

O uso de células-tronco de embriões humanos: colisão de direitos fundamentais e aplicação do princípio da proporcionalidade

Sérgio Augustin
Universidade de Caxias do Sul
Caxias do Sul, RS

Ângela Margarete Almeida da Silva
Escola de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade da Serra Gaúcha
Caxias do Sul, RS

Resumo: A constitucionalidade do art. 5.o da nova Lei de Biossegurança tem sido questionada em face da destruição necessária de embriões humanos em pesquisas e terapias para o uso de células-tronco embrionárias. Neste artigo analisa-se, seguindo o pensamento de autores nacionais e estrangeiros, se o dispositivo envolve uma colisão de direitos fundamentais, bem como se compatibiliza meio e fins de maneira adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, garantindo uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido e aquele que é atingido. Como resultado desta análise, constata-se que a medida é uma aplicação legislativa do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Lei de biossegurança. Célula-tronco. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: The constitutionality of the 5th article of the new Brazilian biosafety law has been questioned due to the necessary destruction of the human embryos in research and therapies for the use of embryo stem cells., In this paper, following the thoughts of national and foreign authors, we analyze whether the provision involves the collision of fundamental rights, as well as compatibilizes means and ends in ways that are adequate and necessary to reach the agent's goal, assuring a proportionality relation between the protected subject and the one that is affected. As a result of our analysis, it is verified that the measure is a legislative application of the proportionality principle.

Key words: Biosafety law. Stem cells. Proportionality principle.

Introdução

A Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, conhecida como a nova Lei de Biossegurança, no seu art. 5.º, permite a utilização de células-tronco de embriões humanos excedentes de fertilização *in vitro* para fins de pesquisas e terapias.

No entanto, por se tratar, também, de um ato legislativo para restringir direitos e interesses constitucionalmente protegidos, em nome de outros direitos e interesses igualmente consagrados pela Constituição Federal, a nova Lei de Biossegurança, a par da controvérsia filosófica suscita, no estúdio do Direito, a dúvida se tal atividade do Estado se dá sob os auspícios da Constituição e se, de fato, realiza valor capaz de fazer legítima sua decisão.

Neste artigo, seguindo-se o pensamento de autores, cujo contributo teórico é pertinente com o tema, analisa-se se esse dispositivo da Lei de Biossegurança trata-se de uma aplicação legislativa do princípio da proporcionalidade, respondendo às seguintes indagações: 1) para estender ao embrião humano a proteção constitucional à vida há a necessidade de se lhe outorgar personalidade civil? 2) o uso de células-tronco de embriões humanos em pesquisas das quais possam resultar benefícios para a saúde humana envolve a colisão de direito e bem constitucionalmente protegido? 3) depende a realização ou otimização de um direito da afetação, restrição ou até mesmo da não realização do outro, prescindindo a solução das circunstâncias do caso concreto? 4) a nova Lei de Biossegurança, ao permitir o uso de células-tronco embrionárias, está voltada a um objetivo que realiza valores éticos e jurídicos, sem ir além daquilo que é necessário e adequado para atingi-lo, com a menor agressão possível a direitos?

1. O princípio da proporcionalidade

Sob o seu estatuto epistemológico, o Direito se ocupa da vida, do nascer e morrer, de quem é pessoa, de sua filiação, valores existenciais, relações patrimoniais, direitos, deveres e responsabilidades. Compatibilizar as exigências axiológicas da sociedade propiciadas pelos novos paradigmas científicos com a racionalidade prática do ordenamento jurídico traduz a complexidade das interfaces entre a Bioética e o Direito.

O racionalismo, a exemplo do que ocorreu com outras ciências, revolucionou o Direito, mas o ideal positivista de perspectivar o Direito como ciência pura, imune a outros setores fundamentais da experiência humana, em que pese o aprimoramento dos conceitos técnicos e o rigor atingido nas obras sistemáticas, reduziu o fenômeno jurídico à lei. Esse modelo ficou conhecido como legalismo e foi posto em crise na segunda metade do século XX, com o reconhecimento do caráter dinâmico do processo de positivação, no qual intervem o legislador, o juiz e a comunidade.

Assim, afastando-se do sistema fechado, chegou-se à compreensão de um sistema aberto de autorreferência relativa, não imune às demais instâncias

sociais, notadamente à ética. A partir desse processo de correção metodológica, de alteração da concepção da fonte, mesmo na fonte legal, chegou-se, por igual, aos modelos prescritivos, dotados de um essencial sentido prospectivo, expressos preferencialmente por princípios, mais apropriados para canalizar as exigências axiológicas da sociedade.

A abertura valorativa e a relatividade do conteúdo dos direitos fundamentais, sob a forma de princípios, exigiram, porém, para concretizá-los, técnicas de ponderação dos interesses em jogo, as quais levaram ao princípio da proporcionalidade, instrumento que providencia, com base nos elementos fáticos e jurídicos do caso, a harmonização entre direitos, o controle da relação entre direitos e a restrição deles quando necessário. Além disso, para fazer frente às críticas no sentido da indeterminação semântica e do subjetivismo desse mandamento, o direito constitucional alemão identificou três elementos estruturais que passaram a ser constitutivos do princípio da proporcionalidade: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

1.1 Os elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade

O princípio da adequação corresponde à ideia primeira e precípua do princípio da proporcionalidade a ser trazida para a solução do caso concreto e indaga se a medida adotada pelo Estado é adequada à obtenção do fim perseguido. Em suma, investiga se os meios são aptos, úteis, idôneos e apropriados ao fim que se pretende atingir. A exigência de identificar-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental, segundo Steinmetz (2001, p. 149), ressalta o caráter empírico desse princípio. De acordo com a lógica conceitual de Alexy (2002, p. 26), se a medida estatal (M1) estabelece a precedência (P1 \bar{P} P2), mas não se mostra apta a produzir o fim exigido pelo princípio precedente (P1) e reduz, em qualquer medida, a aplicação do princípio por ela preterido (P2), a medida estatal (M1) estará invalidada pela imposição de otimização do princípio preterido (P2).

O segundo elemento constitutivo do princípio da proporcionalidade apresenta-se como princípio da necessidade. Conforme Santos (2004, p. 26), ao preconizar a ideia de que, havendo meio eficaz menos gravoso, não se justifica a adoção de medida restritiva de direito fundamental, esse princípio gera o elemento da dúvida, exigindo que o Poder Público busque medidas alternativas idôneas, igualmente eficazes, mas menos prejudiciais ao direito fundamental em questão. Desse modo, segundo Alexy (2002, p. 113-114), se há duas medidas estatais A (P1 \bar{P} P2) e B (P1 \bar{P} P2) igualmente adequadas para promover o fim exigido pelo princípio precedente (P1), porém a medida estatal A restringe menos ou não restringe o exercício do direito fundamental expresso no princípio preterido (P2), a ordem de otimização de P2 invalida a medida estatal B. Contudo, o critério da menor prejudicialidade não supera o critério da maior eficácia, devendo a eficácia do meio menos prejudicial ser no mínimo

igual a do meio mais prejudicial, caso contrário não se justifica a substituição deste por aquele.

O terceiro elemento constitutivo do princípio da proporcionalidade, em conformidade com o comentário de Santos (2004), remete à análise das possibilidades jurídicas da medida estatal, permitindo que o Estado, através de uma operação de sopesamento de direitos e interesses, realize uma proporcional distribuição dos ônus da vida em sociedade. Assim, se a incidência de uma medida editada restringir outros direitos constitucionalmente protegidos, a partir desses efeitos deve ser feito um exame racional da proporcionalidade entre a decisão normativa e a finalidade perseguida. De acordo com Alexy (2002: p. 161), se tanto na medida A como na medida B há a precedência (P1 P P2), restringindo no âmbito das possibilidades fáticas (adequação e necessidade) a realização de P2, mesmo que uma medida o faça menos do que a outra, as possibilidades jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) demandam a ponderação entre P1 e P2.

A compreensão da dimensão e da operatividade do princípio da proporcionalidade, que corresponde à expressão jurídica da razão ética proporcional, permite o enfrentamento jurídico de alguns conflitos apontados pela Bioética, dentre eles, os decorrentes do uso de células-tronco de embriões humanos.

1.2 A colisão de direitos fundamentais no uso de células-tronco de embriões humanos

A realização da ponderação de bens, conforme explica Canotilho (2002: p. 113-114), exige dois pressupostos: 1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, implicando a realização ou a otimização de um pela afetação, restrição ou até mesmo a não-realização do outro; e 2) a inexistência de uma hierarquia *a priori* entre os direitos em colisão, que impossibilite a construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo a solução das circunstâncias do caso concreto.

De acordo com Steinmetz (2001: p. 62-63), a colisão pode ocorrer em sentido estrito ou horizontal quando o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculizar, afetar ou restringir o exercício de um direito fundamental de outro titular, direitos idênticos ou diferentes. E será colisão em sentido amplo ou vertical quando se tratar de direitos individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.

A tensão na fronteira da legalidade, causada pelo uso de células-tronco embrionárias, surge do fato de os cientistas destruírem os embriões em estágio de blastocisto para criar as linhagens, removendo a sua massa celular interna – uma ação questionável, em face da proteção jurídica do embrião.

Segundo Semião (2001, p. 62-69), na polêmica que envolve o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias posiciona-se, de um

lado, a escola concepcionista, que reconhece no nascituro a personalidade civil desde a concepção. Essa escola divide-se em dois ramos: primeiro, a verdadeiramente concepcionista, que atribui ao nascituro, de forma irrestrita, a capacidade de ser sujeito de direitos, ficando apenas os efeitos dos direitos patrimoniais dependentes do nascimento com vida; segundo, a concepcionista da personalidade condicionada, que reconhece a personalidade desde a concepção, porém sob a condição de o *infans conceptus* nascer com vida. De outro lado, a escola natalista considera que o início da personalidade civil exige o nascimento com vida, reconhecendo o nascituro somente como um feto, uma mera expectativa de pessoa. Entre a concepção e o nascimento, como expectativa de personalidade, os natalistas defendem que é justo punir o aborto provocado, bem como assegurar as expectativas de direitos do nascituro, mas apenas aquelas taxadas em lei.

Em que pese essa bipartição da doutrina, efetivamente o nascituro recebe proteção desde a concepção, tanto no direito público quanto no direito privado. O art. 124 *et seq.* do Código Penal coloca o nascituro sob proteção desde o momento da fecundação até instantes antes do parto, quando sanciona o aborto provocado pela gestante ou por terceiro, fora das situações de antijuridicidade, entre os crimes contra a vida, punindo a gestante com pena de detenção e o terceiro com pena de reclusão.

Já na concepção jurídico-civil, pessoa é todo o ser humano dotado de personalidade e, portanto, possuidor de direitos e obrigações; mas, de acordo com o art. 2.º do Código Civil, a existência dessa personalidade começa do nascimento com vida, embora seja reconhecida, desde a concepção, uma expectativa de direitos do nascituro, tanto que o art. 1.798 legitima a suceder as pessoas existentes ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. A legislação processual civil, por sua vez, em seu art. 878, permite ao representante legal do nascituro ingressar, desde a concepção, na posse dos bens doados ou herdados.

Assim, em face da sistemática jurídica, por nascituro entende-se aquele que foi concebido e ainda não nasceu. Apesar de a lei não lhe conferir o título de pessoa, seus direitos estão protegidos, desde a fecundação, como uma instituição própria, objeto de relação jurídica, fundamentada no respeito à vida, à dignidade humana e numa expectativa de pessoa.

Conforme explica Martins-Costa (2000: p. 229-246), a afirmação do princípio da dignidade humana, no século XX, paradoxalmente vinculada à barbárie nazista e aos totalitarismos estatais, econômicos ou científicos, teve como contrapartida a afirmação do valor da pessoa, que, antes de ser vista como suposto do conceito técnico de capacidade, deve ter a sua dignidade humana reconhecida. Em outras palavras, o princípio da dignidade humana permite o reconhecimento de uma pertença (embrião humano) ao gênero humano, estendendo a ele a proteção à vida que emerge do texto constitucional, sem a necessidade de outorgar-lhe personalidade civil.

Com relação à saúde, desde a Antiguidade a consciência moral considerava a saúde um valor precioso. A doença, concretamente vinculada ao mal, era compreendida pelas religiões como um castigo de Deus. Porém, as preocupações com as condições de conservação, proteção e melhoria da vida humana, de acordo com Silva (2004, p. 31-33), levaram a humanidade a superar a vinculação da saúde com a ausência de enfermidade. E as relações que a consciência atual enfatiza, a partir do referendo da Declaração dos Direitos Humanos e da Organização Mundial da Saúde (OMS), situam-se entre a qualidade de vida e a saúde, a saúde e o desenvolvimento, a saúde e a igualdade social, a saúde e os direitos humanos, a saúde e a marginalização.

Além disso, a proteção expressa à saúde na Constituição Federal não enseja dúvidas: trata-se de um bem constitucionalmente protegido. Além de estabelecê-la como um direito social no título dos direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional, no art. 196, define a saúde como um direito de todos e dever do Estado, determinando que este deva garantir, mediante políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ainda, no art. 199, § 4.º, a Constituição Federal delega ao legislador infraconstitucional a competência para dispor sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento.

Quanto à necessidade de desenvolver essas pesquisas, os setores que sustentam a concepção, como o momento em que se constitui a pessoa, argumentam que existe uma equivalência dos benefícios terapêuticos entre as pesquisas com células-tronco adultas e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Dessa forma, defendem que aquelas deveriam ser as únicas encorajadas e financiadas, uma vez que apresentam a vantagem de evitar as controvérsias morais geradas pela experimentação com embriões.

Contudo, muitos cientistas ressaltam, com pesar, o fato de as células-tronco adultas não serem encontradas em todos os tecidos, ou de que, quando se encontram, são em pequena quantidade, difíceis de serem isoladas, purificadas e, sobretudo, de se proliferar *in vitro* em quantidade suficiente. As pesquisas têm demonstrado até agora que as células-tronco adultas saem-se melhor quando utilizadas dentro de sua própria linhagem, produzindo pequenas quantidades de tecido ou acelerando a regeneração natural. Deve-se isso ao seu potencial limitado, pois, descritas como multipotentes, elas já passaram por um processo de diferenciação que reduz a capacidade de proliferação, inclusive no tempo, o que, somado à sua escassez, torna problemático o emprego terapêutico. Outro aspecto diz respeito à coleta dessas células, que não se configura como um procedimento simples. As células-tronco neurais, por exemplo, localizadas na região do cérebro denominada hipocampo, exigem intervenções extremamente invasivas para serem recolhidas.

Inegáveis são os aportes das pesquisas com células-tronco embrionárias para a solução dos problemas e situações de incapacidade e enfermidade. De acordo com Neri (2004: p. 165), ao tentar retardar ou obstaculizar as pesquisas, deve ter-se consciência da gravíssima responsabilidade assumida. Milhões de pessoas que se veem envolvidas com problemas relacionados à vida e à morte, com a saúde e o sofrimento físico-psíquico, a partir das informações que assimilaram, através do influxo dos meios de comunicação, passaram a ter esperanças de que as pesquisas com células-tronco embrionárias tenham impactos decisivos em suas vidas.

Na nova Lei de Biossegurança, o legislador permite, no art.5.º, a utilização de células-tronco de embriões excedentes de fertilizações *in vitro* para fins de pesquisas e terapias, atendidas as seguintes condições: 1) sejam embriões inviáveis; ou 2) sejam embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei; ou 3) que, já congelados na data da publicação da lei, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento.

1.3 Os embriões inviáveis, os embriões excedentes e o consentimento dos genitores

A fertilização *in vitro* é um procedimento de reprodução assistida que possibilita a união extracorpórea do oócito de segunda ordem com o espermatozóide através da manipulação dos gametas. As fases do procedimento são: 1) a indução farmacológica da ovulação e o controle do crescimento folicular; 2) a punção dos folículos para a captura dos óvulos; 3) a fecundação; e 4) a transferência dos embriões para o útero.

Após a fecundação, o ovo permanece incubado para clivagem e crescimento, no mínimo por 48 horas. Segundo Tognotti e Loyelo (1996, p. 265-271), a classificação dos pré-embriões é feita de acordo com o índice de gestação obtido, em graus de I a V. Os embriões tornam-se inviáveis para a implantação quando não se dividem apropriadamente ou apresentam características morfológicas inadequadas (tamanho, simetria, fragmentação), ou anomalias, como a presença de oócitos com mais de um pró-núcleo masculino, caracterizando o fenômeno da polispermia, observável em até 10% dos casos.

Os ovários produzem naturalmente oócitos de segunda ordem a cada ciclo ovariano. Quando dois ou mais oócitos em um mesmo ciclo são fecundados por dois ou mais espermatozóides, ocorre uma gravidez gemelar por poliovulação (gêmeos fraternos). No procedimento de fertilização *in vitro*, com a estimulação hormonal, o número de oócitos de segunda ordem produzidos dependerá da resposta individual da paciente, e a fecundação de todos os oócitos produzidos aumenta a probabilidade de obter embriões para transferir (REZENDE; MONTENEGRO, 1999, p. 317 e ss.).

Há mais de uma década, a técnica da fertilização *in vitro* é aplicada no Brasil, mas ainda tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 1.184,

de 3 de junho de 2003, que deverá normatizar legalmente a reprodução humana assistida.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/92 estabelece normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, determinando, no título I, item 6 que, no máximo, quatro embriões sejam transferidos para a receptora, a fim de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade. No título V, item 2, a resolução proíbe o descarte ou a destruição de embriões, determinando a comunicação aos pacientes do número de embriões produzidos, para que eles decidam quantos serão transferidos a fresco – o excedente deve ser criopreservado.

Conforme afirma Goldim (1998), o congelamento dos embriões excedentes foi proposto, na norma, com o objetivo de reduzir os riscos e desconfortos para a mulher, permitindo que os embriões que não fossem utilizados em um procedimento pudessem ser armazenados e implantados posteriormente, caso houvesse a necessidade de realizar novos procedimentos. Na aplicação dessa norma surgiram, porém, problemas relativos ao tempo máximo de armazenamento dos embriões com preservação de sua qualidade e ao destino a ser dado aos embriões não utilizados.

A Resolução CFM n.º 1.358/92, no título V, item 3, estabelece que os cônjuges ou companheiros devem expressar a sua vontade por escrito sobre o destino a ser dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos e quando desejam doá-los no momento da criopreservação. Contudo, durante o período de discussão e aprovação da nova Lei de Biossegurança, a imprensa divulgou que são altas as taxas de abandono de embriões pelos genitores nas clínicas de reprodução humana assistida, o que reforça, sobretudo, a necessidade de políticas institucionais que definam claramente os critérios de destinação desses embriões – os quais deverão ser estabelecidos previamente à realização dos procedimentos.

A nova Lei de Biossegurança determina em seu art. 5.º, § 1.º, que o consentimento dos genitores é necessário em todos os casos de utilização dos embriões *in vitro* previstos na lei. Isso significa que o casal progenitor tem o direito de receber a informação completa sobre os destinos possíveis dos embriões excedentes e decidir acerca de seu destino.

1.4 A aprovação dos projetos nos Comitês de Ética em Pesquisa

A Lei de Biossegurança estabelece ainda, no art. 5.º, § 2.º, que as instituições de pesquisa e serviços de saúde devem submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos Comitês de Ética em Pesquisa.

A Resolução CSN n.º 196/96, fundamentada em documentos internacionais, em seu preâmbulo incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, os quatro princípios básicos da Bioética: beneficência, não maleficência, autonomia e justiça.

Essa resolução regulamenta, no item VIII, o Conselho Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) – instância colegiada de natureza consultiva, deliberativa, normativa, independente e vinculada ao Conselho Nacional de Saúde – e determina, no item VII, que cada instituição de pesquisa deve constituir o seu Comitê de Ética em Pesquisa, que deverá ter composição multi e transdisciplinar, podendo variar na sua composição de acordo com as suas especificidades, mas sempre incluindo pelo menos um representante dos seus usuários.

Para assegurar os direitos e deveres concernentes à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado, a Resolução CNS n.º 196/96 sustenta que as pesquisas deverão obedecer, entre outras, às seguintes exigências éticas e científicas: 1) a adequação aos princípios científicos que a justifiquem; 2) a ponderação entre riscos e benefícios; 3) ser realizada somente quando o conhecimento que se pretende obter não possa ser obtido por outro meio; 4) a utilização do material biológico e dos dados obtidos na pesquisa exclusivamente para a finalidade do seu protocolo, que poderá ser preventiva, diagnóstica ou terapêutica; 5) a relevância social da pesquisa; e 6) a sua destinação sócio-humanitária.

1.5 Extrapatrimonialidade e indisponibilidade do embrião *in vitro*

Um dos argumentos contra o uso de células-tronco embrionárias tem sido a possibilidade de ser criado um comércio de embriões, embora a história tenha demonstrado que as práticas mais abusivas sobre o ser humano resultaram menos da ciência e mais de sistemas políticos e econômicos. Prova disso, como expõe Silva (2003, p. 38-39), é o programa do governo das Filipinas de incentivo à doação de rins pelos internos do sistema prisional condenados à pena capital. De acordo com o programa filipino, os condenados/doadores têm direito à comutação da pena capital para prisão perpétua. Outro exemplo, mencionado por Diniz (2002, p. 295-298), ocorre na Índia, onde pacientes pobres, devido à impossibilidade financeira de submeter-se a prolongadas diálises, vendem, por meio de corretores, seus rins comprometidos para pacientes ocidentais com condições econômicas suficientes para efetuar diálises em seus países.

Na Lei de Biossegurança, art. 5.º, inciso II, o legislador estabelece o limite da data de publicação da lei para o congelamento, de modo a impedir a produção sob encomenda de embriões, da qual os laboratórios e as empresas de biotecnologia poderiam tirar proveito, e proíbe no art. 6.º, inciso IV, todo tipo de clonagem, inclusive a terapêutica. Também determina no art. 5.º, § 3.º, a gratuidade das doações nos casos permitidos pela lei, vedando expressamente o comércio de embriões e incluindo sua prática entre as condutas criminosas previstas no art. 15 da Lei n.º 9.434/97, com pena de reclusão de três a oito anos e multa – a mesma pena é aplicada para quem promove, intermedia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

O legislador da Lei de Biossegurança, no art. 24, também tipifica como crime, sujeito à pena de detenção de um a três anos e multa, a utilização do embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5.º da Lei.

Considerações finais

A objetividade do princípio da proporcionalidade para solucionar a colisão de princípios mostra sua eficiência como instrumento limitador à liberdade do legislador/juiz, visto que oferta à sociedade a oportunidade de conhecer detalhadamente a operação de interpretação/aplicação que permite a tomada de decisão.

Constata-se que o legislador da nova Lei de Biossegurança, no que diz respeito ao uso de células-tronco de embriões humanos em pesquisas científicas, reconhece a colisão em sentido amplo ou vertical do direito à vida do embrião com o desenvolvimento da saúde, bem constitucionalmente protegido, adotando o princípio da proporcionalidade como determinante para a construção do seu posicionamento.

Ao exigir a aprovação pelos Comitês de Ética em Pesquisa, constituídos por *experts* com condições de apreciar a legitimidade ética e a qualificação científica, o legislador busca garantir a necessidade e a adequação dos projetos de pesquisas e terapias que envolvem o uso de células-tronco embrionárias. E o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito pauta o legislador para estabelecer os pressupostos de precedência do desenvolvimento da saúde sobre o direito à vida do embrião.

O desenvolvimento do embrião é um processo contínuo, que depende da informação contida no genoma para a diferenciação e da interação com fatores epigenéticos. No caso do embrião humano *in vitro*, com os fatores epigenéticos disponibilizados pelo meio de cultura, é possível, no presente, seu desenvolvimento não mais do que à fase de blastocisto, de modo que, excluído de um projeto parental, o destino do embrião *in vitro* é perecer, pelo que é impossível dar proteção total à sua vida. Usá-lo para pesquisa, da qual possa resultar benefício para outros embriões, para o processo de reprodução assistida ou para a saúde humana em geral, é ética e juridicamente aceitável segundo o princípio da proporcionalidade.

Ademais, os embriões humanos *in vitro* pertencem a um projeto de parentalidade e é por ele e nele que devem ser protegidos. A nova Lei de Biossegurança, em consonância com o princípio interdisciplinar da autonomia, acrescenta às alternativas já existentes – o congelamento dos embriões excedentes por prazo indefinido ou a sua doação a casais estéreis – a alternativa de os progenitores doarem esses embriões para pesquisas que promovam o desenvolvimento da saúde humana.

Quanto aos pressupostos concorrentes, que disponibilizam apenas embriões congelados até a data da publicação da lei, depois de completados

três anos de congelamento, a convicção é de que se tratou de prudência legislativa em vista dos contra-argumentos éticos relacionados com o comércio de embriões, o que, sem dúvida, demonstra coerência com a nova concepção do Direito, como arte prudencial, inter-relacionada com as demais instâncias sociais.

Há cerca de quatrocentos anos, o filósofo inglês Francis Bacon (1988) criticava os médicos de seu tempo por não fazerem pesquisas para reduzir o número de doenças incuráveis, limitando-se a confessar a própria ignorância. Não se está mais sob o manto da ignorância e não é demasiado lembrar que essas pesquisas representam esperanças para milhões de pessoas reais, concretas, que sofrem envolvidas com problemas relacionados à saúde. O maior desafio, num contexto global dominado pelas forças do mercado, pelos interesses dos investidores e pelas patentes garantidas por leis, é assegurar a essas pessoas o gozo desses benefícios.

Referências

ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BACON, F. *Novum organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Nova Atlântida. Tradução José Aluysio Reis de Andrade. 4. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aumentada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

GOLDIM, J. R. *Congelamento de embriões*. Texto atualizado em 1 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/congela.htm>>. Acesso em 24 agos. 2005.

GUERRA FILHO, W. S. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

MARTINS-COSTA, J. A universidade e a construção do Biodireito. In: *Bioética. Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 229-246, 2000.

NERI, D. *A Bioética em laboratório: células-tronco, clonagem e saúde humana*. Tradução de Orlando Soares Moreira. Prefácio de Rita Levi-Montalcini. São Paulo: Loyola, 2004.

SANTOS, G. F. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SANTOS, J. L. *Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça com fundamento filosófico: implicações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SEMIÃO, S. A. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, M. B. *Bioética e a questão da justificação moral*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SILVA, R. P. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOGNOTTI, É.; LOYELO, T. Técnicas de reprodução assistida: fertilização in vitro e transferência intra-uterina. In: PINOTTI, José Aristodemo. FONSECA, Ângela Maggio da. BAGNOLI, Vicente Renato (Org.). *Reprodução humana*. São Paulo: Fundação BYK, 1996. p. 265-271.

REZENDE, J.; MONTENEGRO, C. A. B. *Obstetrícia fundamental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1999.