



ANÁLISE CRÍTICA DA ADI 3510/DF E AS REPERCUSSÕES DIANTE DA NOVA TECNOLOGIA: CRISPR CAS9¹

Marianna Gazal Passos²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente a decisão do STF na ADI 3510/DF acerca das pesquisas em células tronco embrionárias. Desta forma, a partir da análise dos votos dos ministros, pode-se verificar a compreensão acerca da tutela conferida ao embrião e verificar a coerência das posições adotadas. Por derradeiro, o trabalho parte desse estudo, afim de comprovar que existe de fato uma insegurança em respeito do embrião extrauterino ter ou não dignidade e possuir tutela jurídica. Constatada a incoerência na fundamentação proferida pelo STF, visa-se explanar sobre a nova tecnologia conhecida como CRIPR-CAS9, a qual exige uma tomada de posição acerca dos limites éticos e jurídicos para ser implementada de fato.

Palavras-chave: ADI 3510/DF. Embrião Excedentário. Direitos Fundamentais. Bioética. CRISPR CAS9.

ABSTRACT The aim of this study is to critically analyze the decision of the STF in the ADI 3510/DF on embryonic stem cell research. Thus, from the analysis of the votes of the ministers, one can verify the understanding about the guardianship conferred on the embryo and verify the coherence of the positions adopted. By last, the work is part of this study, in order to prove that there is in fact an insecurity in respect of the extrauterine embryo whether or not dignity and having legal guardianship. In view of the incoherence in the reasoning given by the STF, it aims to explain the new technology known as CRIPR-CAS9, which requires a position on the ethical and legal limits to be implemented in fact.

Key-words: ADI 3510/DF. Surplus embryo. Fundamental Rights. Bioethics. CRISPR CAS9.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/09 ajuizada pelo Procurador Geral da República, que buscava declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei no 11.105/2005 – Lei de

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Advogada, Mestranda em Fundamentos do Direito Público e Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista CAPES. Pesquisadora Acadêmica. E-mail: mariannagazalpassos@gmail.com



Diferentes são os fundamentos encontrados por cada ministro ao buscar defender a sua posição a favor da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança³. Cumpre ressaltar, que o presente trabalho dividiu os votos dos Ministros de acordo com os que votaram com algumas restrições e os que só se manifestaram pela constitucionalidade.

Ainda, o foco dos votos realizados pelos Ministros passou, conseqüentemente, pela tutela jurídica conferida ao embrião congelado, entretanto sem clareza acerca da posição sobre a questão. Desta forma, o julgamento realizado em 2017 ainda se faz de grande importância para reflexão e questionamentos futuros.

1.1 Ministros a favor da pesquisa sem restrições

A sessão foi presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que votou pela constitucionalidade do artigo 5º da lei. Aufere ao fato de não haver violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois o princípio faz referência a vida “*notarial, biográfico, moral e espiritual*”. Assim, em síntese o Ministro, afirma que este embrião não terá um desenvolvimento contínuo por ser extrauterino - extra corporalmente produzido - sendo impossibilitado de seguir para fase de nidação. Desta forma, o recurso ao processo de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher. (STF, 2008)

A Ministra Ellen Gracie, utiliza a terminologia pré-embrião, para justificar o uso em pesquisa, assim não havendo ofensa a dignidade humana ao fazer uso do mesmo para pesquisa. Ainda, utiliza um viés utilitarista para justificar o uso de embriões, congelados a mais de três anos ou excedentes, humanos para pesquisa como um custo necessário à superação da fertilidade. Aduz ao princípio da proporcionalidade ao ser buscada uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao

³ Art. 5º É permitida, para ns de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.



Ministro Celso de Mello, menciona que diversas são as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, possibilitando ao intérprete, desvinculado de opções religiosas, optar pela interpretação que mais se ajusta ao interesse público. Assim, permitir as pesquisas estaria de acordo com o bem estar da coletividade, promovendo o direito a saúde. Ainda, o Ministro Celso de Mello usa como referência. A Lei no 9.434/97, que trata da doação de órgãos, em seu art. 3o, "*caput*", como marco final da vida, o momento em que se dá a morte encefálica. Desta forma, em "*contrario sensu*" o Ministro menciona que pode servir de referência para o início da vida se dar quando ocorre a atividade cerebral. Assim, Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofende o ordenamento constitucional, eis que a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação do sistema nervoso. (STF, 2008).

1.2 Ministros a favor da pesquisa com restrições

De outro lado temos os Ministros que concordaram com a constitucionalidade do artigo 5º, mas com algumas restrições.

O Ministro Eros Grau, afirma que a utilização do embrião produzido em fertilização in vitro e usado em pesquisa afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Contudo, afirma que essas razões não conduzam à convicção de que os textos normativos objeto da presente ação direta sejam inconstitucionais. Assim, o Ministro desenvolve seu posicionamento tratando do fato de que o embrião não é um ser em desenvolvimento vital no útero, quando congelado não está em processo algum. Seguindo no desenvolvimento do voto alguns requisitos são propostos como as pesquisas com embriões somente serão autorizadas se aprovadas pelo comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2o do artigo 5º), ainda o Ministro coloca como requisito de inviabilidade as células terem cessado de se multiplicar após 24 horas e neste caso sendo aceita qualquer extração de células do embrião.

Da mesma forma temos o voto do Ministro Gilmar Mendes, coloca alguns requisitos como sugestão para as pesquisas em células embrionárias. Assim, o Ministro inicia seu voto fundamentando que não há necessidade de determinar quando a vida inicia e quando termina para conferir proteção jurídica, e sim como o



Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever. Baseado no Princípio da Responsabilidade, o Estado deve regular as novas tecnologias. Menciona, ainda, que o ser humano diante das novas tecnologias deve atuar com ética e responsabilidade. (STF, 2008)

A primeira explanação seria sobre a deficiência da lei em regulamentar o tema, e por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Por derradeiro, faz um grande comparativo com a legislação alemã, que permite apenas as pesquisas com linhas de células-tronco consolidadas do exterior. Portanto, é expressamente proibida a produção de linhas de células-tronco na própria Alemanha, tornando-se imprescindível a importação de embriões para fins de pesquisa; podendo somente serem utilizados embriões em pesquisa que foram fecundados *in vitro*, com o objetivo de assistir a gravidez, e descartados por razões não fundadas em características inerentes aos embriões. (STF, 2008)

Nesse sentido cabe trazer trecho do voto do Ministro:

Ressalte-se que a legislação alemã institui não só um órgão administrativo competente (Zuständige Behörde), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung), formada por experts em medicina, biologia, ética e teologia.

É importante ressaltar que a legislação brasileira sequer prevê qualquer norma para regular as atividades desenvolvidas pelas clínicas de fertilização *in vitro*. Daí a origem dos bancos de embriões congelados sem qualquer destinação específica.

Assim, é possível perceber, em primeiro lugar, que, enquanto no direito comparado a regulamentação do tema é realizada por leis específicas, destinadas a regular, esse assunto tão complexo, no Brasil inseriu-se um único artigo numa lei destinada a tratar de tema distinto.

Por derradeiro, julgou improcedente a inconstitucionalidade, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.



Cezar Peluso, no seu voto menciona que deve haver vida humana para validar a proteção concedida pelo artigo 5º da Constituição Federal, a falta de algum dos componentes da mesma invalida a demanda. Em que pese essa constatação feita, o mesmo afirma que para ele já existe vida no embrião. Assim, o descarte e fim das células embrionárias parece o pior destino para o Ministro, quando as mesmas podem ser utilizadas para pesquisa. Assim, afirma que não vê como nem por onde a regra impugnada, que autoriza a destruição em experiências científicas de finalidades terapêuticas, mutile ou ofenda o chamado direito à vida, objeto da tutela constitucional. Os embriões humanos ditos excedentários, não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito, mas são sujeitos a serem tratados com dignidade. (STF, 2008)

Ainda, o Ministro trata do conflito de interesse nos comitês de ética estabelecidos na lei e faz ressalva no seu voto que seria mister que o Parlamento logo transformasse todas as formas de violação de tão graves deveres em tipos penais autônomos, com cominação de penas severas. Ademais, menciona como indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos com células tronco embrionárias. (STF, 2008)

Cabe ainda, tratar do voto do Ministro Lewandowski, que inicia a partir do debate como centrado no direito à vida como um bem coletivo, pertencente a sociedade ou à humanidade em si. Para o Ministro isso ocorre devido aos riscos potenciais que derivam da manipulação do código genético humano. Afirma, que a discussão deve ter seu foco principal na extensão em que se permitirá a manipulação do patrimônio genético dos seres humanos. (STF, 2008)

O Ministro questiona a determinação de inviabilidade, auferindo a necessidade de esclarecer o que se daria por “*embriões inviáveis*”, sugerindo que seriam aqueles que não conseguiram vingar no processo de clivagem do útero materno. Ademais, como o Ministro Peluso trata da necessidade de independência dos comitês de ética.

Por último, cabe tratar do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que atribui a importância do debate na valorização do embrião. O Ministro menciona a importância do tema no sentido não somente da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo, mas na questão de limites éticos necessários a ser pensados diante de pesquisas com o genoma humano. (STF, 2008)



Primeiramente, cabe mencionar que a Lei de Biossegurança⁴ não estava destinada a regulamentar questões de Reprodução Assistida, trazendo a questão das células-tronco e, por extensão dos embriões, e sim é legislação destinada a regular a questão dos produtos transgênicos. Pode-se ver tamanha a falta de sistematicidade do sistema, pois sequer existe lei que trate da Reprodução Assistida (somente Resolução do Conselho Federal de Medicina)⁵.

Assim, a partir de uma lei para transgênicos, em especial sementes transgênicas, tendo como tema central pesquisas e fiscalização com os organismos geneticamente modificados, ocorreu um dos mais importantes julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, usar essa mesma Lei para tratar de células-tronco embrionárias parece uma forma pouco seria de tratar tema com tantas imbricações. O artigo 1º da Lei de Biossegurança sequer prevê o assunto dos embriões.⁶ (MARTINS-COSTA; FERNANDES; GOLDIM; 2008 p.114)

Ainda, outra crítica à lei propriamente dita, seria o prazo para congelamento, onde não existe qualquer critério científico que embase o estabelecimento do período de três anos para justificar o descarte de embriões. (MARTINS-COSTA; FERNANDES; GOLDIM. p.120, 2008)

Por derradeiro, o julgamento da ADI 3510/DF (j. em 28 e 29/05/09), não foi conclusivo em delimitar a titularidade dos direitos fundamentais por parte do embrião, pois não foi abordada em todos os votos. Entretanto, como trazido pelo Relator Carlos Britto, a titularidade em si dos direitos fundamentais está reservada a pessoa. Em que pese, não haja concordância ou clareza acerca das posições, como tratado pelo Professor Ingo (2015, p. 228) parece haver uma proteção diferenciada na vida intrauterina e embrionária, também entre dignidade da pessoa e dignidade da vida.

Por derradeiro interessante, refletir sobre a decisão dos Ministros como defeituosa, em certo sentido, de sistematicidade racional. O tema tratado, possui um

⁴ Lei de Biossegurança - Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em 17 de mai 2019.

⁵ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.168**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 19 mai. 2019

⁶ Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.



decisões essenciais a respeito da própria existência; ainda na outra dimensão seria sua necessidade de proteção por parte da comunidade e Estado, especialmente quando fragilizada e principalmente quando ausente a capacidade de autodeterminação. (SARLET. 2008. p. 30). Desta forma a dignidade concedida ao embrião, se encaixa na segunda dimensão, pois o mesmo não tem capacidade de autodeterminação e como sociedade se for entendido como ente com tutela de dignidade cabe a sua proteção.

Assim, compreender a dignidade da pessoa humana, como os direitos fundamentais que lhe são inerentes, sem reducionismos, tendo a ideia trazida por Canotilho, de uma comunidade constitucional, inclusiva, guiada pelo multiculturalismo, contraria a “fixismos”. Por consequência a reflexão jurídica a filosófica dessa temática proposta, visa superar visões unilaterais e reducionistas. (SARLET, 2008. p.40).

2.1 Novos questionamentos: caso Crispr Cas9

Em artigo escrito por Ernest-Wolfgang Böckenförd (2008, p. 60), o autor trouxe trecho de um comentário que hoje, mais do que nunca se faz presente: *“Quem quer ter filhos, poderá escolher a cor dos seus cabelos ou determinar os seus quocientes de inteligência, explicou a professora Judith Mackay, da Organização Mundial de Saúde”*. As possibilidades hoje, maiores que ontem e menores que amanhã, colocam frente à sociedade a urgência de orientações e pontos de referência para as novas tecnologias.

No caso tratado da produção de embriões com o propósito de gerar a gestação e conseqüentemente, acaba por deixar alguns sem uso, ou seja, excedentários, a finalidade da produção desses embriões foi, em um primeiro momento, a gravidez não a sua destinação única para pesquisa. Diante desse panorama Böckenförd (2008, p.69) afirma que o que deve ser considerado em um primeiro momento seria o direito do embrião a uma vida portadora de dignidade humana que sirva à proteção de sua existência físico-biológica. Em que pese o direito à vida tenha seu fundamento na dignidade da pessoa humana, ele não é absoluto ao contrário da mesma. Assim, apesar do interesse do pesquisador ser legítimo, não se está diante de uma situação de tudo ou nada (situações de vida e morte), que admitam a interferência no embrião e a sua destruição. (BÖCKENFÖRD, 2008, p. 69)



geral à segurança, direito de segurança pessoal e social, também de proteção contra atos do poder público e de outros particulares. (SARLET, 2018, p. 453).

Assim, os pesquisadores devem ter a segurança que não estarão realizando nenhuma violação, pois a ciência pode evoluir o quanto quiser, mas os limites a ela cabem aos juristas e filósofos definirem. Neste sentido, a importância de um entendimento coerente do Supremo Tribunal Federal acerca da tutela conferida ao embrião excedentário e intrauterino.

CONCLUSÃO

Diante do explanado, pode-se perceber a atualidade da temática proposta. Ainda, o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 5º da lei de Biossegurança, que acabou se tornando emblemático para nação, deu o primeiro tom a um tema que, provavelmente, será revisitado.

Por derradeiro, a mescla de fundamentação e a ausência de coerência entre os votos dos Ministros, (apesar de algumas pontuações pertinentes - como a necessidade de fiscalização das pesquisas com células tronco por um órgão externo - sem comprometimento) acaba por deixar a sociedade sem segurança acerca de até onde poderá se ir. A partir do julgamento não foi possível, tirar uma racionalidade coerente acerca se o embrião é ou não titular de direitos fundamentais.

Ainda, o argumento usado na grande maioria dos votos versa sobre o fato de se o embrião excedentário não for utilizado para pesquisa, será consequentemente destruído, sendo um destino muito pior. Parece um tanto simplório, do ponto de vista argumentativo justificar uma decisão com tamanha relevância dessa forma. A ausência de uma compreensão do que se entende por embrião e que acordo como sociedade vamos ter em relação do será permitido ou não e até que ponto estamos dispostos à avançar em termos de ciência, para a partir disso estar ou não abertos as novas tecnologias, tais como o *Crispr Cas9*.

Inúmeros pontos podem ser levantados como a questão financeira, ou seja, quem possui condições poderá editar o genoma e assim existirá uma geração muito mais "saudável" que outra, que não pode pagar tal tecnologia. Desta forma, inúmeras repercussões irão surgir como questões de seguro de saúde, de possibilidades de emprego maiores para quem tem seu genoma editado, entre outras. A humanidade,

