde que garantam, tanto quanto possível, uma vida com *dignidade* em sua forma mais ampla possível, não bastando, portanto, o mero direito à vida, sendo, então, essencial a dignidade em sua realização.

Da Utilização de Células Embrionárias em Período de Descarte

Neste momento, serão abordados os conceitos básicos acerca das células embrionárias em período de descarte, bem como das utilidades e proficuidades de sua utilização em terapias para tratamento de certas patologias. Analisar-se-á, ainda, a nova lei de biossegurança, promulgada no ano de 2005, bem como o ataque ao artigo 5º da mesma, sofrido por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade,

dispositivo esse relativo à aludida utilização de células-tronco embrionárias.

Finalmente, será observado o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da referida ação, realizado no princípio do ano de 2008.

Conceitos Basilares

As células-tronco são elementos primários encontrados em todos os organismos multicelulares que, devido à sua plasticidade, retêm a habilidade de se renovar por meio da divisão celular mitótica, podendo diferenciar-se em uma vasta gama de tipos de células especializadas e fazer cópias de si mesmas (ZATZ, 2004). As pesquisas no campo das células-tronco humanas expandiram-se após os estudos realizados pelos canadenses Ernest McCulloch e James Till na década de 1960.

Assim, as células-tronco são células primitivas que dão origem a outros tipos celulares. Possuem capacidade de auto-replicação, ou seja, de gerar uma cópia *idêntica* a si mesma, e potencial de se diferenciarem em células outras, formando, então, tecidos celulares (KRELL, 2006).

A primeira característica que as diferencia das demais é o fato de que são células *não-especializadas*, vale dizer, grosso modo, são células-base, primeiras, sem qualquer especialização, o que as difere das demais células humanas, já que cada uma tem suas especialidades e habilidades próprias. Disso decorre a característica de terem o que se denomina de potência, podendo se especializar, transformando-se em outra célula humana. São capazes de se renovar, replicando-se a todo tempo por meio de divisão celular. Sob certas condições fisiológicas e experimentais, dessarte, podem ser induzidas a tornarem-se unidades com funções especiais, tais como, *ad exemplum*, células contráteis do músculo cardíaco.

No que tange aos tipos de células-tronco, há possibilidade de se distinguirem em quatro, isso

de acordo com a sua capacidade de diferenciação (ZATZ, 2004):

a) células-tronco totipotentes: é o óvulo fecundado ou as células originárias das primeiras divisões do embrião até o quarto dia após a concepção, quando o complexo celular possui de dezesseis a trinta e duas células. As células-tronco totipotentes são as únicas que permitem a formação de um indivíduo completo.

Etimologicamente, totipotente significa “poder tudo”, o que indica que células desta espécie detêm a capacidade de se diferenciarem em quaisquer tipos celulares do organismo humano.

b) células-tronco pluripotentes: são as células que, muito embora não possam formar um organismo inteiro, possuem a capacidade de se diferenciar em células de todos os tecidos do corpo humano.

Constituem as células interiores do embrião no estágio denominado blastocisto, o qual se dá a partir do quinto dia da concepção, contendo de trinta e duas a sessenta e quatro células, sendo seus elementos celulares externos do blastocisto destinados à formação da placenta e de membranas embrionárias.

c) células-tronco multipotentes: são aquelas indiferenciadas que integram um órgão ou tecido e que conseguem se diferenciar em células de qualquer destes que componha. Ou seja, já são direcionadas a formar uma determinada linhagem celular.

Exemplos desta espécie são as células hematopoiéticas da medula óssea, as quais podem gerar tanto glóbulos vermelhos, glóbulos brancos e plaquetas; porém, não têm capacidade de gerar células de outras linhagens, como as do tecido nervoso, *exempli gratia*.

d) células-tronco unipotentes: são as que podem gerar apenas um tipo celular específico, o qual é da mesma natureza de seu tecido, necessariamente.

Exemplo comum são as células da pele. Também o são as do fígado, da mucosa intestinal e do testículo. Servem estas células de base de renovação de seu tecido após o sofrimento de injúria. A propriedade de auto-renovação é o que as diferencia das que não são células-tronco.

As células-tronco ainda podem ser classificadas, de acordo com a sua origem, em embrionárias, fetais ou adultas, o que se analisará a seguir:

a) células-tronco embrionárias: são as presentes na massa celular interna do embrião até o estágio de blastocisto.

Para a sua obtenção, é necessária a destruição do embrião, que pode ser obtido a partir de embriões supranumerários congelados com o propósito de fecundação, bem como mediante clonagem. As referidas células, desde que cultivadas em condições determinadas, podem se diferenciar em qualquer tipo celular do corpo humano, o que deduz a idéia de se usar a terapia celular para o tratamento de variadas doenças degenerativas até então incuráveis.

b) células-tronco fetais: são as originadas de um feto proveniente da interrupção voluntária da gravidez. São multipotentes, isto é, já são orientadas a formar uma certa linhagem celular.

c) células-tronco adultas: células indiferenciadas que se situam na maior parte dos tecidos adultos. São a base da renovação natural dos tecidos, servindo também para o reparo tissular⁹ após uma lesão. São multipotentes, vale dizer, capazes de originar linhas celulares de um único tecido.

Apesar do nome, podem ser encontradas não somente em adultos, mas também em crianças e mesmo no cordão umbilical. O sangue do cordão umbilical as contém, e elas podem ser isoladas, armazenadas e transfundidas ao paciente em caso de necessidade, evitando-se, assim, um transplante de medula óssea e eliminando o risco de rejeição. Baseado nesta idéia, têm se multiplicado,

⁹ Adjetivo relativo a tecido orgânico. Ou seja, reparo tissular equivale a reparo de tecido.

hodiernamente, os bancos de sangue de cordão umbilical.

Aplicações da Terapia Celular com Células-Tronco

A terapia celular consiste na utilização de células-tronco adultas na regeneração de órgãos e tecidos doentes. Estudos atuais têm evidenciado proficuidades no tratamento de doenças cardíacas e da medula óssea. Ademais, pesquisas em andamento miram a utilização de tais células no tratamento de patologias tais como os males de Alzheimer e Parkinson, a *Diabetes Mellitus* e a osteoartrite ou artrose, e os resultados têm se revelado deveras produtivos (ZATZ, 2004).

Tem se buscado, por meio de uso desta espécie celular, a reposição de células hepáticas em caso de cirrose, ou até mesmo o fígado todo, quando necessário, o que não raras vezes ocorre em caso de câncer no fígado. Nesta hipótese, ainda que haja cura, pode ocorrer lesão ao tecido hepático em razão do uso da quimioterapia.

Outras pesquisas com células-tronco têm sido realizadas na busca da cura de doenças e reconstrução de tecidos e órgãos, a saber: para o crescimento de um novo tecido pulmonar, no caso de pneumopatias crônicas, como o enfisema pulmonar; para reposição do tecido isquêmico com células cardíacas saudáveis e para o crescimento de novos vasos; para repopular as células do sangue e do sistema imune, ajudando o organismo a combater doenças autoimunes, para repopular o osso com células novas e fortes, na osteoporose, ou para ajudar o organismo a formar uma nova cartilagem, no caso de osteoartrite (ZATZ, 2004).

Igualmente, células-tronco poderiam, em tese, ser utilizadas para repor as células, tecidos ou mesmo o rim inteiro, quando exigido; para repor as células da retina, no caso de amaurose; para infundir o pâncreas com novas células produtoras de insulina; para geração do novo tecido neural ao longo da medula espinal e corpo na esclerose lateral

amiotrófica; no supramencionado mal de Parkinson (ZATZ, 2004), para reposição de células cerebrais produtoras de dopamina.

Menciona-se, outrossim, o uso para reposição de tecido muscular, possivelmente carreando genes que promovam a cura; para reposição das células neurais da medula espinal no caso de paralisias por danos na mesma (ZATZ, 2004).

Insta ressaltar, por oportuno, que o grupo da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) na Bahia vem fazendo testes com injeção intracoronariana de células-tronco adultas extraídas da medula óssea do próprio paciente. Os resultados mostram melhora na qualidade de vida e na capacidade funcional dos pacientes, e não foram demonstrados efeitos colaterais significativos relacionados a este procedimento.

As células-tronco de seres humanos utilizadas para pesquisas são as embrionárias (totipotentes) e adultas ou somáticas (pluripotentes), cujas funções e características são diferentes. As embrionárias, consoante já salientado, e como o próprio termo já denota, derivam de embriões, que se desenvolvem a partir de óvulos fertilizados *in vitro* doados, de forma consentida, para fins de pesquisa. Esses embriões têm quatro a cinco dias de idade e formam a aludida estrutura denominada blastocisto.

De toda sorte, não há ainda confirmação de todo este poder curativo atribuído às células-tronco, já que só em determinados casos foram aferidos os resultados esperados. As pesquisas ainda serão árduas e certamente levarão tempo razoável até novos resultados efetivos serem alcançados, fato que, para seus defensores, só reforça a necessidade de serem autorizadas (ZATZ, 2004).

Por seu turno, os estudos com células adultas, retiradas do sangue do cordão umbilical e da placenta, têm oferecido resultados motivadores no que concerne às suas propriedades curativas, e sem gerar críticas negativas da sociedade.

As perspectivas com os estudos com células-

tronco ainda são para longo prazo vez que, como aludido, a maioria das formas terapias encimadas encontram-se em fase de testes, embora alguns resultados preliminares sejam promissores.

Aspectos Éticos

As pesquisas com células-tronco de origem embrionária, hodiernamente, têm tido entraves em seu desenvolvimento em razão de críticas fundadas em valores éticos. O embate existente entre ciência e religião detém grande parcela de responsabilidade pelo atraso nas pesquisas, e inclusive na própria comunidade científica há divergências sobre o assunto.

A polêmica maior gira em torno de quando há a necessidade de destruição de embriões, que muitos consideram um ser humano já formado desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo.

Há que se esclarecer que a formação do embrião não se dá com a mera fecundação do óvulo pelo espermatozóide: é necessário, ainda, o início da divisão celular. Mas alega-se, ademais, que até o décimo-quarto dia da fecundação, isto é, do zigoto até o fim do blastocisto, existe o que se denomina de *pré-embrião*. Essa concepção adveio da chamada teoria do pré-embrião, criada por um relatório sobre fertilização e embriologia elaborado pela cientista inglesa Mary Warnock, publicado no Reino Unido em 1984 (KRELL, 2006).

O fundamento para essa asserção é de que, até o referido décimo-quarto dia, não há desenvolvimento do sistema nervoso central, não havendo, então, perspectiva de esse agrupamento de células formar um ser humano. Esse é o entendimento adotado pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil, conforme se vê pelo item VI, 3, da Resolução nº 1.358/92¹⁰, comungando desta ideia a maioria dos cientistas,

médicos e biólogos.

Para os que advogam pela continuidade das pesquisas, a vida só começa a partir da formação do sistema nervoso central. Logo, os pré-embriões, utilizados nos estudos, não apresentariam vida, não ofendendo, assim, quaisquer princípios éticos.

A alegação dos cientistas, quanto ao início da vida dar-se apenas com a formação do sistema nervoso central, funda-se na definição de morte, que se dá com cessação da atividade deste mesmo sistema. Dessarte, o início da vida deve ser tido a partir da formação dele.

Ainda que a maioria das religiões oponha-se a este entendimento, salienta-se que o Judaísmo dele partilha. Nesta senda, as pesquisas com células-tronco são permitidas em Israel, onde, aliás, estão bem avançadas.

Para o Cristianismo, então, o princípio da vida se dá com a singela fecundação. De toda forma, não basta esse evento para que se forme um ser humano: sem a fixação da célula-ovo¹¹ no endométrio¹², não tendo como haver desenvolvimento e nascimento com vida. Assim, impossível falar-se em ser humano. Sem a chamada nidadação (implantação no endométrio), não há a conformação mínima exigida para a formação humana. Somente a partir deste momento tem-se a formação dos vasos sanguíneos e demais sistemas (MONFROI; PAULETTI; GHIZELINI, 2007).

Sublinha-se, ainda, existirem inúmeros embriões excedentários nas clínicas de reprodução humana brasileiras, sendo que, se não forem utilizados para fins de pesquisa, na busca de utilização terapêutica, fatalmente acabarão sendo descartados, já que após alguns anos não há como serem mais utilizados para gestação.

Por derradeiro, averba-se que, no Brasil, a Lei de Biossegurança de 2005, a seguir comentada,

¹⁰ “O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões “in vitro” será de 14 dias.”

¹¹ Sinônimo para zigoto. A primeira célula formada com a junção óvulo-espermatozóide.

¹² Membrana mucosa que reveste a parede uterina.

diploma legal que disciplina a matéria ora em xeque, determina que serão utilizadas apenas as células de embriões humanos inviáveis, isto é, aquelas que não poderão mais ser implantadas no útero, ou as congeladas há três anos ou mais, sendo, necessariamente, imprescindível o consentimento dos genitores (CASALI; FERDINANDI, 2007).

A Nova Lei de Biossegurança

O debate em torno da manipulação genética e da utilização de células-tronco em pesquisas vem de longa data, ainda que apenas em 1995 tenha sido elaborado e promulgado, no Brasil, o primeiro diploma legal disciplinando a matéria, sendo tal a Lei nº 8.974, alcunhada de lei de biossegurança. Em seu conteúdo, era proscrita a manipulação genética de células germinais humanas, assim como a produção, o armazenamento e a utilização de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível.¹³

Após dez anos, em 24 de março de 2005, foi promulgada a Lei nº 11.105/05 – a nova lei de biossegurança, e ela, não obstante regulamentar a utilização de organismos geneticamente modificados (OGM), autorizou, desde que mediante expresse assentimento dos genitores, a utilização de embriões excedentários para fins de pesquisas científicas, desde que preenchidos os requisitos legais.

Assim, a lei em comento dispõe ser autorizada, com o objetivo 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, desde que sejam embriões inviáveis, conforme inciso I do artigo 5º, ou embriões congelados há três anos

ou mais, na data da publicação da lei, ou que, já congelados em tal data, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento, segundo aponta o inciso II do ventilado artigo.

Em qualquer caso, é indispensável o consentimento dos genitores. Demais disso, as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco desta categoria deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Ainda, é vedada a comercialização do material biológico em tela, considerada sua prática crime, *in casu*, o tipificado no artigo 15¹⁴ da Lei nº 9.434/97.¹⁵

O referido diploma legal traz, também, certas vedações neste âmbito, tais como a clonagem humana, sem fazer distinção quanto às possíveis finalidades.

Posicionamento Adotado pelo Supremo Tribunal Federal

Em ação direta de inconstitucionalidade sob o nº 3.510-0/DF, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, visou-se à impugnação do artigo 5º da Lei de Biossegurança. O fundamento para tanto foi de que esse artigo, no momento em que autorizava a utilização de células-tronco embrionárias, feria o direito à vida, princípio basilar da carta constitucional brasileira de 1988, considerando-se, no caso, o início da vida a partir da concepção, bem como a dignidade da pessoa humana.

Cumprе esclarecer que, no ordenamento

¹³ Incisos II e IV do artigo 8º da lei em comento.

¹⁴ Art. 15: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.”

¹⁵ Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

jurídico, há uma hierarquia entre as normas, encontrando-se a Constituição Federal no topo da pirâmide normativa (KELSEN, 2000). Todas as demais normas têm, necessariamente, de adequar-se à Constituição. Não o fazendo, apresenta-se a possibilidade de argui-la por meio do chamado controle de constitucionalidade repressivo, aquele efetuado quando a lei supostamente contrária à Constituição já está em vigor, em sua modalidade concentrada, em que somente determinadas pessoas podem propor as ações cabíveis para a retirada da lei inconstitucional do ordenamento, conforme consta no artigo 103 da Constituição (LENZA, 2005).

A ação direta de inconstitucionalidade foi o meio utilizado pela Procuradoria-Geral da República para atacar o dispositivo legal retromencionado.

Apesar da celeuma existente (divergências doutrinárias, apontamentos éticos contrários, dentre outros pontos), a decisão do Supremo Tribunal Federal foi favorável à continuidade das pesquisas.

O Pretório Excelso julgou improcedente a ação, aprovando a continuidade das pesquisas com células-tronco embrionárias no país. O presidente da corte, Gilmar Mendes, foi o último a apresentar seu voto, sendo favorável às pesquisas, mas com ressalva sobre a necessidade de análise por comitê ligado ao Ministério da Saúde. O tema gerou polêmica no plenário.

Depois de acalorado debate sobre as restrições sugeridas, o presidente encerrou a sessão anunciando um placar de seis votos a favor da improcedência da ação. Julgou, então, vencidos os cinco votos que faziam ressalvas, em maior ou menor grau, às pesquisas.

Foi considerado pelo Ministro Cezar Peluso (apud AÇÃO..., 2008) que nenhuma das tecnologias conhecidas demonstrou cabal suficiência no sentido de esgotar as potencialidades científico-terapêuticas, o que deixa claro, desde logo, que as pesquisas em exame são recomendáveis, na medida em que podem contribuir para promoção de objetivos e valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida,

à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica.

O ministro coloca, ainda, não ser possível interpretar a Constituição da República à luz de normas subalternas. Os conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituam dados necessários da *quaestio iuris* apresentada, devem ser reconstruídos, senão que construídos, nos supremos limites materiais do ordenamento constitucional brasileiro.

Prossegue reputando “ilegítima a invocação de categorias da dogmática e do direito civil, como, por exemplo, remissão às idéias de nascituro, de nascimento com vida e de personalidade jurídica”, impregnadas todas de “vício metodológico radical e absoluto que, à moda de pecado original, as invalida todas, enquanto mal disfarçadas tentativas de inverter a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da Constituição da República” (LEIA..., 2008).

Para os que tentam comparar as pesquisas em pauta com o crime de aborto, o Ministro aduz ser tal asserção artificial, forçosa e imprestável, porquanto a “caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de vida intra-uterina, isto é, de gravidez, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal” apontado. Alega, ainda, que “manter congelado ou logo destruir organismo que já tenha vida em plenitude seria tão ou mais indigno e repulsivo do que destiná-lo a frutuosas pesquisas científicas a bem da humanidade”. (LEIA..., 2008).

O brilhantismo do voto vai além, notadamente quando cita Korobkin (apud AÇÃO..., 2008).

Se um blastócito *in vitro* de cinco dias é inviolável em virtude do seu potencial (compreendido sem qualquer limite) de desenvolvimento em uma vida humana, é dificultoso dizer por que cada ovo ou célula de esperma, individualmente, não tenha o mesmo potencial e, portanto, merece a mesma consideração. Sob condições apropriadas, com ajuda de humanos, e

com um pouco de sorte, essas células (que também possuem DNA humano) da mesma forma têm o potencial para desenvolver-se em uma pessoa. Se uma [...] transferência do núcleo de célula somática [...] um dia tornar a clonagem de humanos possível, então também seria literalmente verdadeiro que toda célula humana de qualquer tipo terá o potencial de se desenvolver em uma pessoa, mas parece quase exagerado pensar que este potencial faria com que a destruição de qualquer célula individual fosse uma transgressão moral ou que o valor de uma única célula epitelial deveria ser considerado comparável ao valor de uma pessoa.

Com base em argumentos como os esposados é que foi julgada improcedente a ventilada ação direta de inconstitucionalidade.

Com a decisão, o Brasil é o primeiro país da América Latina a permitir as pesquisas de células-tronco e o vigésimo-sexto no mundo, ingressando no rol de países como Finlândia, Grécia, Suíça, Holanda, Japão, Austrália, Canadá, Coréia do Sul, Estados Unidos, Reino Unido e o já mencionado Israel.

Do Conflito entre os Valores Vida e Dignidade

No presente capítulo, será discutido o conflito existente entre os valores vida e dignidade, sendo observada, inicialmente, a tensão entre eles. Em seguida, analisar-se-á a utilização do princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre princípios fundamentais, observando-se a origem, os contornos conceituais e aspectos fundamentais, e o modo de emprego do mesmo nas referidas situações para, enfim, concluir-se qual o valor sobressalente.

A Tensão Existente entre os Princípios

Diante do que se abordou no transcurso deste trabalho, é ilativa a existência de tensão, no contexto desta problemática, entre o valor vida, se analisado

de forma isolada de qualquer outro elemento, e princípio da dignidade da pessoa humana, isso se tomado por base como início da vida o momento em que ocorre a fecundação. Assim, a partir deste entendimento, a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas implicaria destruição da vida humana, ainda que em sua forma mais primitiva.

Há que se salientar, no entanto, que a teoria do pré-embrião, como demonstrado, é inegavelmente autorizada, sendo considerada legítima, pela maioria dos estudiosos, a afirmação de que o início da vida dá-se com a formação do sistema nervoso central. Por tal entendimento, o uso das células em questão (em fase de pré-embrião, que são as que se utilizam para este fim) não afrontaria o direito à vida. Sublinhe-se, ainda, a necessidade da fixação do embrião no endométrio para que a vida tenha alguma chance de desenvolvimento: sem isso, não há que se falar em nascimento, por não haver expectativa de vida.

De toda sorte, acaso se tome por princípio da vida o momento da fecundação, averba-se que a manipulação de tais células tem por mote a busca pela cura de patologias idôneas a acarretar a morte, assim como daquelas que prejudicam a realização da dignidade humana. Como ressaltado, há estudos já com produtivos resultados ao redor da cura dos males de Alzheimer e Parkinson, da Diabetes Mellitus e da osteoartrite (ZATZ, 2004).

Acredita-se, ainda, que, futuramente, chegue-se à criação de tecidos humanos e, até mesmo, de órgãos inteiros, o que solucionaria doenças fatais - como o câncer, a cirrose e a aids - e outras de menor gravidade, tais como osteoporose e osteoartrite, mas que acarretam notórios óbices à realização da dignidade da pessoa humana, já que a plena saúde constitui principal vértice deste princípio, como supramencionado.

Posto isso, considerando-se que as pesquisas desenvolvam-se e cheguem aos resultados pretendidos, vale dizer, que haja, por meio delas, a cura de doenças, e que, assim, seja necessária

a utilização de células-tronco embrionárias excedentárias para tanto, vê-se a tensão existente entre a vida já existente, *in casu*, da pessoa que necessite de tratamento médico que exige o uso de tais células, e a vida contida naquelas células – para os que descartam a teoria do pré-embrião, sublinhe-se.

Do Princípio da Proporcionalidade e sua Utilização como Solucionador de Conflitos entre Direitos Fundamentais

Afigura-se, nesta fase, relevante trazer à baila, ainda que em breves linhas, algumas considerações acerca do chamado princípio da proporcionalidade.

Agasalhado pela jurisprudência alemã do século passado, sua gênese está umbilicalmente relacionada ao surgimento do Estado de Direito, porquanto, a partir de então, enaltecera-se os direitos e garantias fundamentais reconhecidos ao homem para que este alcançasse uma vida digna, advindo disso situações de conflitos de direitos individuais. Desse modo, tornou-se imperioso que se instituisse um critério solucionador para tal contextura (LEAL JÚNIOR et al., 2008).

O princípio em epígrafe é utilizado, então, para dirimir conflitos existentes entre dois outros princípios fundamentais, de sorte que harmoniza o sistema, submetendo o princípio de menor proeminência ao de maior valor social.

Por meio dos escólios de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 36-37), observa-se que doutrina e jurisprudência, de forma corriqueira, fazem referência a ele também sob a denominação de princípio da razoabilidade, conceito que, em linhas gerais, tem “relação de fungibilidade com o princípio de proporção”. Um ou outro, de todo modo, atentam “à constante busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos do cidadão”, e, sem embargo da “diversidade de nomenclaturas que podem ser utilizadas, o importante não é o *nomen iuris*, mas a substância de que é provido o princípio

em análise” (GOMES, 2003, p. 40).

Verificando-se colisão entre princípios constitucionais, em que um deles não pode ser reputado, aprioristicamente, de importância hierárquica superior ao outro, “impõe-se ao intérprete procurar, na resolução do conflito, harmonizar os dois direitos. Demonstrada impraticável essa harmonização, um dos direitos poderá prevalecer sobre o outro” (CALDAS, 1997, p. 95), cabendo sublinhar que o critério da prevalência será aplicado no caso vertente, “de tal sorte que, a depender das circunstâncias fáticas, ora um, ora outro, será considerado, quando posto o conflito, o direito prevalente” (CALDAS, 1997, p. 95).

Suzana de Toledo Barros (2000) dá sinais de que a expressão *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, uma vez que a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio, havendo, na mesma, o ideal implícito de relação harmoniosa entre duas grandezas. “Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de determinado direito” (BARROS, 2000, p. 73).

Existente esta forma de conflito, invoca-se o Estado-juiz, a fim de que ele use de ponderação e sopesa os valores conforme o caso *sub judice*. Consigne-se, por outro lado, que sua incidência não se restringe à função judiciária, porquanto deve iluminar a atuação estatal também no que respeita à função legislativa. Dessarte, o legislador está obrigado a sempre se pautar pela razoabilidade quando do momento da elaboração das leis.

Robert Alexy (2001) esclarece que, dependendo do caso posto a exame, os princípios têm diferentes pesos, devendo sobressair aquele com o de maior quilate. Aduz o autor ainda que, diferentemente dos conflitos de regras, os quais se levam a cabo na dimensão da validade, a colisão de princípios¹⁶ tem lugar mais além desta dimensão, *in casu*, na do peso.

Sendo assim, a dissonância deve ser solucionada

mediante valoração dos interesses opostos, de forma a gerar avaliação sobre qual deles, abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso apresentado. Em verdade, não se deve falar de *colisão*, mas, sim, de um *campo de tensão existente* (ALEXY, 2001).

Luiz Guilherme Marinoni (2007) ensina que, se um princípio vale para determinada situação, não significa que valha pra todos as demais possíveis. É neste ponto que entra a valoração e ponderação do intérprete, tomando em conta o *peso* dos princípios em antagonismo *segundo as circunstancias casuísticas*. Por sua natureza superior, deverão conviver, sendo, aí, então, que se lança mão do postulado da proporcionalidade. Por meio dele, devem ser averiguados os valores de cada um, devendo ser afastado o de menor, naquele caso, para que o outro prevaleça.

Ante o exposto, reitera-se que, ainda que presente o conflito, há convivência dos princípios em tensão sem que haja eliminação *prima facie* de um. Logo, o que ocorre é apenas a não incidência de um diante do outro *naquela situação* específica, em que foi chamado o Estado-Juiz a decidir, ou mesmo quando o legislador exerce sua função legiferante, prevendo direitos e impondo obrigações aos cidadãos. Por derradeiro, é curial salientar que referida situação não é suficiente para declarar inválido o princípio afastado, já que poderá prevalecer sobre o ora superior em hipótese diversa.

A Supremacia da Dignidade Humana

Colocada a tensão principiológica em questão, isto é, a realização da dignidade da pessoa humana, por meio da cura da patologia existente em ser humano já sob o manto da personalidade, ou seja, nascido com vida, face à vida contida nas células-tronco excedentárias, é mister lançar-se mão do ventilado postulado da proporcionalidade.

Por meio disso, deve-se avaliar qual valor é superior. É incontestante a conclusão de que a vida já existente tem valor superior, na hipótese *sub examine*, à vida supostamente contida no aludido corpo celular. Isso é ratificado por fatores tais como o enaltecimento da dignidade da pessoa humana, colocada, como consignado algures, como princípio-maior dentre os que regem a República Federativa do Brasil. Ainda, lembra-se ser dever legal do médico salvar a vida da genitora e abrir mão da do nascituro, quando se aferir que o seu nascimento acarretará a morte daquela.

A vida deve realizar-se de forma plena, e é imperioso que sejam efetivadas as prescrições contidas na Constituição no que concerne aos direitos fundamentais. Entre esses, a saúde é erigida como dos mais importantes, e a busca da cura de doenças por meio de pesquisas com células-tronco afigura-se meio plausível de sua realização.

Assim, é de se salientar que os resultados esperados nas referidas pesquisas são tanto para a cura de doenças que, ainda que não tenham, *de per si*, o condão de ocasionar a morte, prejudicam a plena saúde daquele que as detêm, como para a cura de doenças que implicam necessariamente o fim da vida humana já nascida. E pela exegese teleológico-sistemática do *caput* do artigo 5º, em conjunto com o inciso III do artigo 1º da Constituição, a vida humana deve ser preservada tanto quanto possível.

O Ministro Cezar Peluso, com base em Korobkin (apud AÇÃO..., 2008), traz à tona argumento valioso confirmando o que se tem buscado aqui expor:

A intuição de que um blastócito é desprovido do valor moral de uma pessoa é vividamente demonstrado pela seguinte hipótese: imagine que incêndio tenha início em uma clínica de fertilização, e você deva escolher entre salvar uma placa de Petri que contém dois blastócitos e uma criança de cinco anos. Há alguma dúvida de que

¹⁶ Lembrando que somente podem entrar em colisão princípios válidos (ALEXY, 2001).

você deveria salvar a criança (e a salvaria)? A resposta apropriada a esta questão é igualmente óbvia, se os blastócitos fossem destruídos pelo fogo e, a criança somente ferida. A razão é que a criança possui não somente DNA humano, mas também características tais como sensibilidade, consciência, emoções, a habilidade de interagir com o ambiente, e a capacidade de sentir dor.

Compare isso com hipótese diferente: imagine que você deva escolher entre salvar, de incêndio, uma criança de cinco anos e um adulto de vinte e cinco anos. Neste caso, está longe de ser óbvio que você deveria escolher ou escolheria o adulto de vinte e cinco anos. Se você escolhesse salvar o adulto, quase certamente não seria porque este se encontra em um estágio mais avançado do desenvolvimento humano. Além de certo ponto, o estágio de desenvolvimento humano é irrelevante para seu valor moral. Mas, antes deste, o estágio de desenvolvimento é significativo. A precisa localização deste ponto é difícil de se determinar, mas é menos difícil reconhecer que um blastócito não o alcançou.

Partindo-se de óbices fulcrados em princípios éticos e morais ou em dogmas religiosos, lança-se mão do seguinte questionamento: em determinada situação de pessoa, que, para não morrer, tem como alternativa o uso de células-tronco embrionárias, seria mais razoável e ético deixar que a mesma, consciente e complexa em sua formação biológica, morra, ou inutilizar um embrião em estágio primitivíssimo para salvar sua vida?

Não há como infirmar que o ser já formado em sua plenitude, dotado de personalidade, tem vida dotada de valor superior, vez que possui laços familiares e que, descartada sua possibilidade de sobrevivência pela não aceitação do uso de células-tronco embrionárias, não terá mais direito à vida. Importa repisar que o que está em pauta para ser usado nas pesquisas é o blastocisto, mero aglomerado de células indiferenciadas, que sequer possuem sistema de qualquer tipo, tampouco nervoso.

Afirmar-se, outrossim, que o zigoto se forma a partir da junção de gametas, que são células vivas, até porque a vida só surge de outra vida, não havendo mais qualquer ranço, na atualidade, das ideias da abiogênese, advindas da vetusta e ignóbil teoria da geração espontânea. Então, poder-se-ia alegar, também, que a morte de tais células seria o mesmo que a morte de um ser humano - o que é descabido.

A previsão do direito à vida como preceito constitucional pétreo e sua umbilical conexão com o fundamento da dignidade da pessoa humana traz, conseqüentemente, a exigência de o Poder Público garantir condição de vida digna a todo ser humano. Assim sendo, é mister que se priorizem os estudos com a utilização das células indigitadas, já que, certamente, resultarão na descoberta de novas terapias e, muito provavelmente, na cura para variadas doenças.

Destarte, pode-se dizer que a suprema corte pátria seguiu a linha de entendimentos que aqui se explicitou. A decisão, então, é uma vitória do imperativo da vida *digna*, haja vista atender à expectativa de infindas pessoas acometidas por enfermidades até o momento sem cura e que têm esperança de que a mesma seja encontrada. Os estudos com as células-tronco facultam possibilidades para se chegar a respostas quanto à cura de patologias que, até o corrente momento, não têm tratamento. Revela-se patente, portanto, que a vida do ser humano já nascido e desenvolvido completamente e com laços afetivos existentes, deve, incontestavelmente, prevalecer.

A constitucionalidade da lei de biossegurança, enfim, vem restaurar a certeza de que milhões de pessoas não serão sucumbidas pela desesperança nem pela pesarosa frustração de não poderem superar as barreiras advindas de diversas patologias incuráveis e, até o momento, irreversíveis.

Conclusões

Diante da pesquisa levada a efeito, pode-se

afirmar que o tema em questão é de notória e inegável importância. Salienta-se que a celeuma existente entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, no que concerne à utilização de células-tronco embrionárias em período de descarte, para fins de pesquisas, trouxe infinitas discussões, tanto no âmbito jurídico como no das ciências biológicas.

Evidenciou-se, aqui, que a personalidade é formada pelo conjunto de caracteres próprios da pessoa humana, significando o conjugado de elementos que se mostram inerentes à pessoa de modo a formar um indivíduo singular, morfológica, fisiológica e psicologicamente diferenciado de qualquer outro. Por meio da mesma, que exsurge do nascimento do ser humano com vida, exprime-se o caráter próprio e designa-se a vida com independência e autonomia.

A existência de personalidade atribui a seu detentor uma gama de direitos subjetivos e idôneos a defender o que lhe é próprio, sendo o principal deles a vida. São eles inatos, absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, indisponíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, extrapatrimoniais e vitalícios.

Os direitos em tela são indispensáveis à existência digna do ser humano. Mais que a vida, é direito natural e irrevogável do ser humano tê-la com dignidade. E os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Esta recebeu proteção constitucional indeclinável, e a principal manifestação dos direitos personalíssimos é o direito à vida digna.

O direito à vida é contemplado na Constituição e em documentos internacionais assinados pelo Brasil, reputado como o mais fundamental dos direitos, não podendo ser desrespeitado, violado ou renunciado. O fator vida é que dá origem à personalidade; ao mesmo tempo, da vida decorrem os direitos inerentes à personalidade.

Em razão desta primazia, o Estado tem o dever de assegurar o direito à vida. Isso não consiste somente

em manter o ser humano vivo, mas, sim, conceder a ele uma vida digna quanto à subsistência.

O valor da dignidade e dos direitos e garantias fundamentais, que dela emanam e ao mesmo tempo buscam protegê-la, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

É indiscutível a importância da utilização das células-tronco embrionárias nas pesquisas para tratamentos de saúde. Nessa linha posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, eis que foi a favor da continuidade dos estudos realizadas com aquelas em período de descarte, o que se traduziu em verdadeira vitória e avanço para os que vivem lutando contra doenças até o momento incuráveis.

A relação de tensão que pode surgir entre a vida de uma célula em estágio primitivo e a dignidade da vida de uma pessoa já nascida, vale dizer, com personalidade e direitos inerentes, que tenha sua saúde debilitada (o que esclarece a ausência do elemento dignidade) pode ser solucionada mediante a utilização do princípio da proporcionalidade. Para que se alcance a solução da dissonância em apreço, deve-se valer de valoração dos interesses opostos para que se avalie qual deles, abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso apresentado.

Conclui-se, finalmente, ter tido razão o pretório excelso quando julgou constitucional o dispositivo legal autorizador das pesquisas com células embrionárias em período de descarte, no caso, o artigo 5º da lei de biossegurança, vez que se situa em primeiro plano a dignidade da vida de um ser humano já nascido, quando confrontada com a suposta vida de um agrupamento celular com menos de 14 dias de formação.

A previsão do direito à vida como cláusula pétrea e sua íntima relação com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana trazem, como consequência, a necessidade de que seja garantida

uma condição de vida digna, o que leva, destarte, à ilação de que devem ser priorizadas as pesquisas com a utilização das células-tronco embrionárias, já que isso poderá resultar na descoberta de novos tratamentos na busca pela cura de diversas doenças, abrandando o sofrimento dos portadores desses males, bem como de seus familiares.

Referências

- AÇÃO direta de inconstitucionalidade 3.510-0 distrito federal: voto. 2008. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/celulastronco/votos/cezar_peluso.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2010.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- AMARANTE, Aparecida. Responsabilidade civil por dano à honra. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.
- CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CASALI, Nely Lopes; FERDINANDI, Marta Beatriz T. A personalidade do embrião e do nascituro e as implicações jurídicas da reprodução humana assistida no direito brasileiro. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 7, n. 1, p. 97-117, jan./jun. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRELL, Olga. J. Gouveia. Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.
- LEAL JÚNIOR, João Carlos; GALLINA, Paola Maria; FERRARO, Valkiria Aparecida Lopes; TOMASZEWSKI, Wesley. Monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho: o conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade de seu preposto. Semina: Ciências Sociais e Humanas, Londrina, v. 28, n. 1, p. 69-80, jan./jun. 2007.
- LEAL JÚNIOR, João Carlos; PIRES, Natália Taves; FREITAS FILHO, Julio César de; GALLINA, Paola Maria. A proteção jurídica da imagem e a utilização do princípio da proporcionalidade na verificação do direito à indenização pelo dano decorrente. *Diritto & Diritti*, Ragusa, ano 10, set. 2008. Disponível em: <<http://www.diritto.it/>>. Acesso em: 24 set. 2008.
- LEIA voto de Cezar Peluso sobre pesquisas com células tronco. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 2 jun. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jun-02/celulas-tronco_leia_voto_ministro_cezar_peluso>. Acesso em: 1 jun. 2009.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- MONFROI, José; PAULETTI, Maucir; GHIZELINI, Regiani Cristina. Alguns aspectos acerca da utilização de células-tronco. Revista do Direito Público, Londrina, v. 2, n. 3, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_2/num_3/regiane.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010.
- MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. Direitos humanos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SEVERO, Sergio. Danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.
- _____. Vocabulário jurídico. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- _____. Curso de direito constitucional positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Direitos da personalidade: abordagens constitucionais, civis e processuais. In: _____. (Org.). Lições fundamentais de direito. Londrina: Midiograf, 2006. v. 1. p. 05-140.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 3. ed. São Paulo, Atlas: 2003. v. 1.
- ZATZ, Mayana. Clonagem e células-tronco. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 247-256, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200016&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 maio 2009.